

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2016



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев

(Конституционный Суд Российской Федерации)
Т.Г. Морщакова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117418, Москва,
ул. Профсоюзная, 33, к. 4,
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-90 * 15298
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2016

Правовая мысль: история и современность

А.В. Коновалов

Принцип добросовестности в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации и в судебной практике 4

В.А. Сивицкий, М.Ю. Сорокин

Правовой эксперимент и развитие права 15

С.А. Маркунцов

О понимании административной преюдиции как особого средства юридической техники и расширении ее использования в Уголовном кодексе Российской Федерации 31

В.О. Калятин

О функциях личных неимущественных прав в современном информационном обществе 43

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

И.В. Панова

Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России 54

Е.С. Пирогова, Ю.Д. Жукова

Правовые проблемы управления корпорацией в предбанкротный период 70

А.А. Энгельгардт

Вопросы квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации 86

Ю.А. Клименко

Квалификация посредничества в коммерческом подкупе и взяточничестве 96

Р.О. Долотов

Проблемы освобождения от уголовной ответственности за фиктивную регистрацию 106

К.А. Барышева

Коллизии определения наличия признака беспомощности потерпевшего в некоторых составах преступлений 118

М.А. Саблина

Подстрекательство: терминологический и квалификационный аспекты 129

А.Н. Kozyrin

Legal Basis for Transformation of Public Property and Russian Legislation on Privatization in the 1990s 140

Право в современном мире

А.С. Исполинов

Статут Суда ЕАЭС как отражение опасений и сомнений государств-членов Евразийского экономического союза 152

Е.В. Постникова

Влияние основных прав человека на реализацию свобод внутреннего рынка Европейского союза 167

Е.С. Герасимова, С.Г. Колганова

Право на забастовку в праве Международной организации труда: кризис признания? 184

М.О. Буянова

Понятие охраны труда в России и Германии: сравнительный аспект 198

Л.Р. Сюкияйнен

Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах 205

Дискуссионный клуб

С.И. Луценко

Правовая природа современной компании 223

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

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

4/2016



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

A.V. Konovalov

Bona Fides Principle in the Updated Russian Federation Civil Code
and in Judicial Practice4

V.A. Sivitsky, M.Y. Sorokin

Legal Experiment and Development of Law 15

S.A. Markuntsov

Administrative Prejudice as a Special Legal Tool and Expanding
its Use in the Criminal Code of Russia31

V.O. Kalyatin

Functions of Moral Rights in the Modern Information Society43

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

I.V. Panova

Development of Administrative Proceedings and Administrative Justice in Russia.....54

E.S. Pirogova, Y.D. Zhukova

Legal Issues in Corporate Governance in Pre-Bankruptcy Period70

A.A. Engelgardt

The Issues of Classifying Fraud in the Computer Information Area86

Y.A. Klimentko

The Classification of Mediation in Commercial Bribery and Bribery96

R.O. Dolotov

Issues of Discharging from Criminal Liability for Fictitious Registration105 106

K.A. Barysheva

Collisions in Legal Interpreting the Victim Helplessness Signs in Different Crimes 118

M.A. Sablina

Incitement: Terminology and Qualification Aspects129

A.N. Kozyrin

Legal Basis for Transformation of Public Property and Russian Legislation
on Privatization in the 1990s 140

Law in the Modern World

A.S. Ispolinov

Statute of EAEU Court as Reflection of EAEU Members Concerns and Doubts 152

E.V. Postnikova

The Influence of Fundamental Human Rights upon Implementation
of European Union Internal Market Freedoms 167

E.S. Gerasimova, S.G. Kolganova

The Right for Strike in ILO Jurisprudence: Crisis of Recognition? 184

M.O. Buyanova

The Concept of Labour Protection in Russia and Germany: Comparative Aspect 198

L.R. Syukiyaynen

Constitutional Status of Sharia as Main Source of Legislation in Arabic Countries205

Discussion Club

S.I. Lutsenko

The Legal Nature of the Modern Corporation223

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

Принцип добросовестности в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации и в судебной практике



А.В. Коновалов

кандидат юридических наук. Адрес: 119049, Российская Федерация, Москва, Житная ул., 14. E-mail: konovalov@minjust.ru



Аннотация

В статье автор подробно анализирует состояние современного российского гражданского законодательства в части закрепления одного из ключевых принципов — принципа добросовестности. Дается положительная оценка появлению этого принципа как гарантии стабильности и социальной ориентированности закона. Осуществляя краткий исторический экскурс, автор приводит доводы в пользу нормативного закрепления принципа добросовестности, которые были озвучены в Концепции гражданского законодательства. Кроме того, автор отмечает важность рассматриваемого принципа не только для правового регулирования вещных и обязательственных отношений, но также отмечает практическую значимость принципа добросовестности как одного из основных начал гражданского законодательства. Говоря о добросовестности, автор определяет ее как стремление участника гражданского оборота максимально исключить возможность нарушения его поведением субъективных прав и законных интересов других лиц, осуществлять свои права в строгом соответствии с их содержанием, объемом и назначением. Автор также проводит сравнительный анализ добросовестности, разумности и справедливости, приходя к выводу, что понятие добросовестности в основном охватывает понятия разумности и справедливости действий участников гражданских правоотношений. При этом, по мнению автора, невключение законодателем принципов разумности и справедливости наряду с принципом добросовестности в круг основных начал гражданского законодательства выглядит оправданным квалифицированным умолчанием. В заключении автор отмечает тенденцию судебной практики по расширению применения принципа добросовестности. Однако к принципу добросовестности суд должен обращаться лишь в том случае, если он убежден в невозможности вынесения справедливого решения исключительно путем толкования и применения существующей нормы права.



Ключевые слова

Гражданский кодекс РФ, добросовестность, принцип добросовестности, злоупотребление правом, основные начала гражданского законодательства, принцип доброй совести, разумность, справедливость.

Библиографическое описание: Коновалов А.В. Принцип добросовестности в новой редакции Гражданского кодекса Российской Федерации и в судебной практике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 4–14.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.4.14

Действующая редакция ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) об основных началах гражданского законодательства введена Федеральным законом от 30.12. 2012 № 302-ФЗ¹, дополнившим ГК РФ первым из нескольких пакетов масштабных поправок, подготовленных по итогам многолетней работы в рамках реформы российского гражданского законодательства. К числу важнейших новелл, появившихся в ГК РФ, следует относить прямое закрепление законодателем предписания участникам гражданского оборота действовать при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей добросовестно. Общим практическим следствием из этого правила закономерно является запрет извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Наконец, новая редакция п. 5 ст. 10 ГК РФ устанавливает широкую презумпцию добросовестности участников гражданских правоотношений и разумности их действий.

Наличие в действующем гражданском законодательстве России непосредственного упоминания о добросовестности как о концептуальной доминанте гражданско-правового регулирования, стоящей в одном ряду с его основополагающими принципами — равенством участников гражданских правоотношений, неприкосновенности собственности, свободы договора и др. — следует оценивать в высшей степени позитивно, в качестве важной гарантии стабильности и социальной ориентированности закона. Наличие такого упоминания имеет ряд важных практических последствий.

В ранее действовавшей редакции кодекса добросовестность действий участников оборота не была названа в числе основных начал гражданского законодательства, хотя наряду с требованиями разумности и справедливости она и упоминалась в ст. 6 ГК РФ в качестве источника и ориентира для определения прав и обязанностей сторон в правоотношениях при невозможности использования аналогии закона (т.е. по аналогии права) наравне с общими началами закона. Презумпцию добросовестности участников гражданских правоотношений и разумности их действий прежняя редакция ст. 10 ГК РФ устанавливала более узко — в тех случаях, когда в зависимости от разумности и добросовестности осуществления гражданских прав ставилась возможность их защиты. Добросовестность действий прямо указывалась в качестве предпосылки, конституирующей важные правовые последствия, в случаях спецификации (ст. 220 ГК РФ), приобретения права собственности по давности владения (ст. 234 ГК РФ), истребования имущества у возмездного приобретателя (ст. 302 ГК РФ).

Предложение включить в число прямо поименованных законодателем принципов (основных положений) гражданского права принцип добросовестности было четко артикулировано разработчиками Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленной во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — Концепция)². По их мнению, отдельные упоминания добросовестности как требования к поведению участников гражданского оборота, имевшиеся в законодательстве и в судебной практике, не были достаточными для эффективного правового регулирования.

В Концепции отмечалось, что принцип добросовестности должен распространяться на действия (поведение) участников оборота при: а) установлении прав и обязанностей (ведение переговоров о заключении договоров и т.д.); б) приобретении прав и обязанностей; в) осуществлении прав и исполнении обязанностей; г) защите прав. Оценка со-

¹ СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.

² СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

держания прав и обязанностей сторон также должна подчиняться принципу добросовестности.

Действие этого принципа имеет исключительно важное значение для регулирования как вещных (в Концепции и проекте поправок в ГК РФ предложено сформулировать полноценные правила о приобретении права собственности добросовестным приобретателем), так и обязательственных прав. Детальное урегулирование гражданским законодательством поведения сторон для всех мыслимых случаев и особенностей действий по исполнению обязательств в тех или иных обстоятельствах невозможно. Ввиду этого для справедливого разрешения споров международные принципы договорного права и ведущие мировые правовые порядки содержат общее предписание участникам оборота действовать при исполнении обязательств добросовестно.

Необходимость закрепления принципа добросовестности в качестве одного из основных начал гражданского законодательства была настолько очевидной, что предложения разработчиков Концепции не вызвали в данной части серьезных дискуссий и реализовались в тексте действующего закона.

Добросовестность поведения участников отношений, регулируемых гражданским правом, издавна квалифицируется юристами в качестве одного из базовых, фундаментальных требований к гражданскому обороту. Еще в праве Древнего Рима это требование присутствовало в концепции *bona fides*, в средневековом праве и праве Нового времени — в модели *bonus pater familias* (виртуального добропорядочного и законопослушного субъекта правоотношений, наделенного доступной для большинства членов общества мерой совести, разумности и осмотрительности). В англосаксонских правовых порядках системы общего права сформировалась схожая модель *reasonable man* — человек с общедоступным уровнем правосознания, который будет действовать типичным образом в типичных обстоятельствах. Принцип доброй совести нашел детальную проработку в проекте Гражданского уложения Российской Империи³. Во всех случаях речь шла о соответствии юридически и экономически значимого поведения субъектов права определенным стандартам заботы об общем благе и интересах других, сдерживания собственного эгоизма, неукоснительного соблюдения духа и буквы закона. Наличие в законодательстве и правоприменительной практике таких стандартов, равно как и стимулов следования им, во всех правовых порядках рассматривается в качестве важной гарантии стабильности и динамичности гражданского оборота.

Добросовестность можно охарактеризовать как стремление участника гражданского оборота максимально исключать возможность нарушения его поведением субъективных прав и законных интересов других лиц, осуществлять свои права в строгом соответствии с их содержанием, объемом и назначением. Близость категории добросовестности к морально-нравственным нормам не означает идентичности понятий. Хотя добросовестность в смысле гражданско-правового принципа и имеет, подобно моральным нормам, этическую составляющую, она при этом снабжена, в отличие от последних, вполне конкретным прагматичным содержанием, чрезвычайно важным для устойчивости гражданского оборота.

Можно считать, что понятие добросовестности в основном охватывает понятия разумности и справедливости действий участников гражданских правоотношений. Под разумностью следует понимать рациональный аспект адекватного добросовестного поведения участника оборота — его стремление соизмерять свое поведение со здравым смыслом, общими представлениями об осторожности и предусмотрительности и эко-

³ См.: Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // СПС Консультант Плюс.

номической целесообразностью, правами и охраняемыми законом интересами других субъектов. Под справедливостью — готовность учитывать интересы других лиц и общественные интересы, нормы морали и нравственности (что выражается, в частности, в отказе от злоупотребления правами), соблюдать равенство в положении участников оборота. Таким образом, мы имеем дело с близкими по смыслу аспектами ожидаемого правопорядком конструктивного и предсказуемого поведения субъектов гражданского права. Это модель, призванная наиболее приемлемым образом сбалансировать разнонаправленные и подчас противоречивые интересы различных индивидов, а также интересы частных лиц и публичные государственно-общественные интересы. Не случайно упомянутая англосаксонская концепция *reasonable man*, основываясь на понятии «доброго рассудка», рассматривает в качестве его обязательных атрибутов нравственность, этичность и добросовестность.

С учетом сказанного, невключение законодателем принципов разумности и справедливости наряду с принципом добросовестности в круг основных начал гражданского законодательства выглядит как оправданное квалифицированное умолчание. Для выработки подходов к разрешению спорных ситуаций судам вполне достаточно общего понятия добросовестности действий субъектов гражданского права, в качестве аспектов которого можно и нужно рассматривать также разумность и справедливость этих действий.

В то же время в некоторых случаях законодатель устанавливает различия между добросовестностью и разумностью действий субъектов. Так, не допускаются соглашения об устранении или ограничении ответственности лиц, уполномоченных выступать от имени юридического лица (в непубличных обществах — за недобросовестные действия, а в публичных — за недобросовестные и неразумные) (ст. 53.1 ГК РФ).

Добросовестность выступает в качестве универсального правила осуществления субъективных гражданских прав; она ожидается в любых действиях участников гражданского оборота и презюмируется. В отдельных случаях (например, в случае приобретения имущества у неуправомоченного отчуждателя, изготовления вещи из чужого материала, исполнения обязательства в срок, не определенный договором) законодатель ставит в зависимость от разумности и добросовестности действий субъекта защиту его гражданских прав. То, что для подавляющего большинства ситуаций закон не указывает в качестве обязательного условия наступления юридически значимых последствий добросовестность участников отношений, не означает, что таковая в них не требуется или отсутствует. Например, надлежащее исполнение условий договора аренды или страхования, так же как и воздержание от нарушений чужого владения, являются примерами добросовестного поведения и признаками стремления индивидов к подчинению регулятивным нормам права и нежелания испытывать действие норм охранительных.

Выделение законодателем узкой группы ситуаций, в которых добросовестность поведения одного из субъектов выступает в качестве правообразующего фактора (в частности, добросовестность приобретателя, к которому предъявлен виндикационный иск, давностного владельца, спецификатора), обусловлено неоднозначностью обстоятельств, в которых действует такой субъект, а также перспективой нарушения этими действиями чужих прав. Можно сказать, что между полями правомерности и противоправности поведения расположена некая «нейтральная полоса», в пределах которой действия субъекта могут повлечь нарушение чье-либо права, но в зависимости от их характера — недобросовестного или добросовестного — либо будут противоправными, либо нет.

Само по себе добросовестное поведение может нарушать чье-либо право лишь опосредованно, в продолжение противоправных действий другого лица, как, например, про-

исходит при добросовестном возмездном приобретении присвоенной вещи. В последнем случае юридические последствия определяются законом с учетом комплексного сравнения интересов и предшествовавшего поведения участников ситуации. Так, добросовестность возмездного приобретателя «перевешивает» интересы собственника, доверившего свою вещь недостойному контрагенту; добросовестность спецификатора — интересы собственника материалов, хранившего их ненадлежащим образом; добросовестность давностного владельца — интересы собственника или титульного владельца, допустившего приобретение вещью режима бесхозяйной.

Добросовестность поведения субъекта гражданского права выражается в проявлении последним определенного уровня заботливости и осмотрительности в обстоятельствах, в силу своей неоднозначности содержащих в себе потенциальную опасность нарушения прав и охраняемых законом интересов других лиц. Например, добросовестность приобретения заключается в убежденности приобретателя в отсутствии у кого-либо прав на соответствующий объект. Напротив, фактический выбор в пользу беззакония (заведомо недобросовестное приобретение — по существенно заниженной цене, в обстановке секретности) исключает одобрение таких действий публичной властью и создают возможность для применения к совершившим их последствий санкционного характера.

Бремя опровержения установленной в п. 5 ст. 10 ГК РФ презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений лежит на лице, которое ссылается на недобросовестность контрагента и заинтересовано в ее констатации.

Принято разграничивать добросовестность в субъективном и объективном смыслах. Первая являет собой частный случай последней и проявляется в ситуациях, когда для наступления определенных правовых последствий достаточно установить неосведомленность участника гражданского отношения об имеющих значение для дела обстоятельствах, когда такая неосведомленность не обусловлена виновным поведением этого лица (законодатель использует формулировки «не знал и не мог знать», «не знал и не должен был знать»). Она более проста в подтверждении и доказывании.

Объективная добросовестность — это абстрактная и многоплановая модель поведения, вырабатываемая судебной практикой в качестве общего ориентира и стандарта, применяемого, впрочем, всякий раз с учетом конкретных обстоятельств дела. Это то самое стандартное честное и конструктивное поведение, ожидаемое правопорядком от обычного участника гражданского оборота в сходных (типичных) обстоятельствах. Конструируя такую модель, суды оставляют за собой возможность при необходимости корректировать предусмотренное законом правило, формальное применение которого без учета конкретных обстоятельств дела привело бы к вынесению несправедливого, а значит неправового решения. К принципу добросовестности суд должен обращаться лишь в том случае, если он убежден в невозможности вынесения справедливого решения исключительно путем толкования и применения существующей нормы права.

Наиболее важные концептуальные подходы, устанавливающие для судов критерии объективной добросовестности, закреплены законодателем в нормах ГК РФ. Помимо общей нормы п. 3 и 4 ст. 1 примером может служить правило, закрепленное в п. 3 ст. 307 (в ред. Федерального закона от 8.03.2015 № 42-ФЗ): «При установлении, исполнении обязательства и после его прекращения стороны обязаны действовать добросовестно, учитывая права и законные интересы друг друга, взаимно оказывая необходимое содействие для достижения цели обязательства, а также предоставляя друг другу необходимую информацию»⁴.

⁴ Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 09.03.2015)

Судебные решения, апробированные в практике применения принципа объективной добросовестности, с учетом требований к единообразию и стабильности судебной практики должны быть применимы не только к конкретным казусам, но и к сходным ситуациям. По сути, устоявшаяся практика судов будет в таких случаях создавать новую норму права. Поскольку практика использования прецедентов в целом не свойственна российской правовой культуре, по мере накопления уверенности в верности выбранного судами подхода (что может, в частности, выражаться в официальной позиции Верховного Суда Российской Федерации) судебная практика должна со временем реализовывать себя в законодательстве — в соответствующей корректировке действующего законодательства.

Положения п. 3 и 4 ст. 1 ГК РФ имеют зеркальное отражение в норме п. 1 ст. 10 ГК РФ о запрете злоупотребления правом. Злоупотребление правом — это всегда недобросовестное поведение, а недобросовестность, как правило, проявляется в злоупотреблении правом.

Обновленный текст ГК РФ содержит еще ряд важных упоминаний о добросовестности действий участников оборота. Новая редакция п. 1 ст. 10 ГК РФ дает общее определение злоупотребления правом как заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав. Ст. 51 ГК РФ (в ред. Федерального закона от 5.05.2014 № 99-ФЗ⁵) теперь устанавливает для добросовестно действующего лица презумпцию соответствия действительным обстоятельствам данных единого государственного реестра юридических лиц. В ст. 53.1 (в ред. Федерального закона от 5.05.2014 № 99-ФЗ) установлены ответственность лица, уполномоченного выступать от имени юридического лица, в случае доказанных недобросовестности и неразумности его действий, а также обязанность лица, имеющего фактическую возможность определять действия юридического лица, действовать разумно и добросовестно. Члены коллегиальных органов юридического лица, добросовестно не принимавшие участие в голосовании за решение, повлекшее причинение юридическому лицу убытков, освобождаются от ответственности.

Важной новеллой дополнена ст. 166 ГК РФ об оспоримых и ничтожных сделках. В силу п. 5 (в ред. Федерального закона от 7.05.2013 № 100-ФЗ⁶) заявления о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на нее лицо действует недобросовестно, в частности, если по его поведению после заключения сделки другие лица могли судить о действительности сделки. В ст. 173, п. 2 ст. 173.1, п. 1 и 2 ст. 174, п. 2 ст. 179 законодателем применен принцип субъективной добросовестности — соответствующие правовые последствия наступают в зависимости от того, знал ли и должен ли был знать контрагент по сделке о наличии определенных обстоятельств.

Помимо приведенных ранее понятий добросовестного приобретателя, добросовестного давностного владельца и добросовестного спецификатора ГК РФ использует ряд иных понятий, связанных с наличием или отсутствием субъективной добросовестности. Так, под добросовестным залогодержателем понимается залогодержатель, который не знал и не должен был знать, что залогодатель не был надлежаще управомочен распоряжаться переданным в залог имуществом (п. 2 ст. 335 в редакции Федерального закона от 21.12.2013 № 367-ФЗ⁷). Субъективная добросовестность возмездного приобретателя

⁵ Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 05.05.2014)

⁶ Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 08.05.2013)

⁷ Принят Государственной Думой Федерального Собрания РФ в первом чтении. См.: Официальный интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 23.12.2013)

предмета залога (который не знал и не должен был знать о том, что соответствующий объект заложен) является условием прекращения залога (пп. 2 п. 1 ст. 352 ГК РФ).

Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, отдельные законодательные акты Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации»⁸ предусматривает существенное обновление российской концепции вещного права. Эти изменения в ряде случаев касаются и традиционно значимых для гражданского оборота проявлений добросовестности в действиях субъектов вещных прав. Так, в ст. 214 проекта вводится понятие добросовестного владения имуществом (т.е. владения без законных оснований, но при наличии субъективной добросовестности владельца, когда он не знал и не мог знать, что приобретает владение незаконно, либо о том, что основание законного владения отпало), а также устанавливается презумпция добросовестности владения. В ст. 241 в качестве способа приобретения права собственности на вещь называется ее добросовестное приобретение.

Наиболее существенно предполагается изменить правила о приобретательной давности (ст. 242 проекта) — в качестве ее обязательного атрибута наряду с открытостью и непрерывностью владения в течение установленного законом срока больше не называется добросовестность владения. Это умолчание вряд ли предполагает распространение на случаи приобретения права собственности по давности владения общего требования, закрепленного в п. 3 ст. 1 ГК РФ, поскольку для защиты интересов приобретателя незаконно отчужденной вещи и спецификатора требования их добросовестности сохранено (ст. 228, 248 проекта). Приобретение права собственности по давности владения следует рассматривать в качестве самостоятельного специального способа приобретения права собственности, а не разновидности предусмотренного ст. 241 проекта добросовестного приобретения. Видимо, данной нормой (в случае вступления ее в действие) предполагается установить частный случай «исцеления» недобросовестности приобретения длительным сроком открытого фактического владения ею.

Такое исключение из общего и универсального принципа, лишь недавно включенного законодателем в число основных начал гражданского законодательства, выглядит менее логичным, чем, скажем, выработка судебной практикой более гибкого отношения к самому понятию добросовестности давностного владения. Например, изначально незаконное и недобросовестное удержание арендованной вещи может трансформироваться в добросовестное владение ею по истечении срока для предъявления законным владельцем иска о ее истребовании либо после отказа в удовлетворении такого иска (если незаконный владелец не чинит препятствий в предъявлении и объективном рассмотрении иска, он может добросовестно полагать, что законный владелец утратил заинтересованность в спорном имуществе или право на него).

Этот пример подтверждает, что как общее определение добросовестности поведения участников гражданских правоотношений, так и практическое проявление отдельных ее аспектов еще нуждаются в серьезном осмыслении и разработке на уровне доктрины, судебной практики и — в оправданных пределах — законотворчества.

Следует отметить постепенное расширение практики российских судов по применению принципа объективной добросовестности для разрешения спорных ситуаций. Такая практика, кстати, имела место и до включения принципа добросовестности в число основных начал гражданского законодательства, прямо перечисленных в ст. 1 ГК РФ. Так, со ссылкой на принципы разумности и добросовестности участников гражданских

⁸ <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=47538-6&02>

правоотношений признано подлежащим дополнительной судебной оценке согласование сторонами в договоре об оказании охранных услуг заведомо несоразмерной цены услуги⁹. Как нарушающее принцип соблюдения баланса законных интересов участников правоотношений квалифицировано поведение недобросовестного арендатора¹⁰. В информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.11. 2008 № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» признаны обоснованными решения судов о признании недобросовестными действиями: а) злонамеренного срыва заседания совета директоров акционерного общества с использованием положений устава общества; б) выбора в качестве места проведения общих собраний акционеров удаленных населенных пунктов без учета реальной возможности прибытия туда всех акционеров; в) приобретения конкурентных преимуществ за счет использования спорного товарного знака, вводящего в заблуждение потребителей и позволяющего извлекать необоснованные выгоды из известности обозначения другого хозяйствующего субъекта; г) заведомо невыгодной продажи недвижимого имущества на основании незаконного решения единоличного исполнительного органа организации-продавца; д) поведения, направленного на сокрытие имущества учредителя доверительного управления от обращения на него взыскания. Со ссылкой на недопустимость стимулирования недобросовестных неплатежей признавалось незаконным снижение судом неустойки¹¹. В качестве недобросовестных действий суды квалифицировали фактическое исполнение работ в интересах государственных заказчиков при заведомом для контрагента отсутствии надлежаще заключенного государственного контракта¹². В постановлении от 22.11.2011 Президиум ВАС РФ назвал принцип справедливости и правило о недопущении злоупотребления правом в ряду основных начал гражданского законодательства¹³.

Со ссылкой уже на новую редакцию ст. 1 ГК РФ обобщена практика судов, пресекающая как недобросовестное и несправедливое навязывание слабой стороне в договоре явно обременительных для нее условий, существенным образом нарушающих баланс интересов сторон¹⁴; признающая недопустимым приобретение лизингодателем необоснованных выгод при расторжении договора¹⁵; а также в обзоре судебной практики Верховного Суда РФ № 1(2015)¹⁶.

По мере накопления опыта использования новой редакции ГК РФ Верховный Суд РФ формулирует концептуальные подходы к толкованию норм о добросовестности, которые, судя по всему, будут иметь важное и определяющее значение на достаточно долгий период. Так, оценивая практику судов по применению первого раздела части первой ГК РФ, Пленум Верховного Суда отметил, что при квалификации действий сторон как добросовестных или недобросовестных судам следует исходить из поведения, ожида-

⁹ Постановление Президиума ВАС РФ от 14.11. 2006 № 8259/06.

¹⁰ Постановление Президиума ВАС РФ от 30.10.2010 № 9600/10.

¹¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 13.01.2011 № 11680/10; постановление Пленума ВАС РФ от 22.12.2011 № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации»

¹² Постановления Президиума ВАС РФ от 28.05.2013 № 18045/12 и от 4.04.2013 № 37/13; информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25.02. 2014 № 165.

¹³ Постановление Президиума ВАС РФ от 22.11.2011 № 17912/09.

¹⁴ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 16 «О свободе договора и ее пределах».

¹⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 № 17 «Об отдельных вопросах, связанных с договором выкупного лизинга».

¹⁶ Утвержден Президиумом ВС РФ 4.03.2015.

емого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации¹⁷. Пленум также отметил, что в случаях оценки стороной сделки достаточности полномочий другой стороны, представленной сотрудником юридического лица на основании доверенности, выданной в порядке передоверия руководителем его филиала, необходимым и достаточным для признания ее добросовестности должно считаться надлежащее изучение соответствующих доверенностей — и первоначальной, и выданной в порядке передоверия.

В постановлении от 24.03.2016 Пленум ВС РФ обобщил ряд подходов к применению принципа добросовестности в сфере ответственности за нарушение обязательств¹⁸. Так, Суд отметил, что неправомерное пользование чужими денежными средствами, частным случаем которого является получение несоразмерной неустойки, не должно быть более выгодным для должника, чем условия правомерного пользования. Должник вправе предоставлять доказательства недобросовестности действий кредитора, в частности, в отношении несоответствия цены замещающей сделки текущей цене.

Обратился Суд и к толкованию в судебной практике новой нормы ст. 434.1 ГК РФ, в соответствии с которой стороны обязаны действовать добросовестно при ведении преддоговорных переговоров. В частности, раскрывая использованный законодателем в п. 2 данной нормы оборот «недобросовестными действиями при проведении переговоров предполагаются», Суд отметил, что бремя доказывания добросовестности действий в случаях, перечисленных в пп. 1 и 2 п. 2 ст. 434.1, возлагается на ответчика. Представление контрагентом неполной или недостоверной информации, равно как его умолчание об обстоятельствах, которые в силу характера договора должны были быть доведены до сведения другой стороны, что привело к заключению договора с дефектом в формировании воли этой стороны, дают последней право требовать признания сделки недействительной и возмещения причиненных убытков.

Примером недобросовестных действий ВС РФ считает невыполнение руководителем хозяйственного общества требований законодательства о банкротстве об обращении в суд с заявлением о банкротстве и, как следствие, сокрытие от кредиторов информации о неудовлетворительном имущественном положении общества. Надлежащее исполнение кредитором обязанности по проверке полномочий органа управления контрагента образует на его стороне признаки добросовестности, и его интересам в сравнении с интересами должника, представившего подложные сведения, должен быть отдан приоритет¹⁹.

Можно рассчитывать, что отсылка участников гражданского оборота к базовому принципу добросовестности в гражданских правоотношениях со временем станет широко распространенной традицией судебной системы России. Это, безусловно, способно обеспечить важнейшую задачу последней — поддержание необходимого уровня динамичности и актуальности гражданско-правового регулирования (особенно это важно для сегмента обязательственных отношений) при сохранении общей стабильности, концептуальности и предсказуемости практики судов.

¹⁷ Постановление Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами неких положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹⁸ Постановление Пленума ВС РФ от 24.03.2016 № 7 «О применении судами некоторых положений Гражданского кодекса Российской Федерации об ответственности за нарушение обязательств».

¹⁹ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2016) (утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 6.07.2016).



Библиография

- Антипова Е. Абстрактная добросовестность // ЭЖ-Юрист. 2013. № 41. С. 9–11.
- Антонов В.Ф. Принцип добросовестности в современном гражданском праве: теоретический аспект // Законодательство и экономика. 2016. № 1. С. 20–24.
- Багаев В.А. Значение добросовестности владения для приобретательной давности // СПС Консультант Плюс.
- Берлин А.Я. Критерий добросовестности в судебной практике в свете п. 1 Постановления Пленума ВС РФ № 25 // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 1. С. 54–62.
- Бибиков А.И. Принцип добросовестности в цивилистической доктрине и судебной практике: проблемы толкования // Вестник Костромского государственного университета им. Н.А. Некрасова. 2015. № 2. С. 195–199.
- Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. 431 с.
- Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. 4-е изд. М.: Проспект, 1999. 765 с.
- Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М.: Статут, 2001. 411 с.
- Дождев Д.В. Добросовестность (bona fides) как правовой принцип // Политико-правовые ценности. История и современность. М.: Юрист, 2000. С. 96–128.
- Емельянов В.И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. М.: Лекс-Книга, 2002, 160 с.
- Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М.: Статут, 2010. 423 с.
- Микрюков В.А. Принцип добросовестности — новый нравственный ограничитель гражданских прав // Журнал российского права. 2013. № 6. С. 17–24.
- Новицкий И.Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // СПС Консультант Плюс.
- Свердлов Г.А. Принципы советского гражданского права. Красноярск: Изд-во КГУ, 1985.
- Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарк, 1996. 522 с.

Bona Fides Principle in the Updated Russian Federation Civil Code and in Judicial Practice



Alexander V. Konovalov

Candidate of Juridical Sciences. Address: 14 Zhitnaya Str., Moscow 119049, Russian Federation. E-mail: konovalov@minjust.ru



Abstract

The author examines the current Russian civil law with a focus on a key principle of bona fides (good faith). The appearance of the principle is appreciated as a guarantee of stability and social orientation of the law. By making a brief historical overview, the author supports the normative consolidation of the principle, which is declared in the Conception of Civil Legislation. Besides, the author stresses the principle in question not only for the legal regulation of property and binding relations but also the practical rationale of the principle as a pillar of civil legislation. Good faith is defined by the author as an intention of a party to a civil transaction to prevent at a maximum the possibility of violation by conduct of legal rights and judicial interests of other parties, perform their rights strictly under the content, scope and purpose. Besides, the author takes up the comparative analysis of good faith to show that the concept covers mostly reasonableness and fairness of the actions of the parties to civil relations. At that, the author notes that non-inclusion of the principles of reasonableness and justice to the pre-requisites of civil law deems a justified classified default. The author concludes with

remarking a tendency of judicial practice to broaden the application of the good faith principle. The latter seems relevant to court only if it cannot deliver a fair decision only by interpreting and applying the existing the applicable rule of law.



Keywords

good faith, good faith principle, abuse of law, fundamentals of civil law, bona fide principle, reasonableness, equity.

Citation: Konovalov A.V. (2016) Bona Fides Principle in Updated Russian Federation Civil Code and in Judicial Practice. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–14 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.4.14



References

- Antipova E. (2013) Abstraktnaya dobrosovestnost' [Abstract Good Faith]. *EZh-Yurist*, no 41, pp. 9–11.
- Antonov V.F. (2016) Printsip dobrosovestnosti v sovremennom grazhdanskom prave: teoreticheskiy aspekt [Good Faith in Modern Civil Law: Theoretical Aspect]. *Zakonodatel'stvo i ekonomika*, no 1, pp. 20–24.
- Bagaev V.A. Znachenie dobrosovestnosti vladeniya dlya priobretatel'noy davnosti [Relevance of Good Faith Possession for]. *SPS Konsul'tant Plyus*.
- Berlin A.Ya. (2016) Kriteriy dobrosovestnosti v sudebnoy praktike v svete p. 1 Postanovleniya Plenuma VS RF N 25 [The Criterion of Good Faith in Judicial Practice under p. 1 Decision of the RF Supreme Court Plenum no 25]. *Vestnik Arbitrazhnogo suda Moskovskogo okruga*, no 1, pp. 54–62.
- Bibikov A.I. (2015) Printsip dobrosovestnosti v tsivilisticheskoy doktrine i sudebnoy praktiki: problemy tolkovaniya [The Good Faith Principle in Civilistic Doctrine and Judicial Practice: Issues of Interpretation]. *Vestnik Kostromskogo gosudarstvennogo universiteta im. N.A. Nekrasova*, no 2, pp. 195–199.
- Dozhdev D.V. (2000) Dobrosovestnost' (bona fides) kak pravovoy printsip [Good Faith (Bona Fide) as a Legal Principle]. *Politiko-pravovye tsennosti. Istoriya i sovremennost'*. Moscow, pp. 96–128.
- Emel'yanov V.I. (2002) *Razumnost', dobrosovestnost', nezloupotrebleniye grazhdanskimi pravami* [Reasonableness, Bona Fide, Non-Abuse of Civil Rights]. Moscow: Leks-Kniga, 160 p. (in Russian)
- Gribanov V.P. (2001) *Predely osushchestvleniya i zashchity grazhdanskikh prav* [Performing and Protecting Civil Rights]. Moscow: Statut, 411 p. (in Russian)
- Khvostov V.M. (1996) *Sistema rimskogo prava* [System of Roman Law]. Moscow, Spark, 522 p. (in Russian)
- Luk'yanenko M.F. (2010) *Otsenochnye ponyatiya grazhdanskogo prava: razumnost', dobrosovestnost', sushchestvennost'* [Evaluative Concepts in Civil Law: Reasonableness, Bona Fide, Relevance]. Moscow: Statut, 423 p. (in Russian)
- Mikryukov V.A. (2013) Printsip dobrosovestnosti — novyy npravstvennyy ogranichitel' grazhdanskikh prav [Principle of Good Faith a New Moral Concept in Civil Rights]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 17–24.
- Novitskiy I.B. (2012) Printsip dobroy sovesti v proekte obyazatel'stvennogo prava [Principle of Good Faith in Law of Obligations]. *SPS Konsul'tant Plyus*.
- Sergeev A.P., Tolstoy Yu.K. (eds.) (1999) *Grazhdanskoe pravo: Uchebnik* [Civil Law: Textbook]. Moscow: Prospekt, 765 p. (in Russian)
- Sverdlyk G.A. (1985) *Printsipy sovetskogo grazhdanskogo prava* [Principles of Soviet Civil Law]. Krasnoyarsk: Universitet (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (2016) *Reforma rossiyskogo grazhdanskogo zakonodatel'stva: promezhutochnye itogi* [Reform of Russian Civil Law: Preliminary Results]. Moscow: Statut, 431 p. (in Russian)

Правовой эксперимент и развитие права¹



В.А. Сивицкий

профессор кафедры конституционного и административного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербург), ведущий научный сотрудник Института права и развития ВШЭ-Сколково, кандидат юридических наук. Адрес: 190008, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: vsivitskij@hse.ru



М.Ю. Сорокин

аспирант кафедры конституционного и административного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: max_prime_92@mail.ru



Аннотация

В Российской Федерации имеется опыт правового регулирования и проведения правовых экспериментов. Однако в настоящее время эта форма правотворчества используется недостаточно, хотя она могла бы быть полезна развитию права. Есть ситуации, в которых возможен правовой эксперимент: при отсутствии регулирования по предмету эксперимента, при наличии регулирования, которое не препятствует правовому эксперименту, при наличии правового регулирования, когда предлагается новое, несоответствующее ему регулирование. Правовой эксперимент наиболее уместен и эффективен, если имеется устойчивое понятие о приемлемости существующего состояния определенных общественных отношений и их правового регулирования, но при этом параллельно формируется мнение, что изменение нормативного правового регулирования даст новый положительный, а может быть даже прорывной эффект в этих отношениях, улучшит их состояние. Проведение правовых экспериментов в других случаях, как правило, непродуктивно и может быть не на пользу развитию правового регулирования, а, наоборот, во вред. Тем не менее для применения конструкции правового эксперимента есть и ситуативные факторы. Один из них — напряженная инвестиционная ситуация в экономике. Она вынуждает смелее конструировать правовые институты, которые могут способствовать привлечению инвесторов. Им можно придавать формальный статус правового эксперимента, хотя более правильным было бы совершенствование институтов в масштабе всей страны, к которому, однако, нет политической готовности. Одной из разновидностей правового эксперимента, направленного на улучшение инвестиционного климата, может быть отказ от правового регулирования в соответствующей сфере и переход к саморегулированию субъектов предпринимательской деятельности. Эксперимент уместен и при опробовании на территории субъектов Российской Федерации предложенных ими законодательных инициатив по изменению федеральных законов. Имеется любопытный опыт Франции, где правовой эксперимент активно применяется, урегулирован Конституцией и органическим законом и неоднократно становился предметом рассмотрения Конституционного Совета. Правовой эксперимент во Франции удачно зарекомендовал себя в деле снятия административных барьеров.



Ключевые слова

правовой эксперимент, развитие права, научное обеспечение законопроектной деятельности, законодательная инициатива субъектов Российской Федерации, правовое обеспечение инвестиций, правовой эксперимент во Франции.

¹ Статья подготовлена с использованием справочно-правовой системы «КонсультантПлюс».

Библиографическое описание: Сивицкий В.А., Сорокин М.Ю. Правовой эксперимент и развитие права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 15–30.

JEL: K10; K 23; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.15.30

Отечественная правовая система знакома с таким явлением, как правовой эксперимент. Нормативно возможность и правила проведения «государственно-правового эксперимента» устанавливались в ст. 4 Закона Российской Федерации от 6.07.1991 № 1550-1 «О местном самоуправлении в Российской Федерации». Эти положения с 1995 г. не действуют, а в короткий период действия так и не применялись². Однако они стали, с одной стороны, закономерным итогом экспериментирования в сфере управления, осуществлявшегося ранее³, с другой стороны, предвестником более позднего закрепления в федеральных законах возможности проведения экспериментов в отдельных сферах (развития институтов государственной гражданской⁴ и муниципальной службы⁵, образовательной деятельности⁶).

Более того, на федеральном уровне во второй половине 1990-х — первой половине 2000-х гг. накоплен опыт значимых правовых экспериментов. Так, результаты эксперимента по созданию государственной системы бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам, проведенного на основании решения Правительства⁷, были признаны успешными и положены в основу соответствующего федерального закона⁸. Также существует пример эксперимента (налогообложение недвижимости), который был реализован на основании федерального закона в рамках отдельных субъектов РФ⁹, и дал толчок последующему реформированию имущественного налогообложения. Вместе с тем эксперимент по созданию муниципальных органов охраны общественного порядка, инициированный на основании Указа Президента РФ¹⁰, был признан неудачным, а идея передачи органам местного самоуправления полномочий по охране общественного порядка была отвергнута.

² Макаров И.И. Правовой эксперимент как метод совершенствования местного самоуправления // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 69–75.

³ О практике проведения государственно-правовых экспериментов в СССР см.: Макаров И.И. Указ. соч. С. 69.

⁴ См.: ст. 66 Федерального закона от 27.07. 2004 №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁵ См.: ст. 35 Федерального закона от 2.03. 2007 № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: ст. 20 Федерального закона от 29.12.2012 № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁷ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 22.08. 2005 № 534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // СПС КонсультантПлюс.

⁸ См.: Федеральный закон от 21.11. 2011 № 324-ФЗ «О бесплатной юридической помощи в Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁹ См.: Федеральный закон от 20.07.1997 № 110-ФЗ «О проведении эксперимента по налогообложению недвижимости в городах Великом Новгороде и Твери» // СПС КонсультантПлюс. Эксперимент был завершен 31 декабря 2005 г.

¹⁰ См.: Указ Президента Российской Федерации от 17.09.1998 № 1115 «О проведении в ряде муниципальных образований эксперимента по организации охраны общественного порядка органами местного самоуправления» // СПС КонсультантПлюс.

В последнее время (за исключением отдельных указанных сфер, в которых возможность эксперимента на подзаконном уровне допускается федеральными законами) правовые эксперименты не проводятся¹¹.

Постановка проблемы

По одному из определений, с которым в целом можно согласиться, правовой эксперимент — это организованная компетентным правотворческим органом апробация предполагаемых законодательных нововведений в ограниченном масштабе для проверки эффективности, полезности и экономичности экспериментальных правовых норм и отработки оптимальных вариантов будущих правотворческих решений общего действия¹². В порядке корректировки этого определения уточним, что речь идет не только о законодательных, но и о иных нормативных правовых нововведениях (строго говоря, и новые модели правоприменения, для внедрения которых не требуется изменения правового регулирования, тоже могут апробироваться в форме эксперимента, но понятие правового эксперимента все-таки увязывается с изменением правовых норм). Что касается ограниченности масштаба проведения эксперимента, то конечно, имеется в виду прежде всего ограниченность территориального масштаба¹³, но нельзя исключать такую модель, когда на время новые нормы включаются на всей территории, потом результат анализируется и принимается окончательное решение об их постоянном применении/неприменении. Можно возразить, что у любого эксперимента, даже ограниченного в пространстве, масштаб во времени тоже ограничен. Однако это не всегда так: возможен такой ход событий, когда, убедившись на примере одной территории, что все нормально, правотворческий орган вводит нормы в действие на остальной части территории, не прекращая их действия там, где оно уже началось в рамках эксперимента.

Если обратиться к случаям проведения правового эксперимента, можно увидеть вариативность его обстоятельств. Иногда новое регулирование, по поводу которого устанавливается эксперимент, осуществляется «с чистого листа», т.е. существующего регулирования по этому вопросу нет. Вариантом этого случая является ситуация, когда регулирование имеется, но экспериментальные правовые решения в его рамках возможны, фактически развивают его и не требуют изменения регулирования.

Исследователи признают проблемой и наличие таких правовых экспериментов, которые являются формой проведения в жизнь уже принятых решений (в качестве примера приводят «эксперимент» с ЕГЭ)¹⁴. Строго говоря, слово «эксперимент» в последнем случае дается как оборот речи, таковым не являясь. И опять же, в определенном смысле новый закон — это всегда эксперимент: если жизнь покажет, что в результате его при-

¹¹ Во всяком случае, просмотр баз нормативных правовых актов по поисковому запросу «эксперимент» не показал большой вариативности в этом вопросе.

¹² Правовой эксперимент и совершенствование законодательства / под ред. В.И. Никитинского и И.С. Самощенко. М.: Юрид. лит., 1988. С. 26. Цит. по: *Ельцов В.Н.* Правовой эксперимент в современной России: Проблемы эффективности: автореф.дис... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. С. 12. На сегодняшний день данная диссертация наиболее комплексно исследует проблему правового эксперимента, описывает историю этого явления, дает классификацию правовых экспериментов по разным основаниям, определяет и развивает такие категории как «цель правового эксперимента», «функция правового эксперимента», «экспериментально-правовой процесс», «стадия экспериментально-правового процесса».

¹³ *Лазарев В.В.* К вопросу о понятии и пределах эксперимента в области государства и права / Лазарев В.В. Избранные труды. М., 2010. С. 8.

¹⁴ *Ельцов В.Н.* Указ.соч. С. 20.

менения стало хуже, законодателю не возбраняется вернуть регулирование в прежнее состояние, предусмотрев при этом разумный переходный период и даже при необходимости компенсаторный механизм для претерпевших от таких нормативных метаний.

Наиболее интересен вариант эксперимента, когда речь идет о соотношении существующего правового регулирования, которое предполагается заменить, и нового регулирования, в отношении которого проводится эксперимент, призванного, при его удачном исходе, заменить действующее. Из перечисленных выше и вообще имеющих в российской практике правовых экспериментов, к таким, пожалуй, можно отнести эксперименты по налогообложению недвижимости и по созданию муниципальных органов охраны общественного порядка.

Именно такой эксперимент, который предполагает экспериментальное применение норм, несоответствующих действующему правовому регулированию, является самым сложным в реализации, как политически, так и юридико-технически, но и самым полезным с точки зрения использования правового регулирования для целей развития. Его проведение связано с принятием актов как минимум той же юридической силы, что и акты, которым экспериментальное регулирование будет противоречить, и затрагивает, как правило, компетенцию высших органов власти соответствующего публичного образования.

В литературе высказывается мнение, что от всех остальных видов практической правовой деятельности правовой эксперимент отличается тем, что проводится по заранее разработанной программе, преследует цель проверки той или иной научной гипотезы, предполагает контроль над его осуществлением¹⁵. Обычно это действительно так. Но нельзя списывать со счетов ситуации «спонтанного правового эксперимента» — когда условия для сопоставления нового и старого не установлены продуманно, а возникли ситуативно. Например, ч. 1 ст. 12.1 Федерального конституционного закона от 21.03.2014 № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образования в составе Российской Федерации новых субъектов — Республики Крым и города федерального значения Севастополя» предусматривает, что до 1 января 2019 г. на территориях Крыма и Севастополя особенности регулирования имущественных, градостроительных, земельных и лесных отношений, а также отношений в сфере кадастрового учета недвижимости и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним могут быть установлены нормативными правовыми актами Республики Крым и города федерального значения Севастополя по согласованию с федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным на осуществление нормативно-правового регулирования в соответствующей сфере. Нельзя исключать, что благодаря такому регулированию в указанных сферах возникли интересные решения, которые можно будет распространить и на другие территории РФ. Однако для этого необходимо присмотреться к правовому регулированию в этих регионах не только с точки зрения необходимости приведения в соответствие с федеральным регулированием, но и как к экспериментальному решению, которое может оказаться эффективнее федерального.

С утверждениями о необходимости научного обеспечения правового эксперимента, которые исходят от многих ученых, пишущих по данной проблеме, все не так однозначно. Нужно ли к слову «эксперимент» обязательно пристегивать категорию «научность» в большей мере, чем она необходима для любого, не только экспериментального правового регулирования? Думается, что здесь важнее обычная управленческая и, как ее элемент, нормотворческая рациональность. И обеспечение эксперимента, соответственно, тоже в первую очередь должно быть управленческое, «умно-управленческое», конечно,

¹⁵ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 5.

но не обязательно научное. Заранее продуманный мониторинг результатов правового эксперимента (или вовремя налаженный мониторинг результатов «спонтанного правового эксперимента»), умение экстраполировать результаты на все правовое пространство, на которое могло бы быть распространено экспериментальное регулирование в качестве постоянного, четкое вычленение плюсов и минусов нового регулирования в сравнении с существующим — все это должно иметь место, но это все логика управленческой деятельности, которой иногда не хватает, но которая и не «воспарит» от подчеркивания необходимости ее научности. Более того, подчеркивание научности правового эксперимента может вызвать аллергию у практиков нормотворчества, помешать его проведению, когда это желательно.

Насколько часто и в связи с какой правотворческой ситуацией нужно проводить правовые эксперименты? По мнению исследователей, «правовой эксперимент необходим, когда требуется предварительное обоснование того или иного важного общественно-политического мероприятия, проводимого государством, если целесообразность этого мероприятия нельзя определить умозрительно, без практической проверки предлагаемых моделей»¹⁶, «проведение правового эксперимента позволяет при последующем принятии соответствующего нормативного правового акта, распространяющего свое действие на планируемую сферу общественной жизни, скорректировать те или иные предписания с тем, чтобы повысить эффективность их действия, нейтрализовать возможные негативные последствия, повысить «техническое» качество нормативного правового акта»¹⁷. При этом, однако, «далеко не всегда возникает необходимость такой проверки и практически далеко не всегда возможно ее осуществление»¹⁸.

Как же найти рациональную грань между ситуациями, когда нужен государственно-правовой эксперимент, и ситуациями, когда законодатель вправе просто поменять правовое регулирование отношений на новое? На первый взгляд кажется, что более частое проведение эксперимента нужно приветствовать. В самом деле, прежде чем распространять нормативное регулирование в отношении, допустим, всей территории страны, было бы полезно «обкатать» его, чтобы, в случае его провала, не допустить широкого распространения негативных экономических и социальных эффектов. Однако если государство начнет частить с правовыми экспериментами, это будет приводить в общественном сознании к обесцениванию государства как форме осуществления власти народа, к признанию неспособности государственной власти априори разумно и эффективно регулировать общественные отношения. Возникнет повод сомневаться в законодателе как носителе народного разума, аккумулированного путем выборов и агрегируемого в принимаемых законах. Пусть даже народ, избрав депутатов, все равно верит им только «условно», но расписываться постоянно в собственной неуверенности, проводя эксперименты по поводу и без повода, законодателю ни к чему. Акт государственной (и народной) воли, выраженный в законе, должен, по общему правилу, предполагать неограниченное действие на будущее, пусть это является условностью и фикцией, так как он может быть изменен и даже отменен через несколько лет или даже месяцев.

Более того, стремление всегда или слишком часто проводить правовой эксперимент может быть и тормозом на пути развития права. Во-первых, эксперимент затягивает вступление в силу полноценного правового регулирования. Во-вторых, при проведении правового эксперимента возможно лукавство. Оно может быть связано с выбором

¹⁶ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 10.

¹⁷ Ельцов В.Н. Указ. соч. С. 2.

¹⁸ Лазарев В.В. Указ. соч. С. 10.

неудачной площадки, на которой результаты скомпрометируют новое правовое регулирование. Кроме того, в любом случае оценка результатов правового эксперимента, в отличие от эксперимента в точных науках, не лишена определенного уровня умозрительности. Это дает возможность силам, противостоящим нормативной новации, говорить о том, «как все плохо» и «лучше оставить как есть», и оценка таких взглядов зависит часто не от объективных результатов, а от способности подавать информацию должностным лицам, принимающим решения. Противовесом этому может быть фиксация при принятии решения об эксперименте критериев его успешности, но их не всегда можно выразить в строгих, измеримых показателях.

Кроме того, говоря о пределах применения правового эксперимента, нужно помнить, что если предполагается применение иных правил на части территории страны (или публично-правового образования, в рамках компетенции которого проходит правовой эксперимент), неизбежно встает вопрос о принципе равенства. Как отмечают некоторые французские исследователи (почему особенно интересно их мнение, будет сказано ниже), «в случае эксперимента дискриминации присутствуют от начала до конца: во-первых, в том, как определяется его масштаб, затем в том, как поступают с полученным опытом, наконец, в том, что в результате эксперимента принимаются дифференцированные правовые режимы»¹⁹. Это не отрицает возможности эксперимента, т.е. отступления от принципов равенства, особенно если субъекты экспериментальных правоотношений ставятся не в худшие, а в лучшие условия по сравнению с субъектами правоотношений по действующему правовому регулированию. Однако предполагается сбалансированность решения о эксперименте с теми конституционными ценностями, которые предполагается нормативно обеспечить более качественно, чем в существующем регулировании. Но ситуация такой сбалансированности презюмирует в том числе известную эксклюзивность соответствующего управленческо-правового решения об эксперименте.

Поэтому, призывая, с одной стороны, субъектов права законодательной инициативы к более смелому, чем сейчас, инициированию конституционно-правовых экспериментов, а законодателя (как регионального, так и федерального), к более смелому их принятию, одновременно хотелось бы ориентировать на сдержанность в использовании этой формы правотворческой деятельности. В противном случае достаточно двух-трех примеров принятия для сопоставления предлагаемого и существующего регулирования законов о конкретных экспериментах, и такая практика станет избыточно популярной: власти иногда удобно выглядеть и чувствовать себя осторожной и взвешенной, поэтому смысл эксперимента как формы развития правового регулирования может быть трансформирован в прямо противоположный — сдерживание этого развития.

Потенциал и сфера применения правового эксперимента

Когда же эксперимент уместен? Как представляется, если существующее состояние общественных отношений в комплексе с его правовым регулированием явно отстает от потребностей жизни, а поэтому необходимость корректировки ситуации через изменение правового регулирования очевидна, правильно было бы, не входя в правовой эксперимент, двигаться по пути принятия полноценно действующего правового регулирования. Естественно, с учетом требований грамотного моделирования регулирования

¹⁹ Faure B. Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principed'égalité (à propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales) // Revue française de droit administrative. 2004. № 6. P. 1150.

соответствующих отношений, прогнозирования последствий, в том числе имея в виду конкуренцию разных подходов на стадии разработки и принятия соответствующего нормативного решения.

Здесь, однако, тоже есть нюансы. Эксперимент всегда является соревнованием разных идей, моделей правового регулирования: как правило, действующей и новой. Но бывает и ситуация, когда действующее регулирование точно нужно менять на новое, но в каком именно варианте — власть никак не может определить. Напрашивается смелый, но в то же время понятный вариант — проведение сразу двух экспериментов с возможностью выбора лучшего. Тем не менее такой выбор все-таки лучше осуществлять без эксперимента, используя все ресурсы прогнозирования и исходя из очевидности неприемлемости существующего регулирования и приоритете любого нового.

Другое дело, если имеется устойчивое представление о приемлемости существующего состояния общественных отношений и их правового регулирования, но при этом параллельно формируется мнение, что изменение нормативного правового регулирования даст новый положительный, а может быть, даже прорывной эффект в этих отношениях, улучшит их состояние. Такому мнению, как показывает практика, обычно сопутствует конкурирующая позиция, состоящая в том, что «зачем что-то менять, и так все нормально, а если мы что-то тронем, то станет еще хуже», причем нередко подкрепляемая доводами, не менее убедительными, чем доводы в пользу реформы правового регулирования. Конкуренция «приемлемого существующего» и «возможного лучшего», при наличии риска «возможного худшего» — это как раз пространство для возможного эксперимента.

Причем риск «возможного худшего» при введении изменений правового регулирования, направленных на «возможное лучшее», может существовать в двух ипостасях. Во-первых, он может оцениваться как реальный, когда действительно имеет смысл посмотреть, не станет ли хуже при отказе от «приемлемого существующего». Во-вторых, он может существовать лишь в массовом общественном сознании при понимании принимающими решение лицами надуманности таких опасений. Но и во втором случае, если вызванные возможным изменением правового регулирования преобразования регулируемых общественных отношений велики, а сами эти отношения — значимы, можно пойти навстречу общественным опасениям и подкрепить реформу предшествующим экспериментом.

В таких ситуациях «приемлемого существующего» именно правовой эксперимент, если бы он был принят в российской правовой практике, может стать практически единственным шансом на движение к развитию правового регулирования. Ведь от «приемлемого существующего» отказываться в пользу нового, неопробованного психологически очень трудно. Проще оставить все как есть. А эксперимент позволит убедиться в приемлемости нового регулирования или, наоборот, отказаться от него.

Для более активного применения правового эксперимента есть и ситуативные факторы, которые не должны игнорироваться и тогда, когда на первый взгляд указанных выше оснований для эксперимента не усматривается. Один из таких ситуативных факторов — напряженная инвестиционная ситуация. Она вынуждает смелее конструировать правовые институты, которые могут способствовать привлечению инвесторов. При этом им можно придавать и формальный статус правового эксперимента, хотя правильнее было бы совершенствование институтов в духе критериев Доклада группы Всемирного банка «Ведение бизнеса»²⁰. Его преимущество в том, что он позволяет

²⁰ Ежегодное исследование, оценивающее в 189 странах простоту осуществления предпринимательской деятельности на основе 11 индикаторов (англ. — *Doing Business Report*).

отбрасывать некоторые традиционные правовые условности и придавать практико-ориентированной целесообразности правовую форму в ситуации, когда в постоянном и всеобщем формате государство на это не готово. Смелость такого правового эксперимента может быть безграничной при условии, что не нарушаются фундаментальные конституционные основы, в том числе базовые конституционные права личности. При этом правовой эксперимент можно и нужно проводить на части территории страны: это позволяет одновременно опробовать несколько конкурирующих вариантов регулирования и выбрать тот, который, доказав практическую целесообразность, может внедряться более широко. Также это позволит учесть различные, иногда конкурирующие интересы потенциальных инвесторов, создавая на разных территориях модели правового регулирования, приемлемые для разных типов инвесторов.

Наиболее комплексным форматом правового эксперимента инвестиционной направленности может быть инвестиционное сегментирование территории — создание территорий с особым социально-экономическим статусом, в которых могут реализовываться разные правовые парадигмы. Вообще в правовой системе России инвестиционное сегментирование территории не является новым. Только за последние два года появились территории опережающего развития и свободные порты. Реанимирована такая форма, как свободная экономическая зона. Все это — продолжение «линейки» применяемых в России территорий с особым экономико-правовым статусом: особых экономических зон, зон территориального развития.

Правовую основу этих территорий можно долго критиковать. Законодатель сам себя раскритиковал, изобретая все новые виды таких территорий и пытаясь через корректировку как их содержания, так и наименования вдохнуть в них новую жизнь, понимая, что чего-то ранее предложенным формам не хватает. Проблемами были и остаются узость инвестиционного горизонта и отсутствие у инвестора уверенности в стабильности специального статуса территории. Именно это и нужно преодолевать в новом регулировании, которому можно придавать статус эксперимента, определяя при этом временной горизонт эксперимента таким образом, чтобы заинтересовать инвестора.

Одной из разновидностей правового эксперимента, направленного на улучшение инвестиционного климата, может быть, как это ни парадоксально, не только экспериментальное введение нового правового регулирования, а отказ о правового регулирования в соответствующей сфере и переход к саморегулированию субъектов предпринимательской деятельности.

Важная точка, где может возникнуть правовой эксперимент, направленный на развитие — это законодательные инициативы органов государственной власти субъектов РФ в Государственной Думе и законодательные инициативы органов местного самоуправления в законодательных органах субъектов РФ. Общеизвестно, что ни те, ни другие не очень результативны: лишь небольшое число инициатив имеют шансы стать законом. Также общеизвестно, что распространены взаимные обвинения — инициаторы говорят, что их намеренно не замечают, законодатели — что у таких законодательных инициатив низкое качество. И в том, и в другом, возможно, есть правда. Но консерватизм законодателя в вопросах изменения регулирования на основании инициативы снизу широко известен.

При этом нельзя отрицать, что в каком-нибудь регионе (или в муниципальном образовании в составе региона) может иметься хорошая законодательная идея, в том числе основанная на опыте предшествующего регулирования, в дальнейшем унифицированного из-за принятия соответственно федерального или регионального закона. И ее внедрение может сэкономить средства, улучшить инвестиционный климат и так далее. Однако убедить в этом вышестоящий уровень публичной власти очень сложно.

Модель эксперимента дает выход — а давайте сравним и сопоставим две модели, существующую и предлагаемую (альтернативную). Пусть регион или, соответственно, муниципальное образование субъекта законодательной инициативы, ставящего вопрос о необходимости изменений, станет экспериментальной площадкой. Соответственно, решение принимается не в форме изменений в законе, а в форме, например, отдельного закона о соответствующем эксперименте в течение определенного срока на соответствующей территории. И практика покажет, как что работает. При этом, безусловно, если речь идет об эксперименте в отношениях, регулируемых федеральным или региональным (когда инициаторами изменения выступают органы местного самоуправления) законом, закон об эксперименте должен быть, соответственно, федеральный или региональный.

В части регионального(муниципального) аспекта правового эксперимента как следствия законодательной инициативы необходимо сделать следующую оговорку: если экспериментальная «обкатка» предложенного регионом или муниципальным образованием правового регулирования даст внешне положительный результат, т.е. например, отдельные показатели (численные или оценочные) на территории эксперимента будут лучше, чем на территории действующего законодательства, это еще не значит, что нужно срочно повсеместно заменять регулирование на новое, проявившее себя в ходе эксперимента. В конце концов нельзя исключать, что для среднероссийских или, соответственно, среднерегиональных обстоятельств именно существующее регулирование более сбалансировано. Но такой результат — повод задуматься: а не стоит хотя бы предусмотреть вариативность регулирования, дав соответственно регионам или муниципальным образованиям выбирать между старой и новой (или разными новыми) моделями.

Поиск в правовых базах данных положений о правовых экспериментах в нормативных правовых актах разного уровня позволил найти любопытный пример подхода к регулированию такого в публично-правовом образовании. В Уставе муниципального образования «Город Волгодонск» (в ред. 2007 г.) п. 3 ст. 6 «Статус Волгодонска» гласит: «Волгодонск как муниципальное образование имеет право на изменение в соответствии с законодательством своего статуса, а также на проведение государственно-правовых экспериментов». Удивительно, но такому явлению, как правовой эксперимент, придается значение элемента статуса муниципального образования, а проведение эксперимента (по крайней мере, текстуально) ставится на одну строку с таким явлением, как изменение статуса. Возможно, это случайность, юридико-технический казус, но во включении положений об эксперименте в статусные характеристики публично-правового образования есть глубокий смысл: возможность и способность внедрять в экспериментальном порядке альтернативные существующим механизмы правового регулирования — важный признак самостоятельности уровня публичной власти, его способности правовыми средствами созидать будущее.

Конституционно-правовое регулирование правового эксперимента: французский опыт

В силу эксклюзивного характера порядка проведения, содержания и учета последствий государственно-правового эксперимента (тем более, если он проводится с помощью законодательного акта, принимаемого народным представительством) следует рассмотреть возможность его закрепления в высшем законе страны. В Конституции Франции с 2003 г. прямо зафиксированы следующие положения об эксперименте:

1) закон и регламент могут содержать по ограниченному предмету ведения и на ограниченный срок положения экспериментального характера (ст. 37-1);

2) в условиях, предусмотренных органическим законом, и за исключением тех случаев, когда ставятся под угрозу основные условия осуществления той или иной публичной свободы либо того или иного права, гарантированного Конституцией, территориальные коллективы или их объединения могут, когда, в зависимости от конкретного случая, это предусмотрено законом либо регламентом, отступить в порядке эксперимента по ограниченному предмету ведения и на ограниченный срок от законодательных или регламентарных положений, регулирующих осуществление их полномочий (абз. 4 ст. 72).

В связи с этим примечательно следующее. Во-первых, эти положения были включены в Конституцию в рамках конституционной реформы 2003 г., направленной на децентрализацию власти. Во-вторых, уже до этих поправок во Франции сложилась практика законодательного и административного экспериментов. В-третьих, интерес к эксперименту в стране с «рационализированным» парламентаризмом, сочетающимся с высокими традициями народовластия и сакрализацией принципа равенства.

Применительно к законодательным экспериментам (первая волна которых приходится на конец 1970-х — начало 1980-х годов, и первым общенациональным экспериментом стала легализация абортов в 1974 г.)²¹, Конституционный Совет сформулировал свою правовую позицию по вопросу об эксперименте в деле «публичные учреждения научного и культурного характера» (1993)²². Подчеркнув, что правовой эксперимент является отступлением от общих правил, Конституционный Совет признал за законодателем принципиальную возможность введения норм экспериментального характера. Совет обусловил это выполнением ряда требований. Во-первых, это правовая определенность эксперимента: должны быть исчерпывающим образом определены «сущность» и «пределы действия» закона, случаи, на которые он распространяется. Во-вторых, временный характер мер, проведение эксперимента в перспективе перенесения полученных результатов в общенациональном масштабе. В-третьих, обязательность закрепления критериев и порядка оценки эффективности экспериментальных мер.

Дополнительно к этому в решении 2002 г. по «делу Корсики» Конституционный Совет, не отрицая возможности правового эксперимента, счел разрешение территориальным публично-правовым образованиям проводить эксперименты по вопросам, регулируемым законом Франции, нарушением принципов неделимости территории Республики и равенства²³. В свою очередь, Государственный Совет значительно раньше — в конце 1960-х гг. согласился с возможностью правовых экспериментов в рамках компетенции исполнительной власти, также требуя установления четких условий его проведения, а также оценки его результатов.

Заметим, что поправки, внесенные в Конституцию и регулирующие проведение эксперимента, содержат менее жесткие требования к его проведению. Так, в ст. 37.1 по отношению к условиям конституционности эксперимента, сформулированным в решениях Конституционного Совета, требования были сведены к минимуму: достаточно лишь установить предмет и срок проведения эксперимента. Иными словами, конституционная поправка фактически избавила законодателя и исполнительную власть от необходимо-

²¹ Можно отметить также законодательный эксперимент по введению минимального социального пособия в 1988 г. (см.: *Loin*° 88-1088 du 1er décembre 1988 instituant le revenu minimum d'insertion // *Legifrance.fr*), генерализированный в 1992 г. (см.: *Loin*° 92-522 du 29 juillet 1992 // *Legifrance.fr*).

²² *Décision*° 93-322 DC du 28 juillet 1993 // Available at: URL: <http://www.legifrance.go+79852381603uv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000347753&categorieLien=id> (дата обращения: 20.09.2016)

²³ *Décision* n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002 // Available at: URL: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2001454dc.htm (дата обращения: 20.09.2016)

сти установления критериев и порядка проведения оценки эффективности эксперимента. И еще более серьезно, что в ст. 37.1 не фиксируется необходимость соблюдения при проведении эксперимента принципа равенства перед законом, поскольку из редакции следует «свобода рук» законодателя в масштабах отступления от общего правила поведения.

Любопытно, что по имеющимся в литературе сведениям Государственный Совет, давая консультативное заключение (опубликовано не было) на правительственный проект этих изменений в Конституции, раскритиковал предусматриваемую редакцию ст. 37.1 Конституции, предложив дополнить ее указанием, что проводимый эксперимент «не должен препятствовать применению принципа равенства». По тем же соображениям нововведение получило весьма критические оценки в доктрине французского конституционного права²⁴. Заметим, однако, что предлагаемое Государственным Советом уточнение препятствовало бы проведению эксперимента, так как любой эксперимент, осуществляемый на части территории страны, предполагает ограничение принципа равенства. Таким образом, конституционный законодатель Франции действовал вполне осознанно, стремясь создать возможности для нормативного экспериментирования.

Поэтому теперь Конституционный Совет, в свою очередь, следуя новому конституционному тексту, разрешившему законодателю проводить эксперименты, отступающие от общеправового принципа равенства, проверяет, чтобы закон «исчерпывающим образом» определял предмет и срок окончания эксперимента. Так, он признал неконституционными законоположения, отсылающие к исполнительной власти установление срока окончания эксперимента²⁵. Что более принципиально, Конституционный Совет решил проверять при этом, не нарушает ли проведение эксперимента других «требований, имеющих конституционное значение»²⁶ (формула, с помощью которой Совет контролирует соблюдение законодателем основных прав и свобод).

Примером законодательного эксперимента в рамках ст. 37.1 Конституции может служить закон № 2011-939 от 10.08. 2011, которым предусмотрена реализация эксперимента с участием в уголовном судопроизводстве по отдельным категориям дел граждан-заседателей. Эксперимент должен был проводиться с 1 января 2012 г. не менее чем в двух апелляционных судах, а с 1 января 2014 г. — не менее чем в десяти апелляционных судах. При этом право выбора юрисдикций было оставлено министру юстиции. Конституционный Совет счел, что законодатель достаточно определил предмет и условия проведения эксперимента и не умалил своей компетенции, отсылая к постановлению судебного ведомства, отвечающего за уголовную политику, определение апелляционных судов, в округе которых будет проводиться эксперимент²⁷. Однако эксперимент закончился «провалом» (как следует из детального отчета о его итогах, подготовленного двумя генеральными адвокатами при Кассационном суде Франции)²⁸. Эксперимент был

²⁴ См., напр.: *Carcassonne G., Guillaume M.* La Constitution. Paris, 2014. P. 194–195.

²⁵ Décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009 // URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-584-dc/decision-n-2009-584-dc-du-16-juillet-2009.43624.html> (дата обращения: 20.09.2016)

²⁶ Dubut Th.. Le jugeconstitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des «exigencesconstitutionnelles// Revue française de droit constitutionnel. 2009. № 4 (n° 80). P. 749-764 // URL : www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2009-4-page-749.htm (дата обращения: 20.09.2016)

²⁷ Décision n° 2011-635 DC du 4 août 2011 // URL: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011635dc.htm (дата обращения: 20.09.2016)

²⁸ L'expérimentation des citoyens assesseurs dans les ressorts des cours d'appel de Dijon et Toulouse : rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice // URL: http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/1_1_Rapport_bilan_experimentation_citoyens_assesseurs.pdf (дата обращения: 20.09.2016)

прекращен досрочно в 2013 г. постановлением министра юстиции²⁹. Сам факт оценки результатов эксперимента свидетельствует, что, несмотря на невключение в конституционный текст указания на необходимость такой оценки, она все равно осуществляется.

По нашим данным, за текущую сессию Национального Собрания с июня 2012 г. по декабрь 2015 г. было инициировано около 40 законодательных экспериментов. Более половины экспериментов в сфере законодательства приходится на вопросы социальной политики (равенство шансов, борьба с безработицей, жилищная политика), а примерно четверть затрагивает государственное регулирование экономики, причем большая часть принятых мер связана с сокращением административных барьеров. Срок проведения эксперимента — от 1 года до 10 лет, но большая часть экспериментальных мер запланирована законодателем на срок от 3 до 5 лет. Экспериментирование стало исключительным предметом регулирования только одного закона (о разрешении «домашних» роддомов); в остальных случаях оно включалось в различные законодательные акты, в рамках регулируемых которыми отношений и проводился эксперимент

Введенный в рамках конституционной реформы 2003 г. абз. 4 ст. 72 Конституции Франции тоже несколько нивелирует вышеуказанную правовую позицию Конституционного Совета 2002 г. по «делу Корсики». В отличие от ст. 37.1 Конституции, в данном случае законодательный или регламентарный акт может лишь оговаривать возможность проведения эксперимента, определив его предмет и срок проведения, оставляя принятие решения о его проведении на усмотрение соответствующих административно-территориальных образований — территориальных коллективов (коммуны, департаменты, регионы), а также их объединений. И если в данном случае «экспериментальные» отступления от общенациональных норм должны устанавливаться актами местных органов, то Конституцией закреплены значительно более строгие условия их реализации. Во-первых, не должны нарушаться «существенные условия» осуществления публичной свободы (специфическая категория французского права, подразумевающая индивидуальные и коллективные права, закрепленные в конституционно-правовых актах) или конституционно гарантируемого права (отсылка к «конституционному блоку»). Во-вторых, сфера проведения эксперимента — компетенция самих административно-территориальных образований, в том числе делегированная. В-третьих, рамочные требования к экспериментированию определяются органическим законом, имеющие большую юридическую силу, чем ординарные законы.

Общие условия проведения локального правового эксперимента зафиксированы органическим законом № 2003-704 от 1.08. 2003³⁰. Предусматривается, что закон, разрешающий проведение локального эксперимента, должен определять правовую природу и характеристики административно-территориальных образований, участвующих в эксперименте. Установлен и максимальный срок действия экспериментальных норм — не более 5 лет, по истечении которого они автоматически утрачивают силу. Представительный орган любого из административно-территориальных образований, подпадающих под категорию участников эксперимента, обращается к центральной власти с мотивированным решением об участии в эксперименте. Затем Правительство Республики, удостоверившись в том, что законодательные требования соблюдены, публикует декрет

²⁹ Arrêté du 18 mars 2013 mettant fin à l'expérimentation des dispositions prévoyant la participation de citoyens assesseurs au fonctionnement de la justice pénale // Available at: URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000027199869&dateTexte=&categorieLien=id> (дата обращения: 20.09.2016)

³⁰ См.: Loi organique n° 2003-704 du 1 août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales // Available at: URL: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000239925> (дата обращения: 20.09.2016)

с перечнем административно-территориальных образований, которые допущены к участию в эксперименте (соответственно, гипотетический отказ Правительства может быть обжалован в Государственном совете в течение трех месяца со дня издания декрета).

Нормативные правовые акты, принятые административно-территориальными образованиями, самостоятельно определяют сроки действия экспериментальных мер в пределах максимального срока, установленного законом, и вступают в силу после опубликования в «Официальном вестнике» Французской Республики. Тем не менее, исходя из статуса принявшего их органа, эти акты обжалуются в общем порядке в административные трибуналы. Впрочем, в отличие от случая делегированного законодательства, Национальное собрание не утрачивает права принятия законов в сферах, в которых проводится эксперимент.

Другая особенность локальных экспериментов связана с оценкой вызванных ими последствий. С этой целью до окончания эксперимента Правительство направляет Национальному собранию доклад, в котором отражаются результаты эксперимента.

Наконец, до истечения срока экспериментирования и в целях его оценки законодатель может выбрать одну из следующих опций: распространить действие эксперимента в качестве общего правила; отказаться от него; продлить действие эксперимента, в том числе с необходимыми изменениями, но не более чем на 3 года (т.е. в общей сложности 8 лет). Иными словами, законодатель поставлен в жесткие рамки и, объявляя локальный эксперимент, он должен учитывать необходимость оценки полученного опыта именно в общенациональном масштабе, имея в виду, что эксперимент не всегда ведет к удовлетворительному результату и может привести к негативным последствиям для авторитета инициировавшего его государства.

Возможно, поэтому механизм, предусмотренный абз. 4 ст. 72 Конституции Франции, применяется не так часто. В качестве примера приведем масштабный эксперимент с известным во Франции социальным трансфертом «доход от активной солидарности» (RSA), направленным на обеспечение минимального дохода безработным и стимулирование занятости населения. Законом о бюджете от 2007 г. департаментам, изъявившим намерение участвовать в эксперименте, разрешалось отступить от положений социального законодательства, касающихся социальных выплат — минимального дохода от включенности (*revenue minimum d'insertion*, RMI) и пособие родителю-одиночке (*del'allocation de parenti solé*, API).

Эксперимент проводился в 34 департаментах (из 99), которые выразили заинтересованность в участии. Эксперимент планировалось разбить на 2 года, однако уже через год законодатель, сочтя результаты успешными³¹ (в частности, на основании доклада комитета по оценке, приложенного к законопроекту), досрочно завершил эксперимент и распространил применение апробированных норм на всю территорию³². Отметим, что научные исследования были не столь оптимистичны³³, и, действительно, действие новой модели на национальном уровне не показало убедительных результатов, потому с 2016 г. RSA заменен новым трансфертом — премией за активность (*prime d'activité*).

Другой эксперимент был начат летом 2015 г. и связан с применением социальных тарифов на водоснабжение, учитывающих состав и доходы домохозяйства. Интересно,

³¹ Loi n° 2008-1249 du 1^{er} décembre 2008 généralisant le revenu de solidarité active et réformant les politiques d'insertion // Available at: URL: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019860428&dateTexte=&categorieLien=id> (дата обращения: 20.09.2016)

³² Там же.

³³ Allègre G. L'expérimentation du RSA et ses ambiguïtés // Informations sociales. 2012. № 6 (174). P. 51–60 // Available at: URL: www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-6-page-51.htm (дата обращения: 20.09.2016)

что перечень административно-территориальных образований и их объединений, допущенных к участию в эксперименте, претерпел изменение, увеличившись с 18 участников (по состоянию на 14 апреля 2015 г.) до 50 участников (31 июля 2015 г.). Эксперимент планируется завершить 15 апреля 2018 г.

Наконец, в апреле 2016 г. было объявлено о применении в экспериментальном режиме «революционной» технологии «блокчейн» в финансовом секторе, предусматривающей в том числе использование так называемых «умных договоров» для развития механизмов коллективного финансирования³⁴. Если эксперимент будет признан успешным, планируется дальнейшее расширение круга участников и сферы применения данного регуляторного нововведения.

Таким образом, во Франции сложилась развернутая система регулирования государственно-правового эксперимента, закрепленная на самом высоком нормативном уровне — в Конституции и органическом законе, а также ставшая предметом суждений органа конституционного контроля — Конституционного Совета. Практика экспериментов неоднородна по результатам, но свидетельствует, что это вполне работоспособный инструмент развития правового регулирования общественных отношений.



Библиография

Ельцов В.Н. Правовой эксперимент в современной России: Проблемы эффективности: дис... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. 163 с.

Лазарев В.В. К вопросу о понятии и пределах эксперимента в области государства и права / Лазарев В.В. Избранные труды. Т. 2. М.: Новая юстиция, 2010. С. 5–15.

Макаров И.И. Правовой эксперимент как метод совершенствования местного самоуправления // Журнал российского права. 2013. № 10. С. 69–75.

Allègre G. L'expérimentation du RSA et ses ambiguïtés // Informations sociales. 2012. № 6 (174). P. 51–60.

Baghestani-Perrey L. Le pouvoir de l'expérimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt général // Petites Affiches. 17 mars 2004. № 55. P. 6–10.

Crouzatier-Durand F. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) // Revue française de droit constitutionnel. 2003. no 4(56). P. 675–695.

Chevallier J. Les lois expérimentales: le cas français / in: Evaluation législative et lois expérimentales, sous la direction de Ch.-A. Morand. Aix-en-Provence, Presse universitaire 'Aix-Marseille, 1993. P. 120–152.

Faure B. Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité (à propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales) // Revue française de droit administratif. 2004. № 6. P. 1150–1156.

Finck N. Les expérimentations législatives et réglementaires prévues par les articles 37-1 et 72-4 de la Constitution // Courrier juridique des finances et de l'industrie. 2012. Janvier-Février-Mars. P. 2–9.

Heldwein L., Renaudie O. L'expérimentation législative, un outil pour mieux légiférer? // Centre d'Analyse Stratégique, La note de veille. 3 décembre 2007. № 84. P. 1–4.

Mamontoff C. Réflexions sur l'expérimentation du droit // Revue du droit public. 1998. № 2. P. 351–371.

Ranchordás S. Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: a Comparative Perspective. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2014. 237 p.

Ranchordás S. The Whys and Woes of Experimental Legislation // Theory and Practice of Legislation. 2013. Vol. 1(3). P. 414–440.

³⁴ См.: Ordonnance n° 2016-520 du 28 avril 2016 relative aux bons de caisse // Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/4/28/FCPT1608300R/jo/texte> (дата обращения: 20.09.2016)

Stahl J.-H. L'expérimentation en droit français: unecuriosité en mal d'acclimatation // *Revue juridique de l'économie publique*. 2010. N°681, étude n° 11. P. 3–11.

Van Gestel R., van Dijk G. Better Regulation through Experimental Legislation // *European Public Law*. 2011. N° 17. P. 539–553.

Legal Experiment and Development of Law



Vladimir Sivitsky

Professor, Constitutional and Administrative Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics (Saint-Petersburg), Candidate of Juridical Sciences; Senior Research Fellow, HSE-Skolkovo Institute for Law and Development. Address: 16 Souza Pechatnikov Str., Saint Petersburg 190008, Russia. E-mail: vsivitsky@hse.ru



Maxim Sorokin

Postgraduate Student, Constitutional and Administrative Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: max_prime_92@mail.ru



Abstract

Russia has a certain experience of carrying out the legal experiments according to the formal rules. However, nowadays this form of lawmaking is not used to the full, while it could be useful for making the legal system better. There are a number of the situations when the legal experiment should be conducted: if there is no regulation at all; if the current laws are not preventing legal experiment; finally, if a proposed regulatory framework is to repeal the existing laws. We believe that the legal experiment would be best situated and effective when the present social conditions in an area and respective laws are considered to be acceptable, but the suggestions are made that modification of legal rules could trigger a new positive or even groundbreaking effect. In other cases, the legal experiment would be ineffective or causing negative effects. Besides, there also some conjuncture factors that may stimulate to use legal experiment. For example, it is a complicated investment situation. It forces to create law institutions can be used to attract investors. To achieve that goal, it would be sound to use the form of legal experiments unless there will be a political decision to put that changes into practice in the scale of the whole country. One of the options for the legal experiment could be a progressive withdrawal of governmental regulation in specific area to give place for self-regulation of the business entities. The other option where legal experiment could be valued is approbation by the Russian regions of the bills brought forward by their legislatures. Taking a comparative approach, we may see legal experiments are now widely used in France. There, they are enshrined into the Constitution and organic law and were several times the issues of constitutional control. In France, the legal experiments are used as a tool of cutting the red tape.



Keywords

legal experiment, legal development, research support of lawmaking, legislative initiative of the subjects of the Russian Federation, legal support of investments, legal experiment in France.

Citation: Sivitsky V.A., Sorokin M.Y. (2016) Legal Experiment and Development of Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 15–30 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.15.30



References

Allègre G. (2012) L'expérimentation du RSA et ses ambiguïtés. *Informations sociales*, no 6 (174), pp. 51–60. Available at: www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-6-page-51 (accessed: 20.09.2016)

Baghestani-Perrey L. (2004) Le pouvoir de l'expérimentation normative locale, une nouvelle conception partagée de la réalisation de l'intérêt general. *Petites Affiches*, no 55, pp. 6–10.

- Chevallier J. (1993) Les lois expérimentales: le cas français. Evaluation législative et lois expérimentales, sous la direction de Ch.-A. Morand. Aix-en-Provence: Presse universitaire d'Aix-Marseille, pp. 120–152.
- Crouzatier-Durand F. (2003) Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République). *Revue française de droit constitutionnel*, no 4 (56), p. 675–695. Available at: www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2003-4-page-675.htm (accessed: 20.09.2016)
- Faure B. (2004) Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité (à propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales). *Revue française de droit administrative*, no 6, pp. 1150–1156.
- Finck N. (2012) Les expérimentations législatives et réglementaires prévues par les articles 37-1 et 72-4 de la Constitution. *Courrier juridique des finances et de l'industrie*, pp. 2–9. Available at: www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/cjfi/2012/cjfi67.pdf (accessed: 20.09.2016)
- Heldwein L., Renaudie O. (2007) L'expérimentation législative, un outil pour mieux légiférer. Centre d'Analyse Stratégique, La note de veille, no 84, pp. 1–4. Available at: archives.strategie.gouv.fr/cas/system/files/noteveille84.pdf (accessed: 20.09.2016).
- Lazarev V. (2010). *K voprosu o ponyatii i predelakh eksperimenta v oblasti gosudarstva I prava. Izbrannyye trudy* [Notion and Limits of Experimentation in the Field of Law. Selected Works] Moscow: Novaya yustitsiya, pp. 5–15 (in Russian)
- Makarov I. (2013). Pravovoy eksperiment kak metod sovershenstvovaniya mestnogo samoupravleniya [Legal Experiment as a Tool of Improving Local Self Government]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 69–75.
- Mamontoff C. (1998) Réflexions sur l'expérimentation du droit. *Revue du droit public*, no 2, pp. 351–371.
- Nikitinski V.I., Samoshchenko I.S. (eds.) (1988) *Pravovoy eksperiment I sovershenstvovaniye zakonodatel'stva* [Legal Experiment and Improving Legislation]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 304 p. (in Russian)
- Ranchordás S. (2013) The Whys and Woes of Experimental Legislation. *Theory and Practice of Legislation*, vol. 1 (3), pp. 414–440.
- Ranchordás S. (2014) *Constitutional Sunsets and Experimental Legislation: a Comparative Perspective*. Cheltenham: Edward Elgar, 237 p.
- Stahl J.-H. (2010) L'expérimentation en droit français: une curiosité en mal d'acclimatation. *Revue juridique de l'économie publique*, no 681, pp. 3–11.
- Van Gestel R., Van Dijck G. (2011) Better Regulation through Experimental Legislation. *European Public Law*, no 17, pp. 539–553.
- Yel'tsov V. (2009) *Pravovoy eksperiment v sovremennoy Rossii: problemy effektivnosti. (Dis... cand. jurid. Nauk)*. [Legal Experiment in Modern Russia: Efficiency Issues. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Tambov, 163 p.

О понимании административной преюдиции как особого средства юридической техники и расширении ее использования в Уголовном кодексе Российской Федерации



С.А. Маркунцов

доцент кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: smarkuntsov@hse.ru



Аннотация

В статье анализируется тенденция к увеличению в Уголовном кодексе РФ числа уголовно-правовых запретов, сконструированных с использованием административной преюдиции. В настоящее время в Особенной части УК содержится девять статей, содержащих такие запреты. Отмечается, что все введенные уголовно-правовые запреты с административной преюдицией различны по своим конструктивным особенностям. С реализацией некоторых из них в правоприменительной практике наблюдаются существенные трудности. Делается вывод, что использование административной преюдиции при конструировании уголовно-правовых запретов должно быть научно обоснованным. Одновременно наряду с практическими проблемами применения соответствующих уголовно-правовых запретов существует проблема с пониманием административной преюдиции. В доктрине уголовного права одни ученые при определении административной преюдиции пытаются обойтись исключительно уголовно-правовыми (отраслевыми) понятиями, другие используют в этих целях преимущественно общетеоретические конструкции. Определяя административную преюдицию, ученые также по-разному расставляют акценты в понимании ее правовой природы и сущности: они либо рассматривают ее в основном как явление исключительно правоприменительной практики, либо — прежде всего как явление юридической (законодательной) техники. Административную преюдицию определяют через понятия «преюдициальная (правовая) связь», «специфическое правоотношение», «элемент процесса доказывания», «юридическое правило», «особый способ верификации фактов», «юридический» признак состава преступления», «прием юридической техники» и т.д. По мнению автора, оптимальным является рассмотрение этого правового явления как особого средства юридической техники наряду с правовыми аксиомами, презумпциями и фикциями. Такое понимание административной преюдиции отражает ее специфику в узком отраслевом смысле; вместе с тем это правовое явление можно определять в более широком смысле, отражая, прежде всего, его межотраслевой характер с позиции правовой (уголовной) политики. С позиции такого подхода ученые отмечают, что административная преюдиция — это «особая взаимосвязь уголовного и административного права», «средство криминализации и декриминализации», «средство предупреждения преступлений», «средство противодействия преступности» и т.п.



Ключевые слова

административная преюдиция; уголовно-правовой запрет; юридическая техника; состав преступления; уголовное право; административное право.

Библиографическое описание: Маркунцов С.А. О понимании административной преюдиции как особого средства юридической техники и расширении ее использования в Уголовном кодексе Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 31–42.

Проблема конструирования уголовно-правовых запретов с административной преюдицией не является новой в отечественном уголовном праве. Известно, что административная преюдиция применялась уже в дореволюционном уголовном законодательстве. Она использовалась, например, при изложении ст. 322 и 908 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. (в ред. 1885)¹. В советском уголовном законодательстве она получила широкое распространение. В частности, по оценке А.Г. Безверхова, в Уголовном кодексе РСФСР (1960) было около 15 такого рода статей².

В последнее время наблюдается интенсивное внедрение в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) уголовно-правовых запретов, сконструированных с использованием административной преюдиции. В 2014–2016 гг. деятельность по их введению особенно активизировалась. Если в 2009 и 2011 гг. в УК РФ было добавлено два таких запрета, содержащихся в ст. 178 и 151.1³, то за период с июля 2014 по июль 2016 гг. административная преюдиция появилась еще в восьми уголовно-правовых запретах, закрепленных в ст. 212.1, 215.4, 314.1 (ч. 2), 264.1, 284.1, 116.1, 157, 158.1 УК РФ⁴. Отме-

¹ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года. Издано Н.С. Таганцевым. Петроград, 1916.

² Безверхов А.Г. «Административная преюдиция» в уголовном законодательстве России: историко-правовой анализ // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы IX Международной научно-практической конференции. М., 2012. С. 145.

³ Статья 178 «Недопущение, ограничение или устранение конкуренции» в указанной редакции введена в УК РФ Федеральным законом от 29.07.2009 № 216-ФЗ «О внесении изменения в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 31. Ст. 3922. Статья 151.1 «Розничная продажа несовершеннолетним алкогольной продукции» УК РФ введена Федеральным законом от 21.07.2011 № 253-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части усиления мер по предотвращению продажи несовершеннолетним алкогольной продукции» // СЗ РФ. 2011. № 30 (ч. I). Ст. 4601.

⁴ Статья 212.1 «Неоднократное нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования» УК РФ введена Федеральным законом от 21.07.2014 № 258-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования законодательства о публичных мероприятиях» // СЗ РФ. 2014. № 30 (ч. I). Ст. 4259.

Статья 215.4 «Незаконное проникновение на охраняемый объект» УК РФ введена Федеральным законом от 30.12.2015 № 441-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статьи 150 и 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. 1). Ст. 61.

Часть 2 ст. 314.1 «Уклонение от административного надзора или неоднократное несоблюдение установленных судом в соответствии с федеральным законом ограничения или ограничений» УК РФ введена Федеральным законом от 31.12.2014 № 514-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. I). Ст. 67.

Статья 264.1 «Нарушение правил дорожного движения лицом, подвергнутым административному наказанию» УК РФ введена Федеральным законом от 31.12.2014 № 528-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу усиления ответственности за совершение правонарушений в сфере безопасности дорожного движения» // СЗ РФ. 2015. № 1 (ч. I). Ст. 81.

Статья 284.1 «Осуществление деятельности на территории Российской Федерации иностранной или международной неправительственной организации, в отношении которой принято решение о признании нежелательной на территории Российской Федерации ее деятельности» УК РФ введена Федеральным законом от 23.05.2015 № 129-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 21. Ст. 2981.

Статьи 116.1 «Нанесение побоев лицом, подвергнутым административному наказанию», 157 «Неуплата средств на содержание детей или нетрудоспособных родителей» и 158.1 «Мелкое хищение, совершенное лицом, подвергнутым административному наказанию» в указанных редакциях введены Федеральным законом от 3.07.2016 № 323-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 27. Ст. 4511.

тим, что согласно Федеральному закону от 8 марта 2015 г. № 45-ФЗ⁵ ст. 178 УК РФ была изложена в новой редакции уже без использования административной преюдиции. Таким образом, необходимо констатировать, что факт наличия уголовно-правовых запретов, сконструированных с административной преюдицией, и постепенного расширения их числа в УК РФ⁶ — это реальность⁷. Возможно расширение круга уголовно-правовых запретов с административной преюдицией постепенно нивелирует «границу» между уголовным и административным (административно-деликтным) правом и позволит со временем утвердиться концепции уголовного права в «широком» смысле⁸. Так или иначе использование конструкции административной преюдиции будет способствовать сближению административно-правовых и уголовно-правовых запретов или точнее — содержательному расширению их предупредительного воздействия.

Следует отметить, что вводимые уголовно-правовые запреты с административной преюдицией различны по своим конструктивным особенностям. Так, например, если в ст. 264.1 и некоторых других статьях УК РФ речь идет о лице, «подвергнутом административному наказанию за аналогичное деяние» (*ранее совершенное административное правонарушение* — С.М.), то в примечании к ст. 212.1 УК РФ — о лице, которое ранее «привлекалось к административной ответственности за совершение административных правонарушений...»⁹. С реализацией некоторых уголовно-правовых запретов с административной преюдицией возникают существенные проблемы в правоприменительной практике¹⁰.

Очевидно, что использование административной преюдиции при конструировании уголовно-правовых запретов должно быть научно обоснованным. Следует согла-

Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации по вопросам совершенствования оснований и порядка освобождения от уголовной ответственности // СЗ РФ. 2016. № 27 (ч. II). Ст. 4256.

⁵ Федеральный закон от 8.03.2015 № 45-ФЗ «О внесении изменений в статью 178 Уголовного кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1415.

⁶ В доктрине уголовного права существует достаточно предложений по использованию административной преюдиции при конструировании отдельных уголовно-правовых запретов. Об этом, напр., см.: *Климов А.С., Кузнецова Н.Н.* К вопросу о криминологической обоснованности применения административной преюдиции в современном российском уголовном праве в сфере защиты избирательных прав // *Материалы X Российского конгресса уголовного права 26–27 мая 2016 г.* / отв. ред. В.С. Комиссаров. М., 2016. С. 110–113 и др.

⁷ В силу этого рассмотрение доводов сторонников и противников введения (использования) административной преюдиции в рамках данной статьи не представляется целесообразным.

⁸ Подробнее, см., напр.: *Есаков Г.А.* От административных правонарушений к уголовным проступкам, или о существовании уголовного права в «широком» смысле // *Библиотека криминалиста. Научный журнал.* 2013. № 1(6). С. 37–45.

⁹ Как справедливо отмечает Э.Л. Сидоренко, непоследовательность в нормативном оформлении преюдиционных норм (норм, содержащих элемент административной преюдиции) ставит перед юридической практикой ряд сложных проблем, одной из которых является определение начального времени исчисления срока привлечения к административной ответственности. Проанализировав более детально этот вопрос, она пришла к выводу, что в судебной практике момент привлечения лица к административной ответственности связывается либо со временем вынесения соответствующего постановления, либо с моментом вступления его в юридическую силу. Подробнее об этом см.: *Сидоренко Э.Л.* Административная преюдиция в уголовном праве: проблемы правоприменения // *Журнал российского права.* 2016. № 6. С. 128–130.

¹⁰ Об этом, напр., см.: *Маркунцов С.А., Одоев О.С.* Назначение справедливого наказания за проступления, составы которых сконструированы с использованием административной преюдиции (на основе анализа судебной практики по ст. 151.1 УК РФ) // *Уголовное право.* 2016. № 3. С. 69–77.

ситься с мнением А.В. Козлова, что нужно разработать (желательно в небольшие сроки) научные основы (уголовную политику и юридическую технику) ее использования в уголовном законодательстве России, чтобы предотвратить ошибки законодателя¹¹. Вместе с тем, необходимо констатировать: несмотря на то, что понятие преюдиции¹² разрабатывается в контексте уголовно-правовой науки уже более полувека¹³, до настоящего времени не выработано относительно единого подхода к пониманию этого правового явления. Это объясняется сложностью его правовой природы и его межотраслевым характером.

Отметим, что даже в рамках теории права отсутствует единый подход в вопросе понимания преюдиции. Так, Т.Н. Радько пишет, что преюдиция — это «разновидность *нетипичного нормативного предписания* (здесь и далее курсив наш — С.М.), предрешающего признание обязательности для разбираемого юридического дела ранее вступивших в законную силу тех или иных актов применения права и затрагивающих интересы сторон другого дела»¹⁴. По мнению В.К. Бабаева, «преюдиция — это вступивший в законную силу *приговор или решение суда либо административный акт*, изданный компетентным органом в установленном законом порядке, о наличии или отсутствии юридического факта или правоотношения, обязательных для суда, разрешающего дело, связанное с ранее разрешенным»¹⁵. Иное определение преюдиции предлагает А.В. Карданец, полагая, что «преюдиция — это *прием юридической техники*, представляющий собой *правило доказывания* о том, что вступившее в законную силу правоприменительное решение уполномоченного органа, принятое в установленном законом процессуальном порядке о наличии или отсутствии юридического факта, обязательно для всех правоприменительных органов, разрешающих юридическое дело, связанное с ранее разрешенным по поводу этого факта»¹⁶. Представляется, что последнее из обозначенных определений сформулировано под влиянием понимания административной преюдиции с позиции уголовно-процессуального права.

В рамках указанной отрасли права также отсутствует единый подход к пониманию соответствующего правового явления. О.В. Левченко полагает, что «преюдиция — это *юридическое правило*, согласно которому вступивший в законную силу приговор (решение) одного суда (судьи), обязателен для другого, а поэтому исключается повторное рассмотрение одного же дела в целом или в части»¹⁷. Во многом схожие определения пре-

¹¹ Козлов А.В. О допустимости административно-правовой преюдиции в уголовном законодательстве России // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2012. № 1(22). С. 42–50.

¹² Термин «преюдиция» происходит от латинского *praedictum* (*praе* — приставка, обозначающая в одном из значений нахождение впереди, упреждение, преждевременность, действие до, прежде чего-либо, перед чем-либо; и *dictum* — судебное решение, приговор) — предрешение вопроса, заранее принятое решение, либо обстоятельство, позволяющее судить о последствиях. См.: Дворецкий И.Х. Латино-русский словарь. М., 1976. С. 565, 790, 796.

¹³ См.: Пушечников А.Г. Вопросы общественной преюдиции по советскому уголовному праву // Вопросы государства и права. Сборник трудов юридического факультета Казахского государственного университета. Алма-Ата, 1963. С. 266–268.

¹⁴ Радько Т.Н. Теория государства и права в схемах и определениях. М., 2011. С. 35.

¹⁵ Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 33–38.

¹⁶ Карданец А.В. Преюдиции в российском праве. Проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. С. 30.

¹⁷ Левченко О.В. Общеизвестные, преюдициально установленные и законом презюмируемые факты и особенности их использования в уголовно-процессуальном доказывании: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1994. С. 8.

юдиции в уголовном судопроизводстве дают и некоторые другие ученые¹⁸. Несколько отличное от указанных определений предлагает И.В. Чащина. Она рассматривает преюдицию как *элемент процесса доказывания*, выражающийся в признании судом, прокурором, следователем и дознавателем без дополнительной проверки обстоятельств, установленных вступившим в законную силу приговором либо иным решением суда, принятым в рамках гражданского, арбитражного или административного судопроизводства, если они не опровергаются доказательствами собранными, проверенными и оцененными в ходе производства по уголовному делу в порядке, предусмотренном законом¹⁹.

Однако, пожалуй, самая большая палитра мнений в понимании административной преюдиции существует в рамках уголовного права. Представляется, что в вопросе определения административной преюдиции можно выделить два подхода: одни ученые при определении административной преюдиции пытаются обойтись исключительно уголовно-правовыми (отраслевыми) понятиями, другие используют в этих целях преимущественно общетеоретические конструкты. Отметим, что, определяя административную преюдицию с позиций доктрины уголовного права, ученые по-разному расставляют акценты в понимании ее правовой природы и сущности: либо в основном рассматривают ее как явление исключительно правоприменительной практики, либо — прежде всего — как явление юридической (законодательной) техники.

Как указывает В.П. Малков, *объявление правонарушений уголовно-наказуемыми* при условии, что к лицу уже применялись меры общественного, дисциплинарного или административного воздействия, в науке уголовного права получило наименование использования в уголовном праве общественной, дисциплинарной или административной преюдиции²⁰. Ч.Ф. Мустафаев указывает, что «административная преюдиция — это *придание* уголовно-правовой нормой факту законного и обоснованного применения административного взыскания за проступок значения необходимого предварительного условия признания совершенного после этого такого же или аналогичного по объективной стороне деяния преступлением»²¹. А.Г. Безверхов полагает, что сущность «административной преюдиции» состоит в признании неоднократно совершенных виновным лицом в течение определенного периода времени административных правонарушений после наложения за первое из них административной ответственности, юридическим фактом, порождающим уголовно-правовые последствия²². Ряд ученых определяет административную преюдицию через понятие повторности деяния. В частности, Н.Ф. Кузнецова определяла ее как повторное совершение деяния, первые случаи кото-

¹⁸ См., напр.: Березин А.С. Преюдиции в отечественном уголовном судопроизводстве: дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 63–64 и др.

¹⁹ Чащина И.В. Преюдиция в уголовном процессе России и зарубежных стран (сравнительно-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 7. Справедливости ради отметим, что некоторые ученые в области уголовного права дают в общем схожие определения этого правового явления. В частности, А.И. Бойко указывает, что преюдиция представляет особый способ верификации фактов, а не закона. См.: Бойко А.И. Есть и иное мнение // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 2. С. 57.

²⁰ Малков В.П. Административная и дисциплинарная преюдиция как средства декриминализации и криминализации в уголовном праве // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 2. С. 196.

²¹ Мустафаев Ч.Ф. Административная преюдиция в советском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. С. 7–8.

²² Безверхов А.Г. Указ. соч. С. 141–142.

рого образуют административное правонарушение²³. Однако наиболее распространенным в уголовно-правовой доктрине, по утверждению В.И. Колосовой, является определение административной преюдиции как *привлечение лица к уголовной ответственности*, если оно в течение определенного периода времени (чаще всего в течение года) после одного или двух административных взысканий за правонарушение совершит такое же правонарушение²⁴. Схожим образом определяют административную преюдицию и другие ученые²⁵. Г.А. Есаков относит административную преюдицию к числу «юридических» признаков состава преступления, «которые, будучи включены законодателем в его описание (в описание состава преступления наряду с классическими объективными и субъективными признаками — С.М.), составляют, с одной стороны, его неотъемлемую часть, но, с другой — не могут быть охарактеризованы ни как объективные, ни как субъективные, поскольку существуют в объективной реальности вне деяния и психики субъекта или связаны с нею наименьшим образом»²⁶. В рамках обозначенных определений административная преюдиция раскрывается преимущественно в контексте правоприменительного процесса. На наш взгляд, административную преюдицию следует рассматривать также в рамках правотворческого процесса.

Оригинальное определение административной преюдиции предложил И.О. Грунтов. Ученый определяет ее как «закрепленную специальной конструкцией состава преступления *преюдициальную связь* между несколькими аналогичными административными правонарушениями, совершенными в течение года после применения к виновному мер административного взыскания за одно из правонарушений, в силу которой содеянное оценивается как преступление и к виновному применяются меры уголовной ответственности»²⁷. В.Л. Зуев указывает, что «административная преюдиция в конструкции состава преступления есть предусмотренное уголовно-правовой нормой *специфическое правоотношение*, образуемое постановлением о наложении административного взыскания, в силу которого лицо, в течение года совершившее аналогичное административно наказанному правонарушение, признается субъектом преступления»²⁸. В рамках обозначенных выше определений административной преюдиции ученые оперируют общетеоретическими понятиями правоотношения и правовой (преюдиционной) связи, отражая правоприменительный аспект соответствующего правового явления. Вместе с тем в последнем определении наряду с понятием автор довольно вольно оперирует понятиями состава преступления²⁹, уголовно-правовой нормы и правоотношения.

²³ Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность / Избранные труды. СПб., 2003. С. 501.

²⁴ Колосова В.И. Административная преюдиция как средство предупреждения преступлений и совершенствования уголовного законодательства // Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского. 2011. № 5. С. 248.

²⁵ См., напр.: Овечкина Е.В. Административная преюдиция как средство криминализации и декриминализации в уголовном праве России // Закон и право. 2009. № 5. С. 51–52; Ямашева Е.В. К вопросу о восстановлении института административной преюдиции в уголовном законе России // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 69 и др.

²⁶ Есаков Г.А. «Юридические» признаки состава преступления / Уголовное право: стратегия развития в XXI веке... С. 161.

²⁷ Грунтов И.О. Уголовно-правовые нормы с административной преюдицией: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Минск, 1985. С. 7.

²⁸ Зуев В.Л. Особенности доказывания по делам о преступлениях с административной преюдицией: дис ... канд. юрид. наук. М., 1991. С. 7.

²⁹ Как известно в науке уголовного права существует три основных подхода к пониманию состава преступления: реальный, нормативный и абстрактной конструкции (модели). Об этом, напр., см.: Маркунцов С.А. Теория уголовно-правового запрета: Монография. М., 2015. С. 106–115.

Ряд ученых для определения административной преюдиции используют общетеоретические, а точнее — юридико-технические понятия. Так, А.В. Наумов, давая определение преюдиции, указывает, что в уголовном праве это «своего рода прием законодательной техники, заключающийся в установлении специфических оснований уголовной ответственности...»³⁰. Схожее определение этого правового явления дает А.В. Козлов, считающий, что административно-правовая преюдиция представляет собой такой «прием юридической техники, при котором повторно совершенное административное правонарушение в случае, если лицо ранее привлекалось за аналогичное административное правонарушение к административной ответственности, рассматривается как преступление и влечет уголовную ответственность»³¹. Обозначенной позиции придерживаются и некоторые другие ученые. В этих определениях административная преюдиция рассматривается прежде всего как специфический прием юридической техники в контексте законодательного конструирования уголовного закона. В целом разделяя данный подход, отметим, что определение административной преюдиции через понятие «прием юридической техники» является не вполне удачным.

Еще в 1972 г. С.С. Алексеев писал, что юридическая техника — совокупность средств и приемов нематериального, «технического» порядка. В этом состоит субстрат, ядро рассматриваемого правового явления³². По мнению ученого, средства юридической техники изложения воли законодателя — нематериальные формы³³, при помощи которых оказывается возможным «строить право». Главными средствами юридической техники рассматриваемого вида³⁴ являются: а) нормативное построение, б) юридические конструкции, в) отраслевая типизация. Существенное значение среди средств юридической техники имеет и юридическая терминология³⁵. В.К. Бабаева указывал, что «среди средств юридической техники есть такие, которые играют важную роль в правовом ре-

³⁰ Словарь по уголовному праву / отв. ред. А.В. Наумов. М., 1997. С. 470.

³¹ Козлов А.В. Указ. соч. С. 42

³² Алексеев С.С. Собр. соч. Т 3: Проблемы теории права. М., 2010. С. 525. Отметим, что многие ученые в структуре юридической техники также выделяют правила. В частности, А.В. Малько указывает, что юридическая техника — это система средств, правил и приемов подготовки и упорядочения правовых актов, применяемая в целях обеспечения их совершенства и повышения эффективности. См.: Теория государства и права: учебник / отв. ред. А.В. Малько. М., 2010. С. 190.

³³ В теории права существует мнение, согласно которому средства юридической техники — это *материальные* предметы, объекты, с которыми в процессе юридической работы производятся манипуляции для достижения поставленной цели: тексты законов, которые необходимо усовершенствовать, опубликовать, систематизировать; периодические издания, где публикуются нормативные акты, или средства множительной техники, используемые для их распечатки; карточки, вклейки, журналы, книги, тетради, разъемные блоки, если речь идет о систематизации нормативных актов; компьютеры, используемые в процессе написания судебного решения или других юридических документов; фотоаппараты, применяемые для фиксации расположения предметов на месте происшествия, и т.д. См.: *Кашанина Т.В.* Юридическая техника. М., 2011. С. 87. В связи с этим вполне оправданной является классификация юридических средств, предложенная В.Н. Карташовым. Ученый подразделяет средства юридической техники на общесоциальные (язык, знаки, буквы, цифры, символы, и т.п.), специально-юридические (юридические конструкции, правовые понятия, термины, правовые предписания и др.) и технические (компьютеры, оргтехника). См.: *Карташов В.Н.* Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) / Проблемы юридической техники: Сб. ст. / под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 18.

³⁴ С.С. Алексеев выделял также юридическую технику документального выражения содержания нормативного акта.

³⁵ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 530.

гулировании общественных отношений, но оказались обойдены вниманием правовой и в особенности учебной литературы... речь, прежде всего, идет об аксиомах, юридических конструкциях, правовых символах, презумпциях и фикциях»³⁶.

Пожалуй, наиболее широкий перечень средств юридической техники приводит С.Н. Болдырев, отмечающий, что это арсенал технических устройств, материальных предметов и объектов, логических (структура документа в целом, внутренняя структура норм), языковых, комплекс выразительных средств данного языка, в том числе терминология, речевые клише, метафоры, языковые символы и т.д., формально-атрибутивных (реквизиты документа) и специально-юридических (конструкции, презумпции, фикции, отсылки, примечания и т.д.) средств, технико-юридический инструментарий (понятия, определения), с которыми в процессе юридической деятельности производятся манипуляции для достижения поставленной цели и создания конечного продукта конструирования совершенного и безупречного текста нормативного правового акта³⁷. В данном контексте вполне логично рассматривать преюдицию в качестве одного из средств юридической техники наряду с правовыми аксиомами, презумпциями и фикциями.

Отнесение административной преюдиции к числу приемов юридической техники не вполне обосновано в силу того, что «приемом юридической техники является процедура или действие по применению технико-юридических средств, представляющие собой определенный установленный порядок и способ их целесообразного и рационального использования...». Одновременно, как справедливо отмечает С.Н. Болдырев, в исходных положениях приема юридической техники содержится соответствующее средство юридической техники³⁸. Таким образом ученый, устанавливая различия между средствами и приемами юридической техники, вместе с тем отмечает взаимосвязь между ними. На сложность разграничения понятий «средство» и «прием» юридической техники, в частности, указывает Э.Ф. Мамедов. По его мнению, средство показывает, с помощью чего достигаются определенные цели, а прием — каким образом возможно достижение этих целей. В самом общем виде средства юридической техники можно определить как специфические инструменты, используемые в правотворческой деятельности при создании текстов нормативных правовых актов³⁹.

По мнению С.С. Алексеева, «приемы юридической техники, используемые при юридическом изложении воли законодателя, выражают особенности юридико-словесного построения закрепленной в нормативном акте воли законодателя... По степени обобщения конкретных показателей нормы различаются два приема: абстрактный и казуистический... По способу изложения элементов юридической нормы различаются три приема: прямой, ссылочный и бланкетный»⁴⁰. С.Н. Болдырев предлагает несколько более широкий перечень приемов юридической техники, относя к ним наряду с вышеуказанными, в частности, прием отсылок к другому нормативному акту, а также приемы примечания и дефиниции⁴¹.

³⁶ Общая теория права: Курс лекций / под общ. ред. В.К. Бабаева. Н. Новгород: НВШ МВД РФ, 1993. С. 100.

³⁷ Болдырев С.Н. Юридическая техника: теоретико-правовой анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2014. С. 126–127.

³⁸ Там же. С. 10.

³⁹ Мамедов Э.Ф. Термины и дефиниции как средства юридической техники правотворчества: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2015. С. 72.

⁴⁰ Алексеев С.С. Указ. соч. С. 534–535.

⁴¹ Болдырев С.Н. Указ. соч. С. 140.

Таким образом, представляется, что административная преюдиция — это особое средство юридической техники, устанавливающее сложный фактический состав, заключающийся в учете при привлечении к уголовной ответственности факта(ов) привлечения лица к административной ответственности (наложения административного наказания) при повторном (неоднократном) совершении лицом в течение определенного периода времени после этого аналогичного деяния. В данном определении наиболее удачно отражена сущность административной преюдиции с позиции доктрины уголовного права, т.е. в узком отраслевом смысле.

Некоторые ученые определяют это правовое явление в широком смысле, пытаются отразить прежде всего его межотраслевой характер. Так, Н.И. Пикуров указывает, что «административная преюдиция — это особая форма взаимосвязи уголовного и административного права, которая представляет собой предусмотренный законом способ коррекции границы между преступлением и проступком применительно к конкретному деянию...»⁴². В рамках данного определения отражается как межотраслевой, так и надотраслевой характер этого правового явления, ибо оно характеризуется здесь не столько с позиции правовой догматики, сколько с позиции правовой (уголовной) политики⁴³.

Одновременно, как справедливо отмечает М.А. Кауфман, вопрос о разграничении преступлений и административных правонарушений — это, скорее вопрос законодательной техники, нежели теории уголовного права, которая вряд ли сможет восполнить недостатки, допущенные законодателем⁴⁴. С этой точки зрения понимание административной преюдиции в узком смысле как особого средства законодательной техники, на наш взгляд, первично относительно ее широкого восприятия как особой формы взаимосвязи соответствующих отраслей права. При этом бесспорным остается тот факт, что это средство законодательной техники способствует коррекции границы между преступлением и проступком применительно к конкретному деянию.

Таким образом, конструкция уголовно-правовых запретов с административной преюдицией не является новой для отечественного уголовного права. С 2009 г. по настоящее время в УК РФ внесено 10 таких запретов, а исключен один. Однако до сих пор не выработаны научные основы использования административной преюдиции при конструировании уголовно-правовых запретов, вследствие чего возникают затруднения в практике их применения. В доктрине уголовного права отсутствует относительно единый подход в понимании административной преюдиции.

Представляется, что административная преюдиция — прежде всего особое средство юридической техники, устанавливающее сложный фактический состав, заключающийся в учете при привлечении к уголовной ответственности лица за повторное совершение в течение определенного периода времени аналогичного деяния факта(ов) привлечения лица к административной ответственности (наложения административ-

⁴² Пикуров Н.И. Отраслевая специфика современного уголовного права России // Актуальные проблемы уголовного права: курс лекций / под ред. О.С. Капинус. М., 2016. С. 20.

⁴³ Ученые, раскрывающие административную преюдицию через понятия «средство криминализации и декриминализации», «средство предупреждения преступлений», «средство противодействия преступности» и т.п., также определяют это правовое явление в широком смысле. Например, см.: Малков В.П. Указ. соч.; Колосова В.И. Указ. соч.; Комиссарова Е.Г., Кузнецова О.А., Борисевич Г.Я. Межотраслевая преюдиция как средство противодействия экономической преступности // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2013. № 3. С. 90–97 и др.

⁴⁴ Кауфман М.А. Преступление и административное правонарушение: вопросы идентификации // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке ... С. 176.

ного наказания) при повторном совершении лицом в течение определенного периода времени после этого аналогичного деяния, выступающее специфическим основанием уголовной ответственности. Это средство, способствующее «коррекции границы между преступлением и проступком применительно к конкретному деянию», коррекции границ между административным и уголовным правом. Во многом от того, насколько будет научно обосновано введение уголовно-правовых запретов с административной преюдицией, зависит эффективность борьбы с преступностью, а, следовательно, и социальное благополучие российского общества.



Библиография

Алексеев С.С. Собрание сочинений. В 10 т. Т. 3: Проблемы теории права: Курс лекций. М.: Статут, 2010. 781 с.

Безверхов А.Г. «Административная преюдиция» в уголовном законодательстве России: историко-правовой анализ // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы IX Международной научно-практической конференции (26–27 января 2012 г.). М.: Проспект, 2012. С. 140–147.

Болдырев С.Н. Юридическая техника: теоретико-правовой анализ: дис. ... д-ра юрид. наук. Краснодар, 2014. 468 с.

Грунтов И.О. Уголовно-правовые нормы с административной преюдицией: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Минск, 1985. 22 с.

Есаков Г.А. От административных правонарушений к уголовным проступкам, или о существовании уголовного права в «широком» смысле // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2013. № 1(6). С. 37–45.

Карданец А.В. Преюдиции в российском праве. Проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2002. 181 с.

Кауфман М.А. Преступление и административное правонарушение: вопросы идентификации // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы XII Международной научно-практической конференции (29–30 января 2015 г.). М.: РГ-Пресс, 2015. С. 174–177.

Козлов А.В. О допустимости административно-правовой преюдиции в уголовном законодательстве России // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2012. № 1(22). С. 42–50.

Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность / Избранные труды / Предисл. В.Н. Кудрявцева. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 400–531.

Малков В.П. Административная и дисциплинарная преюдиция как средства декриминализации и криминализации в уголовном праве // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 2. С. 195–198.

Мамедов Э.Ф. Термины и дефиниции как средства юридической техники правотворчества: дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2015. 215 с.

Мустафаев Ч.Ф. Административная преюдиция в советском уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1986. 25 с.

Пикуров Н.И. Отраслевая специфика современного уголовного права России // Актуальные проблемы уголовного права: курс лекций / под ред. О.С. Капинус. М.: Проспект, 2016. С. 9–33.

Сидоренко Э.Л. Административная преюдиция в уголовном праве: проблемы правоприменения // Журнал российского права. 2016. № 6. С. 125–133.

Ямашева Е.В. К вопросу о восстановлении института административной преюдиции в уголовном законе России // Журнал российского права. 2009. № 10. С. 69–79.

Administrative Prejudice as a Special Legal Tool and Expanding its Use in the Criminal Code of Russia



Sergey A. Markuntsov

Associate Professor, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasniknaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: smarkuntsov@hse.ru



Abstract

The paper analyzes the increase in the number of criminal law prohibitions, constructed using administrative prejudice as a trend in the Russian Federation Criminal Code. Currently, the Special part of the Code contains nine articles with such prohibitions. According to the author, all the introduced criminal law prohibitions with administrative prejudice differ in their design features. The implementation of some of them causes serious difficulties in law enforcement practice. It is concluded that the use of administrative prejudice in the design of criminal law prohibitions should be scientifically substantiated. Besides, along with the practical problems of applying the relevant criminal law prohibitions, there is a problem of the administrative prejudice interpretation. In the doctrine of criminal law, some scholars in determining administrative prejudice attempt to create only the concepts of criminal law (sectoral) concepts, other scholars use mostly theoretical constructs. Defining administrative prejudice, scientists also interpret differently its legal nature and essence. Some of them see it as a phenomenon exclusively of law enforcement practice, others tract it primarily as a phenomenon of legal (legislative) techniques. Administrative prejudice is defined by the concept of prejudicially (legal) relationship, specific relationship, part of the process of proof, legal rule, a special way of verifying facts, a legal technique etc. From the point of view of author, the best solution is considering this legal phenomenon as a special means of legal techniques along with legal axioms, presumptions and fictions. This interpretation of administrative prejudice reflects its specificity in a narrow sectoral sense. Besides, this legal phenomenon can be defined in a broader sense, reflecting primarily its cross-sectoral nature of the position legal (criminal) policy. From the position of the approach, the scholars point out that administrative prejudice is a special relationship of criminal and administrative law, means of criminalization and decriminalization, means of preventing crimes, means of combating criminality, etc.



Keywords

administrative prejudice; criminal law prohibition; administrative prejudice; legal technique; *corpus delicti*; criminal law; administrative law.

Citation: Markuntsov S.A. (2016) Understanding Administrative Prejudice as a Special Legal Tool and Expanding its Use in the Criminal Code of Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 31–42 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.31.42



References

Alekseev S.S. (2010) *Sobranie sochineniy. V 10 t. Tom 3: Problemy teorii prava: Kurs lektsiy* [Collection of Works in 10 vols. Vol. 3. Problems of Legal Theory. Course of Lectures]. Moscow: Statut, 781 p. (in Russian)

Bezverhov A.G. (2012) «Administrativnaya preyarditsia» v ugovnom zakonodatelstve Rossii: istoriko-pravovoi analiz [Administrative prejudice in Criminal Law of Russia: Historical and Legal Analysis]. *Ugovnoe pravo: strategiya razvitiya v XXI veke: materialy IX Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*. Moscow: Prospekt, pp. 140–147.

Boldyrev S.N. (2014) *Yuridicheskaya tehnika: teoretiko-pravovoy analiz* (Diss. Doktor Jurid. Nauk) [Legal Technique: Theoretical and Legal Analysis. Doctor of Juridical Sciences Dissertation]. Rostov-na-Donu, 468 p.

- Gruntov I.O. (1985) Ugolovno-pravovye normy s administrativnoy preyditsiei (Avtoref. diss. ...kand. jurid. nauk) [Norms of Criminal Law with Administrative Prejudice. Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Minsk, 22 p.
- Esakov G.A. (2013) Ot administrativnykh pravonarusheniy k ugovolnym prostupkam, ili o suschestvovanii ugovolnogo prava v «shirokom» smysle [From Administrative Violations to Criminal Offenses, or Existence of Criminal Law in the Broad Sense]. *Biblioteka kriminalista. Nauchnyi zhurnal*, no 1(6), pp. 37–45.
- Kardanets A.V. (2002) *Preyditsii v rossiyskomprave. Problemy teorii i praktiki. (Dis. ... kand. jurid. nauk)* [Prejudice in Russian Law. Issues of Theory and Practice. Dissertation of Candidate of Juridical Sciences]. Nizhniy Novgorod, 181 p. (in Russian)
- Kaufman M.A. (2015) Prestuplenie I administrativnoe pravonarushenie: voprosy identifikatsii [The Crime and Administrative Violations: Issues of Identification]. *Ugolovnoepravo: strategiya razvitiya v XXI veke: materialy XII Mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii*. Moscow: RG-Press, pp. 174–177.
- Kozlov A.V. (2012) O dopustimosti administrativno-pravovoi preyditsii v ugovolnom zakonodatelstve Rossii [Admissibility of Administrative Legal Prejudice in Russian Criminal Law of Russia]. *Vestnik Dalnevostochnogo yuridicheskogo instituta MVD Rossii*, no 1(22), pp. 42–50.
- Kuznetsova N.F. (2003) Prestuplenie I prestupnost. Izbrannye trudy [Crime and Criminality. Selected Works]. Saint Petersburg: Yuridicheskii tsentr Press, pp. 400–531.
- Malkov V.P. (2008) Administrativnaya I distsiplinarnaya preyditsia kak sredstva dekriminalizatsii I kriminalizatsii v ugovolnom prave [Administrative and Disciplinary Prejudice as Means of Decriminalization and Criminalization in Criminal Law]. *Probely v rossiyskom zakonodatelstve*, no 2, pp. 195–198.
- Mamedov E.F. (2015) *Terminy I definitsii kak sredstva yuridicheskoy tehniki pravotvorchestva. (Dis. ... kand. jurid. nauk)* [Terms and Definitions as a Means of Legal Technique of Lawmaking. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Irkutsk, 215 p.
- Markuntsov S.A. (2015) *Teoriya ugovolno-pravovykh zapretov. Monografiya* [Theory of Criminal Law Prohibition. Monograph]. Moscow: Yurisprudentsiya, 560 p. (in Russian)
- Mustafaev C.F. (1986) *Administrativnaya preyditsia v sovetskom ugovolnom prave. (Avtoref. dis. ... kand. jurid. nauk)* [Administrative Prejudice in Soviet Criminal Law. Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 25 p.
- Pikurov N.I. (2016) *Otraslevaiy spetsifika sovremennogo ugovolnogo prava Rossii. Aktualnye problemy ugovolnogo prava* [Branch Specifics in Modern Russian Criminal Law. Issues in Criminal Law]. Moscow: Prospekt, pp. 9–33.
- Sidorenko E.L. (2016) Administrativnaya preyditsia v ugovolnom prave: problema pravoprimeneniya [Administrative Prejudice in Criminal Law: the Issue of Enforcement]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 125–133.
- Naumov A.V. (ed.) (1997) *Slovar po ugovolnomu pravu* [Dictionary of Criminal Law]. Moscow: BEK, 686 p. (in Russian)
- Yamasheva E.V. (2009) K voprosu o vosstanovlenii institute administrativnoy preyditsii v ugovolnom zakone Rossii. [Re the question on the restoration of the institution of administrative prejudice in criminal law of Russia]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 10, pp. 69–79.

О функциях личных неимущественных прав в современном информационном обществе¹



В.О. Калятин

старший научный сотрудник международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: kalvit@yandex.ru



Аннотация

Личные неимущественные права часто воспринимаются лишь как средство защиты личных интересов автора, и в этом отношении они часто не привлекают интереса исследователей. В действительности в современном информационном обществе личные неимущественные права начинают играть много важных ролей. Базовой функцией личных неимущественных прав является идентификация лица в качестве создателя объекта. Такое признание играет важную роль для автора, определяя его общественный статус, возможность извлечения дохода от своей деятельности и т.д. С другой стороны, идентификация автора необходима обществу для обеспечения нормального использования произведения, так как любой экономический оборот требует идентификации участвующих в нем объектов. На этой базовой функции основано несколько других функций, в частности, стимулирование творческой активности авторов, обеспечение установления характеристик произведения, предупреждение несанкционированного изменения произведения, сохранение культурного наследия общества. В то же время реализация этих функций в каждой отдельной стране во многом зависит от традиций и особенностей развития законодательства. Например, если в континентальной системе права была реализована «романтическая» концепция авторского права, основанная на рассмотрении автора как вдохновленного свыше творца, то в англосаксонской системе авторское право являлось прежде всего средством организации экономического использования произведений. В статье рассматриваются функции личных неимущественных прав, их роль в современном обществе, особенности проявления в разных странах. Личные неимущественные права становятся гарантией того, что новые способы использования произведений не будут осуществляться в форме, приводящей к полному отрыву произведения от автора, когда он не только не может влиять на условия использования произведения, но и контролировать корректное указание названия произведения, собственного имени, искажение произведения и т.д. В современном обществе возрастает и роль государственных органов, которые должны защищать произведения, перешедшие в общественное достояние, а также обеспечивать возможность согласования использования произведений, автор или правообладатель которых не известен. К сожалению, на доктринальном уровне в данный момент отсутствует четкое понимание изменившейся роли авторского права в целом и места и назначения личных неимущественных прав в рамках авторско-правового регулирования в частности.

¹ Статья подготовлена в результате исследования в рамках Программы фундаментальных исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) и с использованием средств субсидии в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».



Ключевые слова

авторское право, личные неимущественные права, функции, идентификация автора, стимулирование творческой активности, общественное достояние, культурное наследие.

Библиографическое описание: Калятин В.О. О функциях личных неимущественных прав в современном информационном обществе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 43–53.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.43.53

Система авторских прав включает в себя несколько категорий, из которых две в настоящее время являются общепризнанными в мире: личные неимущественные права и исключительное право, носящее имущественный характер². Уже из этого деления видно, что личные неимущественные права прежде всего призваны обеспечить защиту некоммерческих интересов творческих авторов³. Именно это общее назначение и определяет выделение данной категории прав, однако оно лишь частично способно обозначить выполняемые такими правами функции.

В то же время именно на понимании места и назначения этой категории прав в системе авторско-правового регулирования должна строиться модель личных неимущественных прав, определяя возможность выбора тех или иных законопроектных решений. Важно понимать, что это назначение не может оставаться неизменным в исторической перспективе, а это означает, что меняться должно и наполнение конкретных норм, относящихся к данной сфере. При этом развитие законодательства в значительной мере обуславливается историческими традициями данной страны, а также экономическими и социальными потребностями, существующими на данный момент.

Представляется, что взгляд на личные неимущественные права в этом отношении является в настоящее время слишком узким и требует пересмотра с учетом потребностей современного общества.

Анализируя личные неимущественные права, можно выделять в той или иной мере различные функции, но главной, основной из них будет являться одна. Такой базовой функцией личных неимущественных прав является идентификация лица в качестве создателя определенного объекта⁴, установление связи между лицом и созданным им объектом. Фактически это означает общественное признание определенной социальной роли данного лица: «...индивид выделяет из всей совокупности объективно существующих и затрагивающих его социальных связей в качестве субъективно значимых и приоритетных лишь некоторое их количество и исходящих из них социальных ролей, идентифицируя себя прежде всего с ними. Набор и количество этих ролей (и соответствующих им идентичностей) определяется разнообразными и разноуровневыми факторами: от сугубо личностных до макросоциальных»⁵.

² В прошлом целесообразность существования личных неимущественных прав подвергалось сомнению, прежде всего в рамках англосаксонской системы.

³ *Rajan M.T.S. Moral Rights in the Digital Age: New Possibilities for Democratization of Culture // International Review of Law Computers & Technology. 2002. Vol. 16. N 2. P. 187.*

⁴ *Калятин В.О. Личные неимущественные права автора объекта интеллектуальной деятельности. М., 2006. С. 6.*

⁵ *Хабibuлин А.Г., Рахимов Р.А. Государственная идентичность как элемент правового статуса личности // Государство и право. 2000. № 5. С. 6.*

В результате возникают последствия двоякого рода.

Во-первых, такое признание имеет важное значение для автора, определяя его общественный статус, влияя на самооценку, возможность извлечения дохода от своей деятельности и т.д. Так, в литературе указывалось, что результаты труда автора находят общественную оценку в том внимании, с которым граждане знакомятся с новым произведением, в отзывах, даваемых общественностью на эти произведения. Поэтому для автора существенными являются возможности индивидуализировать свой труд, передать этот труд обществу в том виде, который сам автор считает наиболее соответствующим идеям, выраженным в произведении⁶. «В связи с этим для советских авторов первостепенное значение имеют права, связанные с установлением его личной связи с произведением»⁷.

Во-вторых, идентификация автора необходима обществу для обеспечения полномасштабного использования произведения, так как любой экономический оборот требует идентификации участвующих в нем объектов, а идентификация объектов, имеющих нематериальный характер, может осуществляться не путем физического воздействия на них (как с предметами материального мира), а лишь с помощью искусственных правовых средств.

Это обусловлено самим характером объектов: как отмечает Е.А. Суханов, результаты творчества не могут быть, с одной стороны, вполне отделены от личности творца, а с другой, окончательно отчуждены (отчасти и поэтому), т.е. не способны к обороту в его обычном виде. Отсюда возникает проблема «интеллектуальной собственности», не имеющая удовлетворительного решения в рамках вещных прав⁸. Соответственно, «для товарного оборота право авторства и право на имя призваны индивидуализировать первоначального правообладателя и служить первичной точкой отсчета имущественных прав, на основе которой потом прослеживается правомерность правообладания по всей цепочке правопреемников. Это — изначальная функция права авторства и права на имя в гражданском праве»⁹.

На неразрывную связь оборота с личными неимущественными правами указывал и профессор В.В. Ровный: «Именно в возможности динамики исключительных прав и проявляется связь между личной (неимущественной) сущностью результата интеллектуальной собственности и имущественно-стоимостным (товарным) характером его использования, между нематериальным благом (правом авторства, являющимся сугубо личным, неотчуждаемым и непередаваемым иным способом — см. п. 1 ст. 150 ГК) и гражданским оборотом (образующей его совокупностью сделок). Во всяком случае, имущественный компонент здесь произведен от личного и обусловлен им. Отмеченное обеспечивает, с одной стороны, необходимость гражданско-правового регулирования личных неимущественных отношений, связанных с имущественными, с другой — то особое («серединное») положение, которое они занимают в предмете гражданского права, располагаясь между регулируемыми имущественными отношениями и охраняемыми личными неимущественными отношениями, не связанными с имущественными»¹⁰.

Такая двухуровневая идентификация (идентификация объекта оборота через идентификацию его создателя на первом уровне) является важной особенностью авторского

⁶ Гордон М.В. Советское авторское право. М., 1955. С. 117.

⁷ Там же.

⁸ Суханов Е.А. Лекции о праве собственности. М., 1991. С. 28–29.

⁹ Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 4. С. 7.

¹⁰ Ровный В.В. Предмет гражданского права в Гражданском кодексе Российской Федерации / Гражданское право в системе права. Материалы международной научно-практической конференции (в рамках ежегодных цивилистических чтений). Алматы, 2007. С. 59.

права, позволяя совместить защиту интересов как автора, так и коммерческого пользователя произведения и, в конечном счете, интересов потребителя, что особенно важно в условиях использования произведения в цифровой среде, где увеличивается отрыв автора от его произведения. В то же время она в определенной степени маскирует влияние личных неимущественных прав на оборот произведения (поскольку идентификация объекта непосредственно выступает лишь на внешнем, втором уровне), что повлияло на развитие законодательства о личных неимущественных правах в разных странах.

Важность личных неимущественных прав осознавалась в ходе всего развития авторского права, и *понятие* авторства (в отличие от самостоятельного *права*) возникло уже на достаточно ранней стадии развития общества¹¹. В то же время в разных странах использовались различные модели регулирования этих вопросов. Выбор соответствующей модели в значительной мере обуславливался историческими и культурными обстоятельствами, влияние которых сохраняется и в наше время (что необходимо учитывать при определении целесообразности заимствования соответствующих положений и определения перспектив их имплементации в российское законодательство).

Так, в рамках континентальной системы права относительно целостная *концепция* автора была разработана довольно поздно. Если в начале XVIII века понятие «автор» объединяло два принципиально разных взгляда — как на «ремесленника» и как на «вдохновенного свыше творца», то в конце XVIII века второй из этих подходов активно развивается в самостоятельную концепцию и становится преобладающим¹². Такой романтический взгляд на права автора нашел закрепление в континентальном праве и сохранился до настоящего времени. Однако он в определенной мере конфликтует с потребностями бизнеса, далекими от идеалов периода романтизма. В этом отношении личные неимущественные права не вполне укладываются в традиционные схемы, реализованные в гражданском праве. Как отмечалось в литературе, наличие личных неимущественных прав (предполагающих некую нематериальную связь автора с созданным им произведением) является своего рода аномалией¹³.

В результате в рамках романо-германской системы личные неимущественные права воспринимаются прежде всего как средство защиты личности, и любые посягательства на них рассматриваются как неприемлемые. Однако, сознавая наличие отмеченного противоречия, законодатель длительное время не стремился формально вводить эти права в законодательство — например, во Франции личные неимущественные права были признаны судебной практикой еще в XIX в., но закрепление на уровне закона получили только в 1957 г.

В то же время потребности современного общества требуют определенных корректив, допуская установление изъятий из общих правил, и такие изъятия появляются при одновременном сохранении общей декларации о максимальной охране личных неимущественных прав. Свидетельством этого является расширение ограничений личных неимущественных прав, признание определенных личных неимущественных прав юридических лиц и т.д. Аналогичные процессы происходят и в российском законодательстве.

Совсем иные процессы имеют место в странах англосаксонской правовой системы. Формирование доктрины авторского права в Англии началось до развития «романтической» концепции авторства, в результате она оказалась слабо затронута этими идеями. Как отмечал профессор В. Корниш: «Англо-американская традиция выразила опре-

¹¹ См., напр.: Азбука авторского права. М., 1982. С. 18.

¹² Woodmansee M. The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author" // Eighteenth Century Studies. 1984. Vol. 17. P. 426–427.

¹³ Rajan M.T.S. Moral Rights. Oxford, 2011. P. 40.

деленный скептицизм в отношении требований, что авторы заслуживают специальную защиту по закону. Это отношение — часть более широкого нежелания подчинять коммерческие операции на рынке диктату таких высоких идей как добросовестность, надлежащее поведение и справедливость»¹⁴.

При этом следует учитывать, что авторское право в Англии изначально сформировалось в рамках конфликта между различными группировками издателей и являлось прежде всего средством организации экономического использования произведений¹⁵, причем акцент был сделан не на стимулировании создания произведений (как в континентальной системе), а на возможно широком его распространении¹⁶. В этой системе изначальные идеологические установки (возможно, носившие несколько случайный характер на первом этапе) сохранились до настоящего времени и вряд ли могут быть изменены без существенной перестройки всей правовой системы.

Вполне понятно, что в таких условиях личные неимущественные права зачастую воспринимаются скорее как помеха эффективной эксплуатации произведения, при этом личные интересы автора могут защищаться и с помощью иных правовых инструментов. Нельзя сказать, что социальные вопросы игнорируются, но рассматриваются они не в аспекте преимущественно обеспечения интересов отдельной личности — автора произведения, но в плане социальных последствий принятия определенного законодательного решения в целом. Так, английские исследователи отмечали: «Не будет ошибкой сказать, что в отношении развития современного законодательства об авторском праве экономические и социальные аргументы имеют в англо-американском праве большее значение, в то время как в странах континентального права играют ведущую роль аргументы естественного права и защита автора»¹⁷.

В результате в англосаксонской традиции произведение по своей сущности является товаром, подлежащим свободной продаже и находящимся под контролем лица или компании, владеющей им¹⁸. Очевидно, что при таком подходе личные неимущественные права вступали бы в конфликт с основной функцией авторских прав, мешали бы ее осуществлению, и, следовательно, не должны поддерживаться законодателем.

Однако начиная со второй половины XX в. данная категория прав развивается и в рамках англосаксонской системы. Основными причинами этого являются, с одной стороны, стремление обеспечить совместимость законодательства со странами континентальной системы, а с другой — осознание растущей значимости личных неимущественных прав за пределами «романтического» их восприятия. Эти процессы значительно ускорились с распространением цифровых способов использования произведения как ввиду приобретения использованием произведений глобального характера, так и в связи с возрастанием важности расширения перечня правовых инструментов, применяемых для идентификации произведений, применяемых в рамках глобальной системы. С появлением информационного общества вопрос моральных прав стал более неотложным, чем ранее¹⁹.

¹⁴ Cornish C. Intellectual Property. London, 1996. P. 388.

¹⁵ Rose M. Authors and Owners. The Invention of Copyright. Cambridge, 1993.

¹⁶ Patterson L.R. Free Speech, Copyright and Fair Use // 40(1) Vanderbilt Law Review 1987. P. 8.

¹⁷ Garnett K., James J.R., Davies G. Copinger and Skone James on Copyright. London, 1999. P. 29.

¹⁸ Holderness M. Moral Rights and Authors' Rights: The Keys to the Information Age // The Journal of Information, Law and Technology. 1998. No. 1 // Available at: https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_1/holderness/ (дата обращения: 09.10.2016)

¹⁹ Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society, Commission of the European Communities, 1995, p. 67, см. http://aei.pitt.edu/1211/1/copyright_info_society_gp_COM_95_382.pdf (дата обращения: 17.09.2016)

В течение XX в. личные неимущественные права постепенно проникали в законодательство стран англосаксонской системы, появившись в канадском законодательстве в 1921 г., а в конце века — в австралийском и английском законодательстве, в законодательстве Новой Зеландии (в приближенном к варианту Великобритании) и, в ограниченном варианте, в законодательстве США²⁰. Фактически каждая из стран, относящихся к англосаксонской системе, избрала свой вариант закрепления личных неимущественных прав, поэтому более говорить о едином отношении к этим правам в рамках данной системы не приходится.

Однако происходившие в последние десятилетия изменения показывают, что, несмотря на выбор разных путей развития регулирования личных неимущественных прав, в мировом масштабе происходит формирование сходной системы функций, которые выполняют права, относящиеся к данной категории. Это обусловлено объективно существующими условиями использования произведений и его глобальным характером. В целом можно указать следующие основные функции, выполняемые личными неимущественными правами:

- стимулирование творческой активности авторов;
- обеспечение установления характеристик произведения;
- предупреждение несанкционированного изменения произведения;
- сохранение культурного наследия общества.

Безусловно, в той или иной мере все эти функции выполнялись с момента возникновения авторского права, но их выдвижение на первый план в наше время обусловлено особенностями использования произведения в цифровой среде. Рассмотрим их подробнее в аспекте значения в современном информационном обществе.

Стимулирование творческой активности авторов

Идентификация лица в качестве автора определенного произведения не только влияет на самооценку лица, но и непосредственно воздействует на возможность получения лицом коммерческой выгоды, так как очевидно, что автор популярного произведения скорее получит выгодное предложение, чем никому не известный автор. В этом отношении признание является важным для автора и, несомненно, стимулирует его творческую деятельность.

Однако в настоящее время положение автора в обществе меняется. Несмотря на сохранение элементов «романтического» взгляда на автора, в современном западном обществе автор часто рассматривается скорее как социальная функция. Он не более чем слуга общества, поэтому некоторые исследователи заявляют, что теперь бессмысленно говорить о личных или духовных интересах²¹. В результате личные неимущественные права фактически начинают подменяться исключительным правом; зачастую считается, что уплата вознаграждения автору за отчуждение исключительного права или выдачу лицензии достаточно обеспечивает и его личные интересы.

В связи с этим можно отметить очевидное общее ослабление стимулов к творческой деятельности для авторов, поэтому усиление защиты личных неимущественных прав вновь становится важным и привлекательным для автора.

Обеспечение установления характеристик произведения

Оборот имущественных ценностей предполагает доступность для контрагента основных характеристик соответствующего объекта и обеспечение достоверности предоставляемой информации. В особенности этот вопрос важен на уровне потребителей, которые

²⁰ Standler R.B. Moral Rights of Authors in the USA. 2012 // Available at: <http://www.rbs2.com/moral.pdf> (дата обращения: 03.09.2016)

²¹ Rajan M.T.S. Op. cit. P. 112.

не имеют знаний и навыков, позволяющих самостоятельно определить точные характеристики предоставляемого им объекта и выявить попытки ввести их в заблуждение.

Однако если правоприменительная практика сталкивается с серьезными проблемами в части обеспечения интересов потребителей в сфере оборота материальных объектов, то проблемы многократно возрастают в «цифровой сфере», так как характеристики произведения основываются на определении автора и обеспечении неизменности произведения. При этом отдельный пользователь практически лишен возможности установить подлинность произведения или отсутствие факта внесения в него изменений.

Более того, в цифровую эпоху становится проблематичным даже определение того, какой вариант произведения нужно рассматривать как настоящий. Вполне обоснованно один из авторов писал: «Учитывая легкость манипулирования произведениями, подлинность становится злободневным вопросом для авторов и других обладателей прав интеллектуальной собственности»²². В таких условиях личные неимущественные права приобретают роль важного инструмента обеспечения как интересов автора, так и общества. Не случайно актуальным является вопрос о защите авторства и неприкосновенности произведения после смерти автора.

Показательно, например, судебное решение по делу *Gilliam v. ABC*. Телекомпания искала комедийную программу, подготовленную группой *Monty Python*, вырезав 27 минут из 90 минут программы — то, что она считала неприемлемым в США. Суд вынес решение в пользу истца, проведя аналогию с законодательством о товарных знаках (*Lanham Act*)²³. Несмотря на «американскую» специфику этого решения, обусловленную отсутствием в этой стране полноценных личных неимущественных прав в сфере авторского права, оно ярко демонстрирует, что и к способам использования произведения может быть применимо понятие «ложного указания происхождения», важного обществу в целом.

Предупреждение несанкционированного изменения произведения

Данная функция имеет несколько направлений применения. Во-первых, используемое произведение может быть легко изменено или искажено незаметно для конечного пользователя. Это угроза имеет существенное значение не только для такого конечного пользователя, но и лица, осуществляющего коммерческое использование, поскольку подобные действия могут негативно повлиять на его репутацию, а также создать конкуренцию его деятельности. Следует согласиться с Т. Хейди, что «производитель-посредник глубоко озабочен тем, чтобы не допустить появления незаконных модификаций в сети Интернет или на рынке печатной продукции, иначе такая модификация могла бы отнять значительную часть той доли рынка, что завоевал подлинный продукт, уменьшив тем самым рентабельность инвестиций производителя»²⁴.

Во-вторых, само распространение цифровых технологий повлекло возникновение принципиально новых способов использования произведений, расширяющих возможности конечных пользователей, но создающих угрозу интересам авторов. Так, отмечалось, что «цифровые средства могут подразумевать разделение единых работ на различные части, например, музыкальные записи могут разделяться на отдельные песни или кусочки для загрузки, они могут предусматривать объединение различных элементов новыми способами, например, микширование музыки разных жанров, чтобы создать новый альбом; и это может вести к таким новым вариантам использования данных, как, например, использование с помощью функции «Genius», позволяющей программ iTunes

²² Хейди Т. Новое толкование права на неприкосновенность произведения в статье 6 bis Бернской конвенции // Бюллетень по авторскому праву. 1998. № 3. С. 6.

²³ *Gilliam v. ABC*, 538 F.2d 14 (2dCir 1976).

²⁴ Хейди Т. Указ. соч. С. 10.

фирмы Apple рекомендовать пользователю музыку, которая, вероятно (основываясь на музыке, уже находящейся в его библиотеке), будет интересна ему»²⁵.

Такие проявления являются свидетельством ослабления связи между автором и созданным им произведением. В этих условиях личные неимущественные права становятся гарантией того, что новые способы использования произведений не будут осуществляться в форме, приводящей к полному отрыву произведения от автора, когда он не только не может влиять на условия использования произведения, но и контролировать корректное указание названия произведения, своего имени, искажение произведения и т.д. С другой стороны, возрастание важности этой функции говорит о необходимости развития правового регулирования с целью учета новых особенностей использования произведений.

Функция сохранения культурного наследия общества

Широкомасштабное распространение цифровых способов использования произведений не только дает обществу новые возможности, но и создает серьезные опасности. Легкость внесения изменений в произведения означает значительное возрастание вероятности накопления ошибок (намеренных и случайных) в произведении, что, в конечном итоге, разрушает культурное достояние общества. Особенно это опасно применительно к произведениям, перешедшим в общественное достояние ввиду отсутствия субъектов, которые были бы заинтересованы в постоянном отслеживании использования соответствующего произведения. А ведь общественное достояние способно выполнять множество важных функций: способствовать развитию инноваций, обеспечивать дешевый доступ общества к информации, к культурному наследию, поддерживать образовательный процесс, обеспечивать развитие здравоохранения и общественной безопасности, способствовать развитию демократических процессов и ценностям формированию демократических ценностей²⁶. В конечном итоге общественное достояние обеспечивает сохранение ценностей, объединяющих общество.

В этом направлении особенно важна роль государственных органов, которые не только могли бы целенаправленно выявлять случаи некорректного использования произведений, находящихся в общественном достоянии, но и обеспечивать доступ общества к своего рода «этalonу», позволяя иметь возможность проверить «правильность» имеющегося у пользователя текста, фильма, звукозаписи и т.д., а также обеспечивать согласование необходимых изменений в произведение и условий его использования в случае, когда автор или правообладатель не известен. К сожалению, пренебрежение этим вопросом привело к тому, что произведения, перешедшие в общественное достояние, оказались практически беззащитными в «цифровом» мире.

Таким образом, мы видим, что в современном информационном обществе в условиях цифрового использования произведений, носящего глобальный характер, личные неимущественные права выполняют функции, значительно выходящие за пределы собственно обеспечения интересов автора. Представляется, что в качестве базовой функции рассматриваемой категории прав выступает идентификация самого объекта использования, вовлекаемого в гражданский оборот. Такая идентификация является многоаспектной, так как возникает вопрос не только об установлении формальных характеристик произведения, но и об обеспечении подлинности объекта, к которому получает доступ общество. В условиях, когда изменение произведения не представляет никакой сложности, вопрос обеспечения подлинности объекта становится жизненно

²⁵ *Rajan M.T.S.* Op. cit. P. 3.

²⁶ *Samuelson P.* Challenges in Mapping the Public Domain / *The Public Domain of Information.* P. Hugenholtz, L. Guibault, eds. The Hague, 2006. P. 22.

важным для гражданского оборота, причем это касается не только уникальных объектов (произведений живописи, скульптуры), но и любых произведений.

При этом регулирование личных неимущественных прав активно влияет на функционирование иных правовых институтов права и в свою очередь зависит от них. Личные неимущественные права оказываются тесно взаимосвязанными в единой системе правового регулирования с другими правовыми инструментами, причем их эффективность будет зависеть от успешности системного регулирования в сфере интеллектуальной собственности в целом.

К сожалению, на доктринальном уровне в данный момент отсутствует четкое понимание изменившейся роли авторского права в целом и места и назначения личных неимущественных прав в рамках авторско-правового регулирования, в частности.



Библиография

- Гордон М.В. Советское авторское право. М.: Госюриздат, 1955. 232 с.
- Дозорцев В.А. Понятие исключительного права // Юридический мир. 2000. № 4. С. 4–9.
- Хабидулин А.Г., Рахимов Р.А. Государственная идентичность как элемент правового статуса личности // Государство и право. 2000. № 5. С. 5–11.
- Хейди Т. Новое толкование права на неприкосновенность произведения в статье 6 bis Бернской конвенции // Бюллетень по авторскому праву. 1998. № 3. С. 5–23.
- Cornish C. *Intellectual Property*. London: Sweet and Maxwell, 1996. 722 p.
- Garnett K., James J.R., Davies G. *Copinger and Skone James on Copyright*. London: Sweet and Maxwell, 1999. 1149 p.
- Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society. Commission of the European Communities. 1995. P. 67 // http://aei.pitt.edu/1211/1/copyright_info_society_gp_COM_95_382.pdf (дата обращения: 17.09.2016).
- Holderness M. Moral Rights and Authors' Rights: The Keys to the Information Age // *The Journal of Information. Law and Technology*. 1998. No. 1 // https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_1/holderness/ (дата обращения: 9.10.2016)
- Patterson L.R. Free Speech. Copyright and Fair Use // *40(1) Vanderbilt Law Review* 1987, no 2, pp. 1–66.
- Rajan M.T.S. Moral Rights in the Digital Age: New Possibilities for Democratization of Culture // *International Review of Law Computers and Technology*. 2002. Vol. 16. No. 2. P. 187–197.
- Rajan M.T.S. *Moral Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 549 p.
- Rose M. *Authors and Owners. Invention of Copyright*. Cambridge, 1993. 190 p.
- Samuelson P. Challenges in Mapping the Public Domain. *The Public Domain of Information* / B. Hugenholtz & L. Guibault, eds. The Hague: Kluwer Law International, 2006. P. 7–26.
- Standler R.B. Moral Rights of Authors in the USA. 2012 // <http://www.rbs2.com/moral.pdf> (дата обращения: 3.09.2016).
- Woodmansee M. The genius and the copyright: economic and legal conditions of the emergence of the "author" // *Eighteenth-Century Studies*. 1984. Vol. 17. P. 425–448.

Functions of Moral Rights in the Modern Information Society



Vitaly Kalyatin

Senior Research Fellow, International Laboratory for IT and IP Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences; Professor, Institute of Private Law under President of Russia. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: kalvit@yandex.ru



Abstract

Moral rights are often analyzed in the context of protection of author's personal interests only and, as result, this theme attracts attention of researchers quite rarely. However, in the modern information society moral rights perform number of important roles. The basic moral right function is identification of a person as a creator of certain work. This acknowledgement is very important for an author, because it influence on his social status, profit, etc. On the other hand, the author's identification is necessary for normal use of a work, because any economic turnover requires identification of object involved in it. On this basic function, some additional functions are based, in particular, stimulation creative activity, identifying of characteristics of the work, prevention of unauthorized changes of the work, protection of culture heritage. At the same time, implementation of these functions in different countries depends strongly on traditions and peculiarities of the legislation development in this country. For example, in continental system of law "romantic" conception of copyright was implemented, which was based on relation to an author as a creator "inspired by the heaven", while in anglo-saxon system of law copyright was an instrument for organization of economic exploitation of works. In the article functions of moral rights and their place in the modern information society, as well as peculiarities of implementation in different countries, are discussed. Moral rights became a guaranty that new ways of use of works will not be performed in the form that will break the author and his work completely where he is not able to influence to conditions of use of his work and to control correct identification of the title of the work, his name, prevent distortions of his work, etc. In the modern society, the role of state authorities increases as well, they should protect works which are in the public domain, provide possibility of use of "orphan works", etc. Regrettably, currently in the legal doctrine there is no clear understanding of new role of copyright and place and role of moral rights, in particular.



Keywords

copyright; moral rights; functions; author's identification; stimulation creative activity; public domain; culture heritage.

Citation: Kalyatin V.O. (2016) Functions of Moral Rights in the Modern Information Society. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 43–53 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.43.53



References

- Cornish C. (1996) *Intellectual Property*. London: Sweet and Maxwell, 722 p.
- Dozortev B.A. (2000) Ponyatie iskluchitel'nogo prava [Concept of Exclusive Copyright]. *Yuridicheskiy mir*, no 4, pp. 4–9.
- Garnett K., James J.R., Davies G. (1999) *Copinger and Skone James on Copyright*. London: Sweet and Maxwell, 1149 p.
- Gordon M.V. (1955) *Sovetskoye avtorskoe pravo* [Soviet Copyright Law]. Moscow: Gosyurizdat, 232 pp. (in Russian)
- Green Paper on Copyright and Related Rights in the Information Society (1995). Commission of the European Communities, p. 67. Available at: http://aei.pitt.edu/1211/1/copyright_info_society_gp_COM_95_382.pdf (accessed: 17.09.2016)
- Heidi G. (1998) Novoye tolkovanie prava na neprikosnovennost proizvedeniya v st. 6 Bernskoi konventsii [New Understanding of Exclusive Copyright in the Art. 6 of Bern Convention] *Bulleten po avtorskomy pravu*, no 3, pp. 5–23.
- Holderness M. (1998) Moral Rights and Authors' Rights: The Keys to the Information Age. *The Journal of Information Law and Technology*, no 1. Available at: https://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1998_1/holderness/ (accessed: 9.10.2016)
- Khabibullin A.G., Rachimov R.A. (2000) Gosudarstvennaya identichnost kak element pravovogo statusa lichnosti [State Identity as Element of Legal Status of a Person]. *Gosudarstvo i pravo*, no 5, pp. 5–11.

- Patterson L.R. (1987) Free Speech, Copyright and Fair Use. *Vanderbilt Law Review*, no 2, pp. 1–66.
- Rajan M.T.S. (2002) Moral Rights in the Digital Age: New Possibilities for Democratization of Culture. *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 16, no 2, pp. 187–197.
- Rajan M.T.S. (2011) *Moral Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. 549 p.
- Rose M. (1993) *Authors and Owners. Invention of Copyright*. Cambridge: Cambridge University Press, 190 p.
- Samuelson P. (2006) Challenges in Mapping the Public Domain / The Public Domain of Information. B. Hugenholtz & L. Guibault, eds. The Hague: Kluwer Law International, pp. 7–26.
- Standler R.B. (2012) Moral Rights of Authors in the USA. Available at: <http://www.rbs2.com/moral.pdf> (accessed: 3.09.2016)
- Woodmansee M. (1984) The Genius and the Copyright: Economic and Legal Conditions of the Emergence of the "Author". *Eighteenth-Century Studies*, vol. 17, pp. 425–448.

Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России

И.В. Панова

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



Аннотация

В статье показан исторический аспект развития элементов административной юстиции в России. Рассматривается широкий исторический промежуток, начиная с дореволюционного периода и заканчивая современным этапом, анализируются различные историко-правовые документы по рассматриваемой проблематике, приводятся ценные иллюстрации из зарубежного опыта, делаются обобщающие выводы. Указывается, что в России имеется богатый опыт функционирования института административной юстиции и в нем много поучительного. История развития отечественного законодательства административного судопроизводства и административной юстиции может помочь в реформировании современного законодательства в данной сфере, ведь ошибки прошлого нужно не забывать и не допускать их повторения в будущем. Дан подробный анализ институтов административного судопроизводства и административной юстиции с момента появления их зачатков. Имеет несомненный интерес путь, который прошла система их правового регулирования от судебных Ивана III (1497) и Ивана IV (1550) (первые начала жалобного производства), Соборного уложения (1649) (появление ответственности за нарушения порядка челобитных), к эпохе петровских реформ и екатерининскому правлению (закрепление современных принципов о подаче жалоб на должностное лицо в вышестоящую организацию), к великим реформам Александра II и правлению его преемников (развитие административного судопроизводства, Положение об административных судах 1917 г.), к великим потрясениям 1917 года и развитию новой системы права (новое подробное регулирование жалобного производства, формирование теоретических основ «жалобы» как административно-правовой категории) и к современным реалиям. Изложение истории института административной юстиции в России наглядно показывает важный факт: до сего дня не существует единого, общего, даже обобщающего взгляда на ее существо. Не существует юридических определений основных понятий: «административный процесс», «административно-юрисдикционное дело», «административный спор», «административная юстиция», «административное судопроизводство» и др. Не обозначены их предмет, содержание, границы и объем.



Ключевые слова

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

Библиографическое описание: Панова И.В. Развитие административного судопроизводства и административной юстиции в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 54–69.

JEL: K23; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.54.69

* Статья подготовлена с использованием системы СПС Консультант Плюс.

В последнее время об административной юстиции много говорят и пишут как специалисты в сфере административного и конституционного права, так и процессуалисты¹. Однако изложение истории административной юстиции наглядно показывает очень важный факт: как писал С.А. Корф в книге «Административная юстиция в России», до сего дня не существует единого, общего, скажем, даже обобщающего взгляда на существо института административной юстиции; можно говорить лишь про прусскую, французскую, австралийскую и другие теории, а не про теорию административной юстиции вообще; мы имеем в этом случае один из самых необработанных и крупных пробелов нашей науки². Эти строки, написанные в 1910 г., остаются весьма актуальными и сегодня, век спустя.

К сожалению, исследователи практически не принимали во внимание огромный опыт административной юстиции дореволюционной России, хотя в нем много поучительного. Крупнейшие российские ученые-юристы дореволюционного периода, анализируя сущность института административной юстиции, говорили, что ее существо едино для всех государств (это — гарантия прав гражданина в случае посягательства на них со стороны административных органов), но различны ее отдельные конструкции и элементы, которые находятся в зависимости от других институтов каждого государства.

Спор о том, кто должен осуществлять эту функцию в государстве, был и в XIX в. Русские ученые дореволюционного периода заключали: для существа административной юстиции безразлично, к какой «власти» будет причислен этот институт — к судебной или административной. Факты из истории этого института в различных странах показывают, что в одних государствах административная юстиция — это функция судебной власти, в других она является функцией администрации. В третьих государствах (например, в Италии) были периоды, когда она принадлежала к одной власти (до 1865 г. — к администрации), потом передавалась другой власти (после 1865 г. — судебной), и, наконец, наступил период, когда она принадлежала обоим властям одновременно.

Таким образом, с точки зрения теории, административная юстиция — это разрешение (рассмотрение) административного спора (публично-правового спора граждан, их объединений с органами публичной власти: государственной, муниципальной). Ответ же на вопрос, кто и как будет осуществлять эту функцию в государстве, неоднозначен. Конституционные акты государств закрепляют эту функцию за различными органами: судами общей юрисдикции (Израиль, Дания), специальными административными судами (Франция, Германия), административными трибуналами (Англия, Шотландия и

¹ См., напр.: Бурков А.Л. К вопросу об отраслевой принадлежности института административной юстиции // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 62–67; Викторов И.С. К вопросу о создании в Российской Федерации института административного судопроизводства / Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права / под ред. В. Я. Кикотя. М., 2000. С. 57–58; Волчецкая Т.С. Становление административной юстиции в Российской Федерации и Литовской Республике // Журнал российского права. 2003. С.93–101; Гаджиев Г. Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3. С.163–167; Демин А.А. Административное судопроизводство как вид процессуальных отношений / Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права / под ред. В. Я. Кикотя. М., 2003. С. 142–146; Дерновой В.Б. Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации // Российская юстиция. 2005. № 4. С. 2–11; Едидин Б.А. Формирование административной юстиции в России: Некоторые вопросы теории и практики // Российский судья. 2004. № 11. С. 17–21; Зеленцов А.Б. Административно-правовой спор: Вопросы теории. М., 2005. 732 с.; Стариков Ю.Н. и др. Административное судопроизводство в Российской Федерации: развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства. Вып. 7. Воронеж, 2013. 1060 с. и др.

² Корф С.А. Административная юстиция в России. В 2-х тт. СПб., 1910.

Уэльс), административными комиссиями, арбитражами (США). Используется и «смешанная модель» — данная функция закрепляется за административным судом или судом общей юрисдикции и административно-юрисдикционным органом исполнительной власти (Бельгия, Индия, Канада, Нидерланды, Египет, Швейцария и др.).

Этот вопрос решается каждым государством в зависимости от силы, числа и действительности других гарантий прав и свобод граждан от посягательств на них со стороны государственных административных органов. Кроме того, важную роль играют общее историческое развитие государства и стадия процесса, в которой конкретное государство находится. Вот почему для ответа на вопрос, какой должна быть административная юстиция в России, необходимо знать историю нашей страны.

Рассмотрим *исторические этапы развития правовых основ рассмотрения административных споров в России.*

Средневековье (от феодальной раздробленности до петровских реформ). Жалобное производство на Руси стало складываться одновременно с формированием органов публичной власти и появлением чиновничьего сословия. Из исторических документов доподлинно известно, что на протяжении всего времени жалобы подавались на несправедливое решение властей непосредственно князю, воеводе, боярину и т.д. в зависимости от статуса жалобщика и действий, на которые и подавалась жалоба.

Позволим не согласиться с исследователями, утверждающими, что возникновение органов административной юстиции в нашей стране относится ко второй половине XVI в., либо считают, что история некоторых элементов обжалования действий органов государственной администрации начинается со времен великих реформ Петра I³. Одним из первых нормативных актов, которым было четко определено право на жалобу, был Судебник 1497 г. В этом правовом акте прямо закреплялось: «А каков жалобник к боярину приидет, и ему жалобников от себя не отсылати, а давати всем жалобником управа в всемъ, которыми пригоже. А которого жалобника а непригоже управити, и то сказати великому князю, или к тому его послати, которому некоторые люди приказаны ведати».

В дальнейшем нормативно-правовое закрепление права на подачу жалобы нашло свое отражение в Судебнике 1550 г. В данном документе органы публичной власти попытались ограничить количество жалоб, подаваемых на имя царя. Фактически было введено понятие «необоснованная жалоба». В частности, устанавливалось, что в случае, если «жалобник бьет челом не по делу и бояре ему откажут, и тот жалобник учнет бити челом, докучати государю, и того жалобника вкинути в тюрьму».

В 50-х гг. XVI в. Иваном IV Грозным были проведены крупные реформы в аппарате управления. Органы публичной власти формировались по отраслевому принципу деятельности — соответствующие приказы. Основными «последствиями приказного начала» А.Д. Градовский признавал следующие: разделение дел между отдельными установлениями по их роду и виду, появление понятия о компетенции учреждений, признак самостоятельности учреждений в круге дел, им порученных⁴. При этом жалобы на злоупотребления со стороны самих приказов подавались непосредственно царю. Среди прочих в 1550 г. был создан и Челобитный приказ, занимавшийся приемом и разбором челобитных грамот (жалоб), поступающих на имя царя. Кроме того, этот приказ фактически контролировал деятельность центральных органов власти — прообраз первого внесудебного административного органа.

Как отмечает М.С. Померанцев, все вопросы в Челобитном приказе решал начальник, а если не мог, то вносил их на рассмотрение царю. Начальник чинил «расправу», т.е.

³ Градовский А.Д. Начала русского государственного права. Тт. I–III. СПб., 1875. Т. I. С. 48.

⁴ Градовский А.Д. Указ. соч. Т. I. С. 51.

определял «дельность» жалобы и решал, докладывать ее царю или нет. По результатам рассмотрения жалобы возможно было вынесение двух видов решений: отказать; совершить «указ» — т.е. на жалобе ставилась подпись и указывалось, в какой приказ следует обратиться.

Следующим важным шагом в реформировании института жалобы явилось Соборное уложение 1649 г., в котором, в частности, устанавливалась ответственность должностных лиц за нарушение порядка рассмотрения обращений. В царствование Алексея Михайловича дела по жалобам частных лиц на неправильные решения и действия приказов поступали на рассмотрение в Боярскую Думу, в составе которой выделялась Расправная палата. Жалоба приносилась к думным дьякам, где она рассматривалась царем совместно с Боярской Думой. В дальнейшем при Боярской Думе были образованы также временные комиссии по типу судебных отделений.

В XVI–XVII вв. в России создается централизованное государство, в приказах появляется профессиональная бюрократия. Челобитный приказ совмещал судебные функции и функции административно-судебного контроля за законностью в сфере государственного управления. Боярская Дума как верховная апелляционная инстанция обладала полномочиями по разрешению административно-правовых конфликтов, к примеру, споров о компетенции (о местничестве).

Эпоха Петра I. При Петре I произошло коренное реформирование системы управления государством. Это выразилось, в частности, в упразднении приказов. Среди изменений следует выделить следующие.

Во-первых, Боярская Дума фактически прекратила свое существование. В 1711 г. был создан Сенат. Полномочия Сената были определены в Указе от 2 марта 1711 г. В частности, устанавливалось: «Повелеваем всем, кому о том ведать надлежит, как духовным, так и мирским, военного и земского управления высшим и нижним чинам, что Мы, для всегдашних наших в сих войнах отлучках, определили управительный сенат, которому всяк и их указам да будет послушен так, как Нам самому, под жестоким наказанием и смертью, по вине смотря». В Сенате 7 сентября 1713 г. была восстановлена Расправная палата, которую ликвидировали после учреждения должности генерал-рекетмейстера. В 1718 г. Расправная палата перешла в ведение Юстиц-коллегии. На решения Юстиц-коллегии можно было жаловаться только в Сенат.

В 1714 г. Петром I фактически была установлена процедура подачи жалоб — прошения всякого рода было велено подавать комендантам, жалобы на действия комендантов — губернаторам, а на губернаторов — в Сенат. Подача государю прошений на Сенат не воспрещалась: «А ежели кому в сенате решенья не учинят, тогда надлежит тому бить челом самому его царскому величеству». К Сенату переходит роль высшей судебной инстанции.

Во-вторых, вместо Челобитного приказа в 1720 г. была учреждена должность генерал-рекетмейстера, который ведал «правлением дел челобитниковых», принимал и рассматривал жалобы на волокиту или несправедливые решения сенаторской коллегии, доносил о том Сенату и требовал решения, а в некоторых случаях докладывал самому государю.

Рекетмейстерская контора берет начало с Указа от 13 мая 1720 г., а в 1722 г. было введено именно такое название. Эта контора принимала жалобы коллегии и на неподчиненные им канцелярии в случаях волокиты и неправильного решения дел. Кроме того, в обязанности генерал-рекетмейстера входило следить за тем, чтобы «жалобы на низшие органы управления не поступали прямо в Сенат, минуя коллегии». Фактически устанавливался основной принцип рассмотрения жалоб, сохранившийся до настоящего времени, — жалоба на действия должностного лица направлялась в вышестоящую

инстанцию по четко установленной процедуре. В дальнейшем Сенат фактически превратился в судебный орган; генерал-рекетмейстер в данном случае выполнял функцию рассмотрения административных жалоб во внесудебном порядке, как писал А.Д. Градовский: «Рекетмейстера можно назвать отводом сенатским от судебных дел»⁵.

Среди нормативных актов первой половины XVIII в. необходимо отметить указы от 4 мая 1720 г. и 21 апреля 1730 г. В соответствии с Указом от 4 мая 1720 г. при судебном порядке подачи жалобы устанавливалась строгая последовательность рассмотрения дел: городской суд, провинциальный суд, надворные суды, государственная коллегия юстиции. Согласно Указу от 21 апреля 1730 г. определялись требования к подаче жалобы в административном порядке и определялись следующие инстанции: воевода, губернатор, Юстиц-коллегия, Сенат.

За нарушение установленного порядка в соответствии с Указом от 4 мая 1749 г. предусматривалось наказание: штраф или каторжные работы. В целях борьбы с назойливыми челобитчиками указами от 22 декабря 1718 г., 4 декабря 1719 г., 23 мая 1720 г. запрещалось под угрозой наказания подавать прошения самому государю.

Вторая половина XVIII века. Согласно Указу от 3 июля 1762 г. стало возможным обращаться с жалобами к Императору. Особое значение для формирования жалобного института имел Манифест от 14 июня 1763 г. «О порядке рассмотрения жалоб и просьб на высочайшее имя», изданный Екатериной II Великой. Этим нормативным правовым актом впервые было разграничено административное и судебное обжалование. В последующем в Сенате было сформировано четыре департамента, в том числе по жалобам в высшую инстанцию. С 1767 г. актом «О бытии помещичьим людям и крестьянам в повиновении и послушании у своих помещиков, и о неподовании челобитен в собственные Ея Величества руки» вводился запрет на подачу жалобы на имя государя мимо учрежденных на то ведомств.

При Павле I в Манифесте от 5 апреля 1797 г. предусматривалось право крестьян на подачу жалобы на своего помещика в случае нарушения указания о запрете работы в воскресенье и трехдневной работе.

Первая половина XIX в. Реформа системы государственной власти в XIX в. в России начинается с образования после вступления Александра I на престол Государственного совета, положение о котором было утверждено только в 1810 г. В состав Государственного совета входили две комиссии: Комиссия составления законов и Комиссия прошений.

Комиссия прошений занималась разбором жалоб, подаваемых на высочайшее имя. В нее поступали следующие обращения: жалобы на высшие органы исполнительной власти («высшие исполнительные установления»), на решения департаментов Сената (это положение, несмотря на то, что было закреплено на законодательном уровне, на практике не исполнялось, а подобные жалобы оставались без удовлетворения), прошения о наградах и милостях, проекты. Однако в 1835 г. Комиссия была выведена из Государственного совета и получила особое устройство.

Вторая половина XIX — начало XX вв. В отношении действий должностных лиц, которыми нарушались права подданного, в научной литературе применялся термин «административная неправда», под которым понимались случаи, когда должностное лицо искажает содержание законодательных и административных постановлений. В качестве отдельной категории жалоб выделялись жалобы о неудостоении установленных законом прав и преимуществ или о неудовлетворении положенным довольствием, которые назывались претензиями.

⁵ Там же. С. 72–73.

В ходе *реформ второй половины XIX — начала XX вв.* в научных публикациях активно обсуждается вопрос о необходимости создания административных судов в России. Ведутся рассуждения, как следует организовать административные суды (по привлечению должностных лиц к дисциплинарной ответственности), рассматриваются на примере различных государств (США, Франция, Италия, Пруссия, Бельгия и др.) следующие варианты:

- создание специального коллегиального органа, но недостаток этой системы заключается в том, что исполнительная власть сама выступает в роли судьи;
- возможность предусмотреть полномочия судов, согласно которым суды вправе были бы следить за исполнительной властью. Недостаток этого варианта в том, что нарушался принцип разделения ветвей властей;
- создание специальных судов. Автор отдавал предпочтение именно этой системе (существовавшей на тот момент, например, в Пруссии).

После реформ Александра II в середине XIX в. в России был создан ряд органов публичной власти, в полномочия которых входило рассмотрение жалобных дел в административном порядке: Правительствующий Сенат (в основном Первый департамент Сената), Комиссия прошений, Ведомственный контроль.

Остановимся на правовом статусе перечисленных выше органов, рассматривавших жалобные дела в административном порядке.

Структура Правительствующего Сената включала: Первый и Второй департаменты, два Общих Собрания. В Первое Общее Собрание прокуроры обжаловали решения департаментов.

Первый департамент состоял из сенаторов и обер-прокурора. Ему отводилась основная роль при рассмотрении жалоб в Сенате. В полномочия этого Департамента входили:

- рассмотрение жалоб на административные действия министров, а также право «возбуждения» ответственности этих лиц. Право на принесение жалоб на действия министров предоставлялось как частным лицам, так и общественным установлениям;
- подача в соответствии с Положением о земских учреждениях и городском положении 1870 г. (ст. 8 и 11) в Правительствующий Сенат жалоб на действия губернатора и высших административных властей;
- рассмотрение жалоб, приносимых на губернские присутственные места, а также право наложения на виновных лиц взысканий в административном порядке;
- рассмотрение жалоб в соответствии со ст. 211 Устава о воинской повинности на решения губернского или областного присутствия по жалобам на неправильность по назначению льгот или по освидетельствованию лиц относительно способности к военной службе.

Перечислялись следующие полномочия Первого департамента: надзор за действиями разных управлений и разрешение споров между ними; разрешение споров о подведомственности; рассмотрение жалоб на действия и распоряжения земских и городских учреждений; рассмотрение жалоб на распоряжения, медлительность или бездействие главных начальств по делам о казенных подрядах, поставках; разъяснение духа и смысла законов; разрешение дел, касающихся управления на местах; рассмотрение дел о выборах в должности; рассмотрение дел по начетам казны и на казну. Жалобы, приносимые в Первый департамент Сената, должны были в обязательном порядке содержать следующие сведения: данные лица, подающего жалобу (фамилия, имя, отчество, местожительство и т.д.); изложение обстоятельств и доводов; требования жалобщика; подпись лица. При подаче жалобы уплачивался гербовый сбор.

Сенату в лице Первого департамента было предоставлено право возбуждения дел об ответственности министров. Сенат, согласно ст. 229 Уложения о Сенате, вправе направлять государю дела о «важных злоупотреблениях» со стороны министров. При

этом указанные злоупотребления могли быть вскрыты при рассмотрении жалоб частных лиц или общественных установлений на неправильное распоряжение или действия министров, при проведении ревизий, при установлении неправомерных действий со стороны должностных лиц местного значения, если будет установлено, что указанные действия были совершены по указанию министров. По результатам рассмотрения жалоб Сенат по представлению Первого департамента имел право:

- в случае маловажного и неумышленного упущения сделать замечание без внесения в послужной список и без опубликования;
- в случае неоднократности нарушений издать указ «о подтверждении точного соблюдения законного порядка», подлежащий обязательной публикации, но без указания виновных должностных лиц;
- в случае злоупотребления со стороны должностных лиц Сенат выносил в отношении виновных должностных лиц выговор, а в том случае, если виновным признавался губернатор или должностные лица губернского управления, обращался в комитет министров с просьбой «высочайшего разрешения» на вынесение выговора виновному должностному лицу. При этом имена данных должностных лиц, а также описание проступка подлежали публикации и заносились в формулярный список.

Решение Первого департамента принималось большинством в 2/3 голосов.

До издания Судебных уставов 1864 г. Сенат также имел право рассматривать дела «о вознаграждении частных лиц за вред и убытки, причиненные им неправильными действиями должностных лиц» во внесудебном порядке.

В 1864 г. порядок был изменен и дела о возмещении вреда могли рассматриваться только в исковом производстве в зависимости от класса должности, занимаемой ответчиком, — в окружном суде, судебной палате или кассационном департаменте. Если дело подлежало рассмотрению в кассационном департаменте, то участие представителей Первого департамента являлось обязательным. Заявления о вознаграждении за вред и убытки, причиненные лицами, занимающими должности «по высочайшему назначению» приносились в Первый департамент, который не имел права самостоятельно взыскивать убытки, а мог в случае подтверждения выводов о злоупотреблениях и причинении убытков «отдать обвиняемого под суд». В соответствии со ст. 1316 Устава гражданского судопроизводства «вознаграждение за вред и убытки, причиненные нерадением, неосмотрительностью или медлительностью должностного лица административного ведомства, отыскивается по общим правилам гражданского судопроизводства».

Таким образом, в дореволюционной России действовало два порядка взыскания вознаграждения с должностного лица за вред и убытки:

- уголовно-правовой — в случае причинения вреда или убытков в корыстных или иных личных целях;
- гражданско-правовой — когда деяние, повлекшее за собой причинение вреда и убытков для гражданина, не имеет характера уголовного.

В первом случае требовалось до разбирательства в суде решение соответствующего органа о предании виновного суду (в частности, Первого департамента Сената), во втором случае гражданин непосредственно обращался в суд с подобным иском заявлением. Для предъявления исков в законодательстве Российской империи были установлены соответствующие сроки. Жалобы на определения Первого департамента Сената могли приноситься в Особое присутствие, созданное при Государственном совете.

В 1885 г. при Сенате было создано Высшее дисциплинарное присутствие, которое рассматривало дела о проступках только чиновников высшего звена. В целях решения вопросов о привлечении чиновников на основе жалоб к дисциплинарной ответствен-

ности в 1898 г. был разработан проект Дисциплинарного устава (до этого действовал Дисциплинарный устав 1869 г.), в котором предусматривалось создание коллегиальных учреждений для обсуждения важнейших дисциплинарных дел, в особенности, дел об удалении должностных лиц (дисциплинарный суд). Одной из целей этого проекта была защита самих должностных лиц от своеволия начальников.

Назначение Комиссии прошений с момента ее создания изменено не было. Она оставалась органом публичной власти, рассматривающим жалобы и прошения, приносимые на имя Государя. Жалобы, приносимые в Комиссию прошений, подразделялись на два вида: жалобы на неправильные решения дел судебными органами, жалобы на неправильные действия и распоряжения административных мест и лиц.

Четко была установлена иерархическая структура подачи жалобы — жалоба «на средние и низшие места» могла быть подана в Комиссию прошений только в том случае, если жалобщик ранее обращался с подобной жалобой к «высшему начальству» лиц, на чьи действия приносится жалоба. Жалоба, поданная в Комиссию прошений с нарушением установленного порядка, оставлялась без движения. Исключением были только дела, связанные с незаконным увольнением лица (без объяснения причин). По данной категории дел жалобы могли подаваться непосредственно в Комиссию прошений.

В полномочия Комиссии прошений входило только рассмотрение жалоб и прошений, однако она не могла удовлетворять жалобу. По результатам рассмотрения жалобы, если Комиссия прошений устанавливала ее обоснованность, жалоба с подготовленными документами направлялась Императору. Если жалоба была признана неосновательной, Комиссия возвращала ее жалобщику без какого-либо уведомления Императора. Комиссия прошений имела право рассматривать жалобы только в том случае, если они были поданы в течение года со дня объявления оспариваемого решения, либо со времени совершения оспариваемого действия. В противном случае жалобы рассмотрению не подлежали.

В нормативных правовых актах XIX — начала XX в. предусматривалось и внутриведомственное рассмотрение жалоб, подаваемых вышестоящему должностному лицу на действия чиновников — *ведомственный контроль*. Общий порядок принесения частных жалоб закреплялся ст. 1085 Устава гражданского судопроизводства. Они приносились в административном порядке. Так, в каждом министерстве существовал совет министра, в полномочия которого, в частности, входило рассмотрение жалоб «на действия мест и лиц, подчиненных министерству».

В Министерстве внутренних дел был создан Департамент исполнительной полиции, который, например, рассматривал дела по жалобам на бездействие местного полицейского начальства, а земские участковые начальники (также входившие в структуру Министерства внутренних дел) рассматривали жалобы на должностных лиц волостного и сельского управления. Для рассмотрения административных дел, связанных с воинской повинностью (жалобы по делам о воинской повинности), создавались специальные уездные, окружные, городские и губернские присутствия по воинской повинности. При этом решение присутствия, принятое по жалобе, могло обжаловаться в вышестоящий орган путем принесения жалобы через присутствие, решение которого обжалуется. Решения губернского присутствия по воинской обязанности считались окончательными и обжалованию не подлежали, за исключением решений по делам о предоставлении льгот, которые могли быть обжалованы в Первый департамент Правительствующего Сената. В целях рассмотрения жалоб крестьян создавались специальные Губернские присутствия по крестьянским делам.

В Российской империи выделялось два вида жалоб: жалобы единоличные, подаваемые частными лицами; коллективные жалобы, исходящие от сословных и обществен-

ных собраний. При этом коллективными жалобами признавались жалобы только уставленных законом сословных и общественных собраний; коллективные жалобы иных общественных организаций и объединений лиц не допускались. Порядок принесения жалоб сословными и общественными собраниями определялся в различных положениях: о земских учреждениях (1864), о крестьянах (1861), в городском положении (1870).

В целом административный порядок рассмотрения жалоб в России во второй половине XIX — начале XX в. характеризовался тем, что процедуры и этапы рассмотрения жалоб были различны и привязаны к особенностям организации ведомства, действия которого (или чиновника которого) обжаловались. В качестве примеров можно привести обжалование по делам лесохранения, которое предусматривало два этапа: 1) действия чиновников обжаловались в лесохозяйственный комитет; 2) действия лесохозяйственного комитета обжаловались Министру государственных имуществ (через сам же комитет).

Сложнее была процедура подачи жалоб в сфере взимания промыслового налога. Так, по основному промысловому налогу жалобы на действия всех учреждений и лиц подавались управляющим Казенной палатой; действия казенной палаты обжаловались Министру финансов через отдел торговли. По дополнительному промысловому налогу жалобы на действия подавались в губернские присутствия по промысловому налогу (через казенные палаты); действия губернских присутствий обжаловались в Первый департамент Правительствующего Сената.

Также следует охарактеризовать порядок рассмотрения жалоб, которые поступали непосредственно на имя Императора. Указом от 26 февраля 1895 г. «О выделении из состава Императорской Главной Квартыри Канцелярии прошений, на Высочайшее Имя приносимых и о присвоении ей наименования: “Канцелярия Его Императорского Величества по принятию прошений на Высочайшее Имя приносимых”» была «реорганизована» Канцелярия Императора.

Порядок подачи и рассмотрения жалоб на имя Императора определялся в Правилах о порядке принятия и направления прошений и жалоб, на Высочайшее Имя приносимых («Свод учреждений государственных. Книга 6»). Всего в названном документе содержалось 26 статей. Жалобы подавались Главноуправляющему Канцелярией Его Императорского Величества. Устанавливалась следующая подведомственность: Канцелярия принимала жалобы на определения департаментов Правительствующего Сената (кроме кассационных); на постановления высших государственных установлений; на действия и распоряжения министров, генерал-губернаторов.

Жалобы на определения департаментов Правительствующего Сената после рассмотрения Канцелярией Его Императорского Величества направлялись в Особое Присутствие при Государственном совете для предварительного рассмотрения. При рассмотрении жалобы ни кто в заседании, в том числе участвующие, не допускались. Жалобы на министров и генерал-губернаторов могли быть вынесены в Государственный Совет, Комитет Министров или Сенат.

Таким образом, единого порядка обжалования действий (бездействия) чиновников в дореволюционной России не существовало. Все нормативные положения по обжалованиям содержались в различных нормативных актах: указах Императора, актах Сената, в том числе уставах (воинском, дисциплинарном, лесном), и т.д.

Советская Россия. Как было отмечено, на рубеже XIX и XX вв. некоторые ученые-административисты говорили о необходимости проведения административной реформы по созданию единого административно-юрисдикционного органа по рассмотрению админи-

стративных дел. В частности, А.И. Елистратов высказывался за создание административного департамента, полностью выведенного из ведения Министерства юстиции⁶.

Революционные преобразования в России в очередной раз обозначили необходимость решения вопроса о создании эффективных процедур рассмотрения жалоб граждан. Зарождение и становление советского государства были связаны не только с Гражданской войной, но и с массовым нарушением и ограничением прав граждан. В связи с этим формирование специальных юрисдикционных органов было актуально и вполне обоснованно. Так, по мнению Б.П. Савинич, «было бы крайне ошибочным полагать, что после уничтожения у нас прежнего административного аппарата и более или менее полной смены прежнего состава администрации вопрос об административной юстиции утрачивает свою остроту и неотложность»⁷.

Итогом обсуждения указанных вопросов стало издание Положения от 30 мая 1917 г. «О судах по административным делам», согласно которому предполагалось создание административных судов в уездах, окружных судов в губерниях и областных городах (состоявших из отделений). Во главе этой системы должен был стоять Правительствующий Сенат. Однако социальная, политическая и экономическая нестабильность, а также последовавший после издания указанного Положения октябрьский переворот фактически остановили работу по созданию административных судов.

В период после Февральской революции 1917 г. до октябрьского переворота общегосударственный контроль осуществлялся комиссарами Временного правительства, в полномочия которых входило рассмотрение жалоб на действия (бездействие) должностных лиц.

В научной литературе (в частности, в работах М.Д. Загряцкова) была сделана попытка теоретического исследования сложившегося административного порядка рассмотрения жалоб. Сам по себе внесудебный порядок как исключительная форма контроля за законностью административных действий в качестве неизбежного следствия принципа разделения властей был отнесен к критикуемой позиции французской школы административного права (М. Ориу). Вместе с тем в советском законодательстве был создан административный механизм обжалования действий (решений) административных органов и должностных лиц.

В первые годы советской власти институт судебной жалобы отсутствовал и де-факто существовал только институт жалобы административной, а не судебной. Идея рассмотрения жалобы на администрацию не поддерживалась по тем основаниям, что в новом государстве отсутствуют классовые противоречия. В структуре органов управления был создан Наркомат государственного контроля (Рабоче-крестьянская инспекция), а в его структуре особое подразделение — Бюро приема заявлений о неправильных действиях, злоупотреблениях и правонарушениях должностных лиц для рассмотрения этих заявлений государственным контролем (далее — Бюро)⁸. Постановлениями Наркомата государственного контроля от 4 июля 1919 г.⁹ и Президиума ВЦИК от 30 июня 1921 г.¹⁰ был определен порядок рассмотрения жалоб. Одновременно сохранялась возможность подачи жалобы в Президиум ВЦИК. В отношении нормативных распоряжений местных властей, нарушающих законы центральной власти, Бюро было наделено правом опротестования их в Президиуме ВЦИК. Этот орган занимался рассмотрением

⁶ Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917.

⁷ Савинич Б.П. Ответственность чиновников. М., 1918. С. 7.

⁸ Декрет ВЦИК от 9 апреля 1919 г. // СУ. 1919. № 12. Ст. 122.

⁹ СУ. 1921. № 23. Ст. 271.

¹⁰ СУ. 1921. № 41. Ст. 348.

заявлений граждан о нарушениях их прав со стороны различных государственных органов и должностных лиц.

Право жалобы предполагало создание системы инстанций, куда эти жалобы можно было бы подавать. Обычно система инстанций совпадала с административно-иерархической лестницей. При этом полномочия различались по уровню инстанции (низшая — исполняющие, средняя — контролирующие, высшая — руководящие). В зависимости от характера отношений изменяются полномочия инстанции: инстанция, имеющая руководящие полномочия, может заменить решение своим, инстанция с контролирующими полномочиями — только отменить или исправить незаконное решение. Были проведены разделение функций активного управления и надзора и разделение надзора на апелляцию и кассацию.

Так, Бюро структурировалось в соответствии с общей инстанционной структурой. Центральное бюро было самостоятельным отделом Наркомата государственного контроля, а местные бюро — отделами местных подразделений Наркомата. Общий административный аппарат Наркомата (губернские инспекции) использовался для проведения расследований по поступившим жалобам, а для принятия решений (ставших впоследствии исключительной прерогативой должностных лиц Бюро, принимавших их единолично) изначально в каждой инспекции создавалось особое присутствие, включавшее юрисконсульта, контролеров, производивших расследование, представителей коммунистической партии и профсоюза.

Изначально Бюро самостоятельных полномочий не имело, а лишь принимало заявления, составляло по ним мотивированные заключения и передавало на рассмотрение в другие отделы Наркомата, сохраняя контроль за дальнейшей судьбой жалобы, в том числе за безотлагательными мерами по устранению допущенных нарушений. Правом непосредственной отмены был наделен Президиум ВЦИК, утверждавший предложения Бюро в виде проектов решений по жалобам. Впоследствии Бюро получило право отменять административные распоряжения, кроме распоряжений губернских исполкомов (их отменять мог только Президиум ВЦИК) и решений уездных исполкомов, правом отмены которых был наделен губернский исполком. В определенных ситуациях решение, подготовленное Бюро по жалобе, могло быть утверждено управляющим Бюро и после этого обжаловано только в вышестоящее Бюро, а решение вышестоящего Бюро — во ВЦИК.

Предметом обжалования Наркомата государственного контроля могли выступать прямые злоупотребления судей и любые распоряжения, кроме Постановлений ВЦИК и Совнаркома. В связи с этим встал вопрос о разграничении полномочий Наркомата государственного контроля и прокуратуры, находившейся в ведении Наркомата юстиции. Изначально Наркомат государственного контроля осуществлял контроль за действиями государственных органов, а действия должностных лиц контролировала прокуратура. Впоследствии (1921) прокуратуре было предписано в случае отсутствия составов уголовных преступлений направлять жалобы на неправильные, нецелесообразные и незаконные действия должностных лиц в Наркомат государственного контроля.

Основания для жалоб были весьма широкими: незаконность (понимавшаяся весьма широко), нецелесообразность и несогласованность с декретами, распоряжениями и общими направлениями политики центральной власти при издании любых административных распоряжений, а также злоупотребления, канцелярская волокита и грубое обращение. Такая неопределенность полномочий, по мнению М.Д. Загряцкого, ослабила положение Бюро, лишила его индивидуальности и превратила в обычный административный орган¹¹.

¹¹ Загряцков М.Д. Административная юстиция и право жалобы (в теории и законодательстве). М., 1924.

К жалобе предъявлялся ряд формальных требований, например, обязательное указание на обжалуемое решение, сведения о лице, подающем жалобу, и т.д. Немотивированность и необоснованность жалобы не могли служить основанием для отказа в ее рассмотрении. В научной литературе жалобы разделялись на простые (против дискреционных распоряжений администрации) и формальные (против связанных распоряжений). Достаточное внимание уделялось сроку на подачу жалобы, так как в случае его пропуска у челобитчика не было права на обращение. Это заставляло особо относиться к правилам исчисления сроков, определению момента начала исчисления, прекращения и прерывания срока на обжалование. Законодательство не признавало по общему правилу приостановления подачи жалобы действия оспариваемого решения. Однако в литературе указывалось на необходимость применения такого общего правила, ограничение действия которого должно было бы быть оговорено в законе либо не стало предметом особого, дополнительного решения административного органа.

Вопрос о порядке подачи жалобы оставался предметом дискуссий. Бесспорной нормой, закрепленной в самых первых нормативных актах о порядке обжалования, стало правило о возможности подачи как письменной, так и устной жалобы. Однако споры велись относительно того, каким образом должна подаваться жалоба: через орган, издавший оспариваемое решение (в некоторых случаях подобный порядок приводил к установлению обязательной подачи предварительного протеста против принятого решения, т.е. устанавливал дополнительный претензионный порядок), либо непосредственно в вышестоящий орган. Первый путь носил характер общего правила, а второй — исключения.

Жалобы рассматривались в инквизиционном порядке.

На Бюро, имевшее свой расследовательский аппарат, возлагались сформулированные общие программные требования и средства, которые Бюро должно было предпринять для расследования всех обстоятельств дела.

Деятельностью Бюро не исчерпывался административный порядок обжалования действий и решений должностных лиц. Сохранялась возможность ведомственного обжалования в вышестоящий государственный орган. Серьезные проблемы в связи с этим возникали в отношении определения иерархической соподчиненности различных государственных органов, в том числе возникала проблема двойного подчинения государственного органа — органу отраслевого управления (наркомату) и органу общей компетенции (губернскому исполкому). При этом в отраслевых органах были установлены разные правила подачи и рассмотрения жалоб: различные сроки, порядок рассмотрения, в том числе разный административно-правовой статус участников производства по рассмотрению жалобы. В некоторых ведомствах, например, в Наркомземе, были установлены правила, что вступление в силу решения административного органа возможно только после истечения срока на его обжалование, а подача жалобы приостанавливала исполнение этого решения.

Для борьбы со служебными проступками и упущениями должностных лиц, если такие действия не влекли уголовной ответственности, функционировали дисциплинарные суды. Налоговые комиссии, состоящие из представителей финансовых ведомств, общественности, заинтересованных налогоплательщиков, рассматривали жалобы последних. Земельные судебные комиссии рассматривали споры в сфере земельных правоотношений по правилам ГПК РСФСР (1923) и состояли из трех уровней: районной, окружной и особой коллегии высшего контроля по земельным спорам при Наркомземе.

Опыт начала 1920-х гг. заслуживает внимания потому, что удивительным образом согласуется с предлагаемыми реформами административного порядка рассмотрения жалоб. Кроме того, в советский период именно в начале 1920-х гг. в административном

праве сложилась наиболее благоприятная ситуация для развития доктрины и законодательной практики как всей административно-правовой сферы, так и внесудебных механизмов рассмотрения жалоб граждан.

В 1923 г. было принято решение о создании объединенных органов партийно-государственного контроля. Этот административный альянс просуществовал до 1934 г. В дальнейшем в советской административной системе существовал специальный контрольный орган¹², однако, постепенно из сферы его полномочий стало выводиться разрешение жалоб на действия и решения административных органов.

Постановление Президиума ЦИК СССР «О рассмотрении жалоб трудящихся и принятии по ним необходимых мер» было вынесено 13 апреля 1933 г., а 14 декабря 1935 г. было принято постановление Президиума ЦИК СССР «О положении дел с разбором жалоб трудящихся», которые определили порядок рассмотрения жалоб с точки зрения административной процедуры. В правилах инстанционности стал доминировать принцип ведомственного контроля: рассмотрение жалоб становилось делом исключительно вышестоящих должностных лиц и государственных органов или «тех органов, к компетенции которых относятся вопросы», затронутые в жалобе. Таким образом, специализированный орган, специально рассматривавший жалобы граждан с 1919 г., был лишен подобных полномочий, сохранив за собой функции общего контроля.

В Постановлении СНК СССР от 4 июня 1936 г. № 988 «Постановление Комиссии Советского Контроля при СНК Союза ССР о рассмотрении жалоб трудящихся» указывалось на недопустимость волокиты и формально-бюрократического отношения к заявлениям и жалобам рабочих, красноармейцев и колхозников. Одновременно в законодательстве была утверждена возможность судебного обжалования решений административных органов — только тех решений, в отношении которых закон допускал возможность их судебного обжалования (в 1960-е гг. насчитывалось около десятка таких случаев, в том числе возможность обжалования административных штрафов, налагаемых на граждан уполномоченными государственными органами). Таким образом, административный порядок сохранял более общее значение по сравнению с судебным обжалованием решений административных органов.

В 1930-е гг. были закреплены основные правила административного производства по жалобам граждан, определены условия обращения с жалобами. В целом была сохранена возможность подачи как письменных, так и устных жалоб, специально закреплялся запрет передачи жалоб на рассмотрение того органа, действия или решения которого обжаловались (на это обращалось пристальное внимание в специальной литературе), был зафиксирован общий срок, в течение которого жалоба должна была рассматриваться.

Очередным этапом развития внесудебного порядка рассмотрения жалоб стал Указ Президиума Верховного Совета СССР от 12 апреля 1968 г. № 2534-VII «О порядке рассмотрения предложений, заявлений и жалоб граждан» (действовавший в РСФСР, а затем и в Российской Федерации рекордный срок — до 2006 г.). Хотя Указ был позднее утвержден законом СССР, законодательные акты, принятие которых он предполагал, так и не были изданы.

Общий ведомственный принцип, который появился в законодательстве с 1935 г., окончательно был закреплен путем утверждения правил о подаче жалобы в вышестоя-

¹² 1930 г. — Комиссия исполнения при Совете Народных Комиссаров СССР, 1934 г. — Комиссия советского контроля при СНК СССР, 1940 г. — Комиссия советского контроля в Народном комиссариате государственного контроля СССР, 1946 г. — Министерство государственного контроля, 1957 г. — Комиссия советского контроля при Совете Министров СССР, 1962 г. — новое объединение партийного и государственного контроля в единый Комитет партийно-государственного контроля, 1965 г. — Комитет народного контроля.

щий орган. Правила производства по административным жалобам также не претерпели принципиального изменения, хотя они подверглись более детальному закреплению и конкретизации. В 1977 г. право на подачу жалобы было закреплено в ст. 58 Конституции СССР. Для судебного обжалования данная конституционная норма изменяла принципы правового регулирования, распространяя принцип общей клаузулы на судебный порядок обжалования (действовать этот принцип, правда, стал только в 1989 г. в связи с принятием соответствующего Закона СССР). Для административного порядка эта норма мало что изменила, так как принципы и порядок административного рассмотрения жалоб остались прежними.

Конституция СССР 1977 г. вывела органы народного контроля из аппарата управления, преобразовав их в самостоятельное звено государственного механизма и тем самым сделав попытку восстановить общегосударственный контроль. В 1979 г. был принят весьма удачный Закон СССР «О народном контроле в СССР». Но на деле ничего не получалось, так как все осуществлялось в то время только по указанию и под контролем партийных органов.

Одной из задач в деятельности народного контроля был контроль за соблюдением должностными лицами законов при рассмотрении предложений, заявлений, жалоб граждан. На лиц, виновных в недостатках или нарушениях, органы народного контроля могли воздействовать как путем товарищеской критики, так и посредством привлечения их к ответственности (налагать на виновных должностных лиц взыскания (постановка на вид, выговор, строгий выговор), отстранять от занимаемых должностей, производить денежные начеты на должностных лиц, причинивших материальный ущерб государству, колхозам, кооперативным и иным общественным организациям, в порядке, определенном Президиумом Верховного Совета СССР. Однако данный порядок так и не был утвержден.

(продолжение следует)



Библиография

- Административная юстиция в России (история и современность). Учебное пособие / Зеленцов А.Б., Радченко В.И. М.: Российская академия правосудия, 2001. 119 с.
- Бахрах Д.Н. Административно-процессуальная деятельность администрации // Административное право и процесс. 2009. № 3. С. 2–6.
- Бурков А.Л. К вопросу об отраслевой принадлежности института административной юстиции // Журнал российского права. 2003. № 4. С. 62–67.
- Волчецкая Т.С. Становление административной юстиции в Российской Федерации и Литовской Республике // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 93–101.
- Гаджиев Г. А. Конституционно-правовые ориентиры при создании системы административных судов в Российской Федерации / Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 3 (52). С. 163–167.
- Дерновой В.Б. Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации // Российская юстиция. 2005. № 4. С. 2–11.
- Единин Б.А. Формирование административной юстиции в России: некоторые вопросы теории и практики // Российский судья. 2004. № 11. С. 17–21.
- Зеленцов А.Б. Административное судебное право: концептуальные проблемы формирования // Административное право и процесс. 2015. № 2. С. 39–46.
- Лазаревский Н.И. Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами: догматическое исследование. СПб.: Слово, 1905. XV, 16 с.
- Николаева Л.А. Административная юстиция и административное судопроизводство: зарубежный опыт и российские традиции. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 332 с.

Панов А.Б. Административная ответственность юридических лиц. М.: Норма, 2013. 193 с.

Панова И.В. Административно-процессуальное право России. Учебник. 7-е изд. М.: Норма, 2016. 288 с.

Радченко В. Административные суды призваны защитить человека от произвола недобросовестных чиновников // Российская юстиция. 2004. № 3. С. 2–5.

Скитович В.В. Административная юстиция в России: исторический обзор / Судебное рассмотрение административных дел: правовая реальность и перспективы развития. Пособие для судей. М.: Российская академия правосудия, 2002. С. 9–34.

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

Development of Administrative Proceedings and Administrative Justice in Russia



Inna Panova

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



Abstract

The paper presents historical aspect of the development of elements of administrative justice in Russia. A wide historical period is studied beginning with the pre-revolutionary era and ending with the present stage. Besides, the paper analyzes historical and legal documents on the issues under consideration to generalize. The author points out that Russia has a rich experience of the institute of administrative justice. The history of the development of domestic legislation administrative proceedings and administrative justice can help in reforming the modern legislation in this area as mistakes of the past must not be forgotten and repeated in the future. The institutes of administrative proceedings and administrative judgment are analyzed from its origins throughout centuries. The path of the system presents relevance as it identifies landmarks such as Law books of Ivan III (1497) and of Ivan IV (1550) (the beginnings of complaint procedure), Council Code (1649) (liability for violating the petition proceeding) to the era of Peter the Great reforms and the reign of Catherine II (modern principles of submitting complaints against an official to a superior body), great reforms of Alexander II and of his monarchs successors (administrative proceedings), Rules of administrative courts (1917), the great disturbances of October 1917 and the development of a new legal system (new detailed regulation of appellate proceeding, formation of theoretical fundamentals of claim as of an administrative law category) and modern conditions. The history of the institute of administrative justice in Russia shows an important fact, i.e. no single view has existed on single, common or generalizing attitude to its nature. No legal definitions of the major concepts exist, in particular administrative process, administrative and jurisdiction case, administrative dispute, administrative justice, administrative judgment proceedings etc. The same relates to the subject matter and scope of the area.



Keywords

administrative justice, administrative reform, administrative complaint, pre-trial appeal, the pre-revolutionary right, claim procedure.

Citation: Panova I.V. (2016) Development of Administrative Proceedings and Administrative Justice in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 54–69 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.54.69



References

- Bakhrakh D.N. (2009) Administrativno-protsessual'naya deyatelnost' administratsii [Administrative and Procedural Activity of Administration]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 3, pp. 2–6.
- Burkov A.L. (2003) K voprosu ob otraslevoyn prikladnosty instituta administrativnoy yustitsii [On the Branch of Institute of Administrative Justice]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 62–67.
- Dernovoy V.B. (2005) Razvitiye sistemy administrativnoy yustitsii v Rossiyskoy Federatsii [Administrative Justice in the Russian Federation] *Rossiyskaya yustitsiya*, no 4, pp. 2–11.
- Edidin B.A. (2004) Formirovaniye administrativnoy yustitsii v Rossii: nekotoryye voprosy teorii i praktiki [Formation of Administrative Justice in Russia: Issues of Theory and Practice]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 11, pp. 17–21.
- Gadzhiev G.A. (2005) Konstitutsionno-pravovyye orientiry pri sozdaniy sistemy administrativnykh sudov v Rossiyskoy Federatsii [Constitutional Law Framework to Establish System of Administrative Courts in the Russian Federation]. *Sravnitel'noye konstitutsionnoye obozreniye*, no 3 (52), pp. 163–167.
- Lazarevskiy N.I. (1905) *Otvetstvennost' za ubytki, prichinennyye dolzhnostnyimi litsami* [Liability for the Damages brought by Officials]. Saint Petersburg: Slovo, XV, 16 p. (in Russian)
- Nikolaeva L.A. (2004) *Administrativnaya yustitsiya i administrativnoye sudoproizvodstvo: zarubezhnyy opyt i rossiyskiye traditsii* [Administrative Justice and Administrative Proceedings: Foreign Experience and Russian Traditions]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 332 p. (in Russian)
- Panov A.B. (2013) *Administrativnaya otvetstvennost' yuridicheskikh lits* [Administrative Liability of Legal Persons]. Moscow: Norma, 193 p. (in Russian)
- Panova I.V. (2016) *Administrativno-protsessual'noye pravo Rossii. Uchebnyk* [Administrative Procedure Law in Russia. Textbook]. Moscow: Norma, 288 p. (in Russian)
- Radchenko V. (2004) Administrativnyye sudy prizvany zashchitit' cheloveka ot proizvola nedobrosovestnykh chinovnikov [Administrative Courts Should Protect a Person from Red Tape]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 3, pp. 2–5.
- Skitovich V.V. (2002) Administrativnaya yustitsiya v Rossii: istoricheskiy obzor [Administrative Justice in Russia: Historical Review]. *Sudebnoye rassmotreniye administrativnykh del: pravovaya real'nost' i perspektivy razvitiya. Posobie dlya sudey*. Moscow: RAP, pp. 9–34 (in Russian)
- Starilov Yu.N. (2013) Administrativnoye sudoproizvodstvo v Rossiyskoy Federatsii: razvitiye teorii i formirovaniye administrativno-protsessual'nogo zakonodatel'stva [Administrative Procedures in the Russian Federation: Theory and Development]. Jubilees, Conferences, Forums. Voronezh: Voronezhskiy gosudarstvennyi universitet, 1060 p.
- Volchetskaya T.S. (2003) Stanovleniye administrativnoy yustitsii v Rossiyskoy Federatsii i Litovskoy Respublike [Emerging Administrative Justice in Russian Federation and Lithuanian Republic]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 93–101.
- Zelentsov A.B. (2015) Administrativnoye sudebnoye pravo: kontseptual'nye problemy formirovaniya [Administrative Court Law: Conceptual Problems of Formation]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 2, pp. 39–46.
- Zelentsov A.B., Radchenko V.I. (eds.) (2001) *Administrativnaya yustitsiya v Rossii: istoriya i sovremennost'* [Administrative Justice in Russia: Past and Present]. Moscow: RAP, 119 p. (in Russian)

Правовые проблемы управления корпорацией в предбанкротный период¹



Е.С. Пирогова

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: Pirogova-el@yandex.ru



Ю.Д. Жукова

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: Julia-jukova@yandex.ru



Аннотация

В статье анализируются особенности правового регулирования деятельности участников и органов управления хозяйственным обществом, находящегося в предбанкротном состоянии, включая устанавливаемые законом ограничения на совершение определенных корпоративных действий, а также дополнительные обязанности, возлагаемые в этот период на лиц, входящих в органы управления обществом. Понятие «предбанкротный период» не является полноценным юридическим термином и при употреблении в него чаще всего вкладывается экономическое содержание, не совпадающее по значению с содержанием признаков банкротства. Авторы отдельно рассматривают правовые последствия ситуации, в которой имеет место только предвидение банкротства, и ситуации, когда наличествуют легальные признаки банкротства и основания для обращения в суд. Исследуется соотношение норм корпоративного законодательства и законодательства о банкротстве на предмет выявления недостаточно урегулированных правовых ситуаций, в которых неопределенность содержания прав и обязанностей участников корпоративных отношений порождает риски негативных последствий (таких, как привлечение к ответственности, признание сделки недействительной). В статье приводятся примеры смешения на уровне правоприменения обстоятельств, указывающих на нормативные признаки банкротства, и не являющиеся таковыми как следствие недостаточного внимания к их разграничению на нормативном уровне. К основным проблемам в данной сфере регулирования относятся: реализация права и обязанности членов органов управления хозяйствующим субъектом по обращению в суд с заявлением о банкротстве; неопределенность надлежащего субъекта корпоративного управления, ответственного за принятие решения об обращении; отсутствие регламентации сроков возникновения данной обязанности при наличии мер ответственности за ее неисполнение; неопределенность основания для отказа в выплате дивидендов в рамках предбанкротного периода, произвольная квалификация судами содержания понятия «признаки банкротства» для данных целей; неполноценная защита прав кредиторов при ограничении права участника общества требовать приобретения его доли. Важной задачей законодателя является учет специфики корпоративных отношений в период нахождения общества на грани банкротства и установление гарантий недопустимости несения каждым из участников данных отношений риска произвольного толкования действующих норм.



Ключевые слова

банкротство, субсидиарная ответственность, заявление о признании должника банкротом, невозможность исполнения требований кредиторов, неплатежеспособность, ограничения на выплату дивидендов, выкуп акций по требованию акционера, выплата действительной стоимости доли.

¹ Материал подготовлен с использованием Справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.

Библиографическое описание: Пирогова Е.С., Жукова Ю.Д. Правовые проблемы управления корпорацией в предбанкротный период // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 70–85.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.70.85

В период нестабильной экономической ситуации в масштабах всего государства неизбежно возрастает количество случаев возникновения признаков финансовой нестабильности на так называемом «микроуровне»: множество прежде успешно функционировавших коммерческих организаций вступает в кризисный период, преодолеть который оказывается под силу далеко не каждому хозяйствующему субъекту. Иными словами, ситуация нахождения на грани банкротства, даже если это происходит в силу неблагоприятного стечения временных обстоятельств, актуальна для многих организаций, в том числе внешне выглядящих работающими без «сбоев». Если финансовые трудности действительно являются временными и грамотная управленческая политика может привести к улучшениям в среднесрочной и даже краткосрочной перспективе, принципиально важно не усугубить ситуацию негативными последствиями корпоративных конфликтов, для развития которых, разумеется, кризисное состояние организации является благодатной почвой.

Нестабильность корпоративных отношений в период нахождения организации в преддверии банкротства порождает ряд правовых рисков, связанных с возможной квалификацией поведения участников данных отношений как противоправных. В свою очередь, отсутствие развернутого правового регулирования, нацеленного именно на определение граней правомерных и противоправных действий с учетом специфики проводимых мероприятий в целях недопущения банкротства, способствует развитию индивидуальных подходов к стандартам должного поведения, прежде всего, членов органов управления, в период, когда приходится принимать рискованные решения в интересах организации, причем далеко не всегда в условиях всеобщего согласия. В рамках настоящей работы рассматриваются наиболее часто встречающиеся спорные правовые ситуации, инструменты разрешения которых в рамках предбанкротного периода имеют научный интерес ввиду их недостаточной разработанности, несмотря на бесспорную востребованность.

Предбанкротное состояние организации: правовые рамки

В первую очередь следует остановиться на необходимости разграничения предбанкротной ситуации с экономической точки зрения и ситуации, когда наличие у организации финансовых трудностей начинает порождать какие-либо правовые последствия, учитывая, что финансовые трудности и признаки банкротства с точки зрения действующего законодательства — это разные по смысловому их содержанию понятия.

Специалисты по антикризисному управлению выделяют следующие стадии предбанкротного состояния организации: 1) зарождение финансовой неустойчивости (рост убытков, принятие непродуманных управленческих решений; чаще всего, трудности на данном этапе менеджеры пытаются скрыть от акционеров); 2) собственно возникновение финансовой неустойчивости (рост задолженностей, смещение сроков платежей, трудности оплаты текущих долгов; для данной стадии характерно возникновение конфликтов); 3) длительная финансовая неустойчивость (сбои в производственном процессе, уход квалифицированного персонала, рост просроченной задолженности); 4) банкротство².

В свою очередь о юридическом значении наличия у хозяйствующего субъекта финансовых затруднений принято говорить с момента образования у него признаков бан-

² Жарковская Е.П., Бродский Б.Е., Бродский И.Б. Антикризисное управление: учебник. М., 2011. 467 с.

кротства, содержание которых раскрывается в ст. 3 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»³ (далее — Закон о банкротстве). В отличие от экономических признаков несостоятельности организации, правовые признаки основываются на уже имеющем место факте неоплаты существующего долга: значение для возбуждения дела о банкротстве имеет фактическая неспособность удовлетворить требование кредиторов на определенную сумму в определенный срок, независимо от экономических причин, причем недостаточность денежных средств у должника предполагается в силу факта прекращения исполнения денежных обязательств (ст. 2 Закона о банкротстве).

Таким образом, предбанкротный период условно можно подразделить на две стадии с правовой точки зрения: стадия, на которой «экономические» признаки банкротства уже присутствуют (первая и вторая стадии кризиса), однако, отсутствуют формальные юридические признаки банкротства, а, следовательно, — основания для обращения кредитора в суд; стадия, на которой появляются признаки банкротства в смысле ст. 3 Закона о банкротстве. Первая стадия тем не менее также имеет юридическое значение факта — состояния организации, порождающего определенные правовые последствия в виде прав и обязанностей у установленных законом субъектов. Данная стадия подпадает под частичное регулирование Закона о банкротстве и именуется «предвидением банкротства»; соответственно для нее характерно прогнозирование возникновения признаков банкротства в ближайшем будущем. Основанием предвидения являются обстоятельства, очевидно свидетельствующие, что организация не в состоянии будет исполнить денежные обязательства и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в установленный срок (ст. 8–9 Закона о банкротстве). Отметим, что с точки зрения Закона данная стадия не имеет начальной точки отсчета: возникновение указанных обстоятельств определяется в каждом случае индивидуально, в судебной практике ключевое значение придается срокам их выявления. Права и обязанности хозяйствующего субъекта и членов его органов управления связываются, как правило, с определенным судом *должным* моментом обнаружения трудностей.

Правовая регламентация обязанности руководителя по обращению в суд с заявлением о банкротстве: основания возникновения, проблемы реализации

Прежде всего речь идет о праве организации на подачу заявления о банкротстве в арбитражный суд на основании ст. 8 Закона о банкротстве. При этом, согласно Закону, «заявление должника–юридического лица подается в арбитражный суд руководителем должника на основании решения органа, уполномоченного в соответствии с учредительными документами должника на принятие решения о ликвидации должника», т.е. если речь идет о хозяйственном обществе, таким органом выступает общее собрание акционеров (участников) либо единственный акционер (участник). Само же заявление подается от имени общества, по общему правилу, его единоличным исполнительным органом (в терминологии Закона о банкротстве — руководителем). В свою очередь, согласно ст. 9 Закона, руководитель должника несет уже персональную обязанность обратиться в суд с заявлением о банкротстве, в частности, в одной из следующих ситуаций:

1) если удовлетворение требований одного кредитора или нескольких кредиторов приводит к невозможности исполнения должником денежных обязательств или обязанностей по уплате обязательных платежей и (или) иных платежей в полном объеме перед другими кредиторами;

2) если обращение взыскания на имущество должника существенно осложнит или сделает невозможной хозяйственную деятельность должника;

³ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

3) если имеются признаки неплатежеспособности и (или) признаки недостаточности имущества.

Помимо этого, руководитель также обязан обратиться в суд, если решение об обращении принято органом, уполномоченным принимать решение о ликвидации. В последней ситуации он всего лишь исполняет волю вышестоящего органа, поэтому непосредственно для него она является наиболее безопасной с точки зрения правовых рисков, в частности, быть привлеченным к ответственности. Сложнее обстоит дело, когда на руководителе лежит обязанность обратиться в суд по одному из вышеперечисленных обстоятельств, при этом такое обращение не входит в планы волеобразующих коллегиальных органов общества. Не является редкой ситуация, когда указанные органы управления (в зависимости от вида организации это может быть совет директоров или общее собрание — например, если в непубличном обществе оно выполняет функции по принятию коммерческих решений в отсутствие совета директоров), зная о возникших финансовых проблемах, считают необходимым во что бы то ни стало не допустить возбуждения дела о банкротстве и использовать все доступные механизмы оптимизации ситуации. При этом они не желают информировать неопределенный круг лиц и особенно кредиторов о том, что общество переживает не лучшие времена, принимая во внимание, что деловая репутация организации играет далеко не последнюю роль для возможности заключения выгодных сделок, способных в перспективе повысить платежеспособность организации. Нельзя сказать, что такой интерес является незаконным, с учетом установленной Законом возможности проведения внесудебных восстановительных мероприятий (гл.2 Закона о банкротстве).

Формально при наличии любого из перечисленных в ст. 9 Закона обстоятельств руководитель уполномочен и одновременно обязан подать заявление независимо от одобрения соответствующего органа управления, что было зафиксировано в Постановлении Пленума ВАС РФ от 15.12.2004 № 29⁴. На практике положение руководителя в этом случае окажется весьма затруднительным в плане взаимоотношений с назначившими его на должность органами управления общества. Между тем необращение в суд при наличии формальных оснований влечет его персональную ответственность — как административную в виде штрафа или дисквалификации за неправомерные действия при банкротстве⁵, так и гражданско-правовую, установленную непосредственно Законом о банкротстве.

Возможность привлечения руководителя к субсидиарной ответственности перед кредиторами регламентирована п. 2 ст. 10 Закона о банкротстве, согласно которому «нарушение обязанности по подаче заявления должника в арбитражный суд в указанных случаях и в установленный срок влечет за собой субсидиарную ответственность по обязательствам должника, возникшим после истечения срока, в который должно быть подано заявление»⁶. Данный вид ответственности специфичен тем, что руководитель не просто выплачивает заранее установленный размер штрафа в качестве формальной санкции за несовершение должного действия; он принимает на себя обязательства должника — юридического лица, возникновение которых спровоцировано совершенно необязательно его непосредственными действиями.

⁴ Постановление Пленума ВАС РФ от 15.12.2004 № 29 «О некоторых вопросах практики применения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» // СПС Консультант Плюс.

⁵ П. 5 ст. 14.12. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁶ Согласно ст. 9 Закона заявление должно быть подано «в кратчайший срок, но не позднее чем через месяц с даты возникновения соответствующих обстоятельств».

Итак, формально противоправным бездействием со стороны является неподача заявления о банкротстве в надлежащий момент (неисполнение установленной законом обязанности). Наиболее затруднительным представляется определить реальный *момент возникновения данной обязанности*, с наступлением которого обращение в суд становится тем самым противоправным бездействием. Нельзя не отметить, что обстоятельства, указанные в ст. 9 Закона, сформулированы таким образом, что возможность однозначного определения даты их возникновения, или даты, когда они объективно должны стать очевидными для руководителя (в литературе эти моменты предлагается разделять, принимая во внимание оценочность критерия очевидности⁷), представляется весьма спорной. Между тем именно к данному временному интервалу привязана последующая (возможно, спустя продолжительный период времени) квалификация поведения руководителя как противоправного.

На практике таким моментом предлагается считать, в частности, дату подведения итогов финансово-хозяйственной деятельности в течение календарного года⁸, дату формирования бухгалтерского баланса⁹. Помимо этого, кредиторы и/или конкурсные управляющие ссылаются на даты вынесения судебного решения о взыскании долга, даты привлечения к налоговой ответственности, словом, на те даты, с которыми связано возникновение у организации обязанности рассчитаться по долгам с конкретным кредитором. Между тем, **момент возникновения обязанности не тождественен моменту осознания невозможности ее исполнить**.

Приходится однозначно толковать Закон о банкротстве таким образом, что времени на согласование вопроса о подаче заявления с иными руководящими органами компании для единоличного исполнительного органа не предусмотрено. Любые инициативы руководителя, выливающиеся в растягивание времени, с большой вероятностью будут означать в дальнейшем его личную ответственность в случае недостаточности имущества¹⁰. Показательно, что в судебных решениях регулярно встречается утверждение, что «руководитель должника, владея информацией о его финансовом состоянии... знал о наличии у должника признака недостаточности имущества и не мог не осознать». Очевидность данного факта для влияющих на руководителя акционеров правового значения не имеет: аргумент об отсутствии согласия учредителей/коллегияльного органа управления организации, или даже о необходимости поставить перед ними данный вопрос и добиться согласования, не является извинительным для руководителя.

Так, в Постановлении ФАС Уральского округа от 11.04.2014 № Ф09-700/14¹¹ руководитель ссылался на то, что он являлся наемным работником должника (был назначен на должность генерального директора) и исполнял волю участников. Суды в данном случае остаются непреклонными: «специальная обязанность по подаче заявления о признании должника банкротом при наличии вышеуказанных обстоятельств законодательством возложена именно на руководителя должника. В этой связи руководитель должника

⁷ Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М., 2004. С. 129.

⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 21.01.2014 № Ф09-13880/13 по делу № А07-2236/2012 // СПС Консультант Плюс.

⁹ Постановление ФАС Уральского округа от 11.04.2014 № Ф09-700/14 по делу № А50-17662/2010 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁰ Жукова Ю.Д. Основания привлечения руководителя должника к субсидиарной ответственности за необращение в суд с заявлением о банкротстве: анализ тенденций арбитражной практики // Вестник арбитражной практики. 2015. № 4. С. 37–50.

¹¹ Постановление ФАС Уральского округа от 11.04.2014 № Ф09-700/14 по делу № А50-17662/2010 // СПС КонсультантПлюс.

при исполнении данной обязанности не связан какими-либо указаниями учредителей должника и обязан исполнить требования закона вне зависимости от их позиции».

Каких-либо защитных механизмов для руководителя при фактическом давлении на него контролирующими акционером на нормативном уровне не предусмотрено, что, на наш взгляд, все же является пробелом, учитывая, что фактическая подконтрольность руководителя лицам, назначившим его на должность, является очевидным обстоятельством. Вряд ли в рамках обычной деловой практики руководителю свойственно без оглядки на мнение акционеров принимать столь радикальное для организации решение. Добровольное обращение в суд далеко не всегда может вылиться в дело о банкротстве, и руководитель в этом случае скорее всего лишится должности. Более того, п. 3 ст. 10 Закона о банкротстве предусматривает, что «в случае, если заявление должника подано должником в арбитражный суд при наличии у должника возможности удовлетворить требования кредиторов в полном объеме или должник не принял меры по оспариванию необоснованных требований заявителя, *должник несет перед кредиторами ответственность за убытки*, причиненные возбуждением производства по делу о банкротстве или необоснованным признанием требований кредиторов». Налицо, таким образом, *несовпадение субъектов ответственности за неподачу заявления и за необоснованную подачу*: в последнем случае ответственность несет сама организация, и это не единственное для нее последствие необоснованной подачи (репутационные потери могут в перспективе оказаться куда серьезнее).

Следовательно, руководитель в спорный момент (еще раз подчеркнем: момент, четко не определенный законом) несет одновременно как риск подвести компанию, поторопившись с подачей заявления (и, соответственно, скорее всего, потерять работу), так и риск быть привлеченным в будущем к ответственности за обнаружившееся неисполнение обязанности по обращению в суд. На решение этой дилеммы руководителю отведен «кратчайший срок». При таких обстоятельствах, в особенности при конфликте в организации из-за различия мнений о дальнейших действиях, не удивительно, что решение руководителя может оказаться непродуманным, а, согласно терминологии ст. 53.1 Гражданского кодекса РФ, ст. 71 Федерального закона об акционерных обществах (далее — Закон об акционерных обществах)¹², Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 62¹³ — *неразумным*, т.е. соответственно, противоправным. Для квалификации поведения руководителя как противоправного в целях реализации возможности потребовать с него возмещения причиненных обществу таким решением убытков, а также привлечь его к субсидиарной ответственности в случае банкротства за действия, способствовавшие наступлению банкротства (ст. 10 Закона о банкротстве), не требуется в обязательном порядке устанавливать недобросовестность руководителя, достаточно факта проявления неразумности.

Не следует забывать также и о содержании п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ № 62, согласно которому «не является основанием для отказа в удовлетворении требования о взыскании с директора убытков сам по себе тот факт, что действие директора, повлекшее для юридического лица негативные последствия, в том числе совершение сделки, было одобрено решением коллегиальных органов юридического лица, а равно его учредителей (участников), либо директор действовал во исполнение указаний таких лиц, поскольку директор несет самостоятельную обязанность действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно». Конечно, в отношении участвовавших в принятии решения лиц данным пунктом Постановления предусмотрена солидарная

¹² Федеральный закон от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹³ Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07.2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // СПС КонсультантПлюс.

ответственность, однако ее наступление значительно менее вероятно, нежели ограничение возложением всей полноты ответственности на руководителя.

На наш взгляд, разумно все же исходить из того, что подобного масштаба решение не должно приниматься руководителем единолично, особенно в условиях потенциального конфликта интересов. Еще в 2003 г. в Постановлении № 14-П Конституционный суд РФ указывал на подразумеваемую обязанность именно **акционеров** принять решение об обращении в суд с заявлением о признании должника банкротом в случае, если стоимость чистых активов акционерного общества оказывается меньше величины минимального уставного капитала и имеются предусмотренные законом основания для возбуждения процедуры банкротства¹⁴, подчеркивая, таким образом, необходимость коллегиального решения данного вопроса¹⁵. Руководителю должна быть предоставлена *имеющая правовое значение* возможность — во всяком случае уведомить учредителей (участников) и коллегиальный орган управления (при его наличии) о ситуации и попытаться согласовать с ними вопрос о необходимости обращаться в суд.

Стоит отметить, что Закон о банкротстве требует от руководителя направить информацию о возникновении *признаков банкротства* лицам, имеющим право инициировать созыв внеочередного общего собрания акционеров (участников), в течение 10 дней с даты, когда ему стало или должно было стать известно об их возникновении (п. 1 ст. 30 Закона). В связи с этим вызывает, однако, вопросы соотношение данной обязанности руководителя с его собственной обязанностью обратиться в суд не при возникновении признаков банкротства, а гораздо раньше — при возникновении одного из обстоятельств, названных в ст. 9, в состоянии лишь предвидения банкротства. Согласно Закону, обязанность руководителя обратиться в суд с заявлением о банкротстве предшествует обязанности направить заинтересованным лицам уведомление о наличии признаков банкротства. Стоит ли направлять уведомление лицам, **уполномоченным на созыв общего собрания**, когда ключевой вопрос к этому моменту уже, по сути, должен быть решен единолично руководителем?

На наш взгляд, столь нелогичный расклад по срокам является следствием отсутствия базовой регламентации стадий предбанкротного периода и неосознания отличий между возникновением признаков банкротства, закрепленных в ст. 3 Закона, и возникновением финансовых затруднений, влекущих то самое предвидение банкротства. Цели и задачи каждого из правомерно заинтересованных лиц на каждом из этих этапах должны быть реализуемы, в то время как в настоящий момент имеет место лишь набор бессистемных обязанностей, подкрепленных *местами* довольно жесткими санкциями, в иных случаях декларативными. Так, нарушение обязанности по направлению уведомления о возникновении признаков банкротства не влечет правовых последствий ни для движения возбужденного впоследствии дела о банкротстве, ни для самого руководителя¹⁶. По-

¹⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 18.07.2003 № 14-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 35 Федерального закона «Об акционерных обществах», статей 61 и 99 Гражданского кодекса Российской Федерации, статьи 31 Налогового кодекса Российской Федерации и статьи 14 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданина А.Б. Борисова, ЗАО «Медиа-Мост» и ЗАО «Московская Независимая Вещательная Корпорация» // СПС Консультант Плюс.

¹⁵ Периодически в литературе подчеркивается указание в п. 2 ст. 10 и на ответственность лиц, обязанных принимать решение о подаче заявления. См., напр.: Комментарий к Федеральному закону от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) / под ред. Е.А. Рыбасовой. М., 2011. С. 37.

¹⁶ В науке существует мнение, что неисполнение данной обязанности должно влечь, как минимум, привлечение к ответственности в форме возмещения убытков на основании пункта 1 ст. 10 Закона о

лагаем, что следует закрепить обязанность руководителя направить официальное уведомление указанным лицам именно при возникновении обстоятельств, указанных в ст. 9 Закона, для решения вопроса о возможности принять реабилитационные меры или подать заявление о банкротстве.

При этом, учитывая сроки проведения корпоративных процедур, не совсем справедливо ограничивать руководителя «кратчайшим сроком». Если закон устанавливает возможность мер по восстановлению платежеспособности организации, необходимо предоставить лицам, имеющим возможность их принять, временное пространство, в пределах которого не обращение в суд с заявлением о банкротстве не будет квалифицировано как противоправное бездействие. Полагаем также, что ответственность перед кредиторами за противоправное уклонение от обращения в суд в определенных случаях может быть солидарной, если доказано, что в отношении руководителя имело место давление учредителей / коллегиального органа управления.

Ограничения на распределение прибыли: соотношение норм корпоративного законодательства и законодательства о банкротстве

Возникновение у хозяйствующего субъекта собственно признаков банкротства, установленных ст.3 Закона о банкротстве, влечет определенные ограничения и позитивные обязанности, которые также могут отразиться на стабильности корпоративных отношений в организации.

В первую очередь отметим, что наличие признаков банкротства у хозяйственного общества как у эмитента относится к существенным фактам, требующим раскрытия. Данная обязанность закреплена в ст. 30 Федерального закона «О рынке ценных бумаг»¹⁷, а также в п.12.7.9 Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг № 454-П, утвержденного Банком России 30.12.2014¹⁸.

Далее, при наличии признаков банкротства действуют ограничения на принятие ряда корпоративных решений. Так, акционерное общество не вправе принимать решение об уменьшении уставного капитала (п. 4 ст. 29 Закона об акционерных обществах), а также не вправе выплачивать денежные средства и (или) отчуждать эмиссионные ценные бумаги на основании уже принятого решения об уменьшении уставного капитала (п. 5 ст. 29 Закона об акционерных обществах).

Помимо этого общество не вправе принимать решение о выплате дивидендов, равно как и выплачивать уже объявленные дивиденды по акциям, если на день выплаты общество отвечает признакам банкротства или если есть основания прогнозировать, что эти признаки появятся у общества в результате выплаты дивидендов (ст. 43 Закона об акционерных обществах). Даная ситуация характеризуется отсутствием уверенного понимания того, как необходимо трактовать признаки банкротства для целей применения данного ограничения: не во всех случаях суды ориентируются на содержание признаков банкротства в строгом смысле ст. 3 Закона о банкротстве.

Так, в постановлении ФАС Московского округа от 28.05.2014 № Ф05-4536/14¹⁹ отвергается довод акционерного общества «Московский газоперерабатывающий завод» о наличии основания для невозможности выплаты объявленных дивидендов, поскольку суд ис-

банкротстве. См., напр.: Кузнецов С.А. Основные проблемы правового института несостоятельности (банкротства). М., 2015. С. 42; Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Витрянского. М., 2004. С. 226.

¹⁷ Федеральный закон от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1918.

¹⁸ Положение о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг (утв. Банком России 30.12.2014 № 454-П) // Вестник Банка России. 2015. № 18–19.

¹⁹ Постановление ФАС Московского округа от 28.05.2014 № Ф05-4536/14 по делу № А41-42062/13.

ходил из наличия у общества чистой прибыли по итогам деятельности за 2009 год, которая в силу прямого указания закона является источником для выплаты дивидендов. «Вывод суда основан на том, что всю имеющуюся задолженность ответчик обслуживает за счет текущих доходов от производственной деятельности на протяжении нескольких лет, при этом деятельность ОАО «Московский газоперерабатывающий завод» не является убыточной». Если обратиться к постановлению суда апелляционной инстанции по данному делу²⁰, то можно увидеть, что по данным документального анализа финансового состояния судом не установлено наличие просроченной задолженности на момент предъявления иска (при том, что информация о состоянии дел общества на момент рассмотрения дела признается невыясненной). Но далее в качестве ключевого вывода предложено следующее утверждение: «Наличие кредиторской задолженности даже в существенном объеме не доказывает отсутствие у Ответчика денежных средств и иных фактических источников для выплаты дивидендов в настоящее время. Таким образом, в целях квалификации несостоятельности Ответчика не имеет самостоятельного правового значения наличие формальных признаков, установленных п. 2 ст. 3, п. 2 и 3 ст. 6 Закона о несостоятельности (банкротстве), без исследования реального финансового состояния Ответчика».

Данный вывод является спорным, поскольку самостоятельная регламентация признаков банкротства, актуальная для целей применения ограничения на выплату дивидендов, на уровне Закона об акционерных обществах отсутствует, и о формальном основании для квалификации ссылки на ст. 3 Закона о банкротстве в качестве неверного толкования ст. 43 Закона об акционерных обществах вряд ли можно уверенно говорить. По сути, суд апеллирует к названным выше «экономическим» признакам предбанкротного состояния, строящимся на таких показателях как наличие источников выплаты денежных средств, возможность рассчитываться с требованиями, отсутствие убыточности деятельности и т.д. В аналогичных судебных делах встречаются выводы о том, что «само по себе наличие непогашенной задолженности общества с просрочкой оплаты более трех месяцев не может свидетельствовать об отсутствии возможности выплатить дивиденды»²¹.

В свою очередь, для оценки платежеспособности хозяйствующего субъекта, допустившего просрочку задолженности, достаточную для обращения кредитора в суд, существует процедура наблюдения, в рамках которой и надлежит анализировать финансовое состояние должника и приходиться к заключению, способен ли он погасить имеющуюся задолженность за счет собственных ресурсов, т.е. по сути, являлась ли просрочка результатом неблагоприятного стечения обстоятельств, а не внутренних проблем. Основанием же для возбуждения дела является наличие собственно признаков банкротства. Безусловно, имеет право на существование позиция, согласно которой для целей оценки возможности выплатить дивиденды правильным является ориентирование именно на данные анализа финансового состояния должника²², а не на наличие просроченной задолженности как признака несостоятельности по ст. 3 Закона о банкротстве. Однако в случае разделения данной позиции законодателем необходимо рассмотреть вопрос о внесении уточнения в ст. 43 Закона об акционерных обществах (равно как и в актуальные для данного же вопроса нормы законов, регулирующих деятельность иных хозяй-

²⁰ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 04.02.2014 по делу № А41-42062/13 // СПС Консультант Плюс.

²¹ Постановление ФАС Уральского округа от 06.09.2012 № Ф09-7957/12 по делу № А50-10020/11 // СПС Консультант Плюс.

²² Аналогичная судебная практика: Постановление ФАС Дальневосточного округа от 21.05.2013 № Ф03-1472/2013 по делу № А51-8801/2012 // СПС Консультант Плюс; Постановление ФАС Поволжского округа от 06.11.2013 по делу № А55-4477/2013 // СПС Консультант Плюс.

ствующих субъектов), разработке самостоятельных терминов и установлении специальных оснований для соответствующих правовых последствий. До тех же пор, пока норма отсылает к признакам банкротства, четко установленным действующим законодательством о несостоятельности, едва ли имеются основания для более пространный толкования. Неопределенность основания для отказа в выплате дивидендов создает почву для конфликтов, выливающихся в обращения акционеров в суд, как в рассмотренных примерах, либо с требованием о выплате объявленных дивидендов, либо с требованием о признании недействительным общего собрания, принявшего решение о распределении прибыли в условиях нестабильного финансового состояния.

Выкуп и приобретение акций (долей), принадлежащих участникам: возможности ограничения

В течение предбанкротного периода общество также не может реализовать право на приобретение размещенных им акций на основании п. 1 и 2 ст. 72 Закона об акционерных обществах: прямой запрет на такое приобретение при наличии признаков несостоятельности (или возникновения угрозы их образования в результате приобретения акций) закреплен в ст. 73 этого Закона.

Следует отметить, что данное ограничение, исходящее из буквального толкования норм Закона об акционерных обществах, не распространяется на случаи принудительного выкупа акционерным обществом принадлежащих акционеру акций (всех или части) по его требованию на основаниях, предусмотренных ст. 75 Закона. К таким основаниям относятся: принятие решения о реорганизации общества; одобрение общим собранием решения о совершении крупной сделки; принятие решения о внесении изменений и дополнений в устав общества или об утверждении устава общества в новой редакции при условии ограничения прав данного акционера таким решением; принятие решения о прекращении статуса публичного общества²³. Во всех названных случаях заявление требования возможно, если акционер голосовал против решения или не принимал участия в голосовании²⁴.

Учитывая, что Закон четко разделяет понятия «приобретение» и «выкуп» акций (в первом случае, согласно ст. 72 Закона, речь идет о праве общества, во втором, на основании ст. 75 — о безусловной обязанности, которая включает заблаговременное информирование акционеров о наличии у них права требовать выкупа акций при включении в повестку дня любого из вышеперечисленных вопросов), ограничения на приобретение акций в преддверии банкротства по ст. 73 невозможно толковать расширительно и включать в сферу их действия ситуацию выкупа акций по требованию акционера. Нельзя не отметить, что едва ли защищаемый ст. 73 интерес кредиторов не страдает при исполнении обществом своей обязанности выкупа акций по рыночной стоимости на основании ст. 75. Закон не ограничивает права акционеров требовать выкупа, если в преддверии банкротства на общем собрании принимается, например, решение о ре-

²³ Решение о внесении в устав публичного общества изменений, исключающих указание на то, что общество является публичным, принимается одновременно с решением об обращении общества в Банк России с заявлением об освобождении его от обязанности раскрывать информацию, предусмотренную законодательством РФ о ценных бумагах, и решением об обращении с заявлением о делистинге акций и эмиссионных ценных бумаг, конвертируемых в акции. Такие решения принимаются в рамках одного вопроса повестки дня общего собрания акционеров (п. 3 ст. 72 Закона об акционерных обществах).

²⁴ Помимо этого, акционеры непубличного акционерного общества, владеющие привилегированными акциями, предусмотренными п. 6 ст. 32 Закона, вправе требовать выкупа таких привилегированных акций в случае принятия общим собранием акционеров решений по вопросам, предусмотренным уставом общества, если они также голосовали против принятия соответствующего решения или не принимали участия в голосовании (п. 1.1 ст. 75 Закона об акционерных обществах).

организации или об одобрении крупной сделки, равно как и не запрещает обществу произвести такой выплаты. Вместе с тем, важно помнить о таком инструменте защиты интересов кредиторов, как оспаривание сделки, совершенной в преддверии банкротства, подпадающей под признаки подозрительной²⁵ (ст. 61.2 Закона о банкротстве): подозрительной при установленной совокупности обстоятельств может быть признана как сама одобряемая сделка, так и реализация акционером права на выкуп акций.

Между тем, в отличие от акционерного общества, общество с ограниченной ответственностью не вправе выплачивать действительную стоимость доли или части доли в уставном капитале общества либо выдавать в натуре имущество такой же стоимости, если оно отвечает признакам несостоятельности, либо в результате этих действий у общества такие признаки появятся, в силу прямого запрета, установленного ст. 23 Закона об обществах с ограниченной ответственностью²⁶. Данный запрет охватывает, в том числе и ситуацию, идентичную вышеописанной в акционерном обществе: участник общества с ограниченной ответственностью вправе требовать приобретения обществом его доли в случае принятия общим собранием участников общества решения о совершении крупной сделки или об увеличении уставного капитала за счет дополнительных вкладов его участников и вкладов третьих лиц, принимаемых в общество.

Таким образом, применительно к обществам с ограниченной ответственностью Закон четко определяет приоритет защиты интересов кредиторов. Формально участники ООО не ограничены в праве требовать приобретения обществом их доли, однако общество, несмотря на возникновение такой обязанности, не вправе ее исполнить путем произведения выплаты участнику действительной стоимости его доли²⁷. Данное требование участника в случае дальнейшего признания общества банкротом может быть удовлетворено только после расчетов с кредиторами всех очередей²⁸. В отношении акционера в силу отсутствия такого ограничения общество обязано удовлетворить требование, несмотря на наличие признаков банкротства, однако Закон устанавливает ограничение объема производимых выплат. Согласно п. 5 ст. 77 Закона об акционерных обществах, «общая сумма средств, направляемых обществом на выкуп акций, не может превышать 10% стоимости чистых активов общества на дату принятия решения, которое повлекло возникновение у акционеров права требовать выкупа обществом принадлежащих им акций. Если общее количество акций, в отношении которых заявлены требования

²⁵ Карелина С.А. Подозрительные сделки в процессе несостоятельности (банкротства): правовые проблемы оспаривания // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 22–26.

²⁶ Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

²⁷ Помимо этого, закон устанавливает, что в случаях, когда выплата действительной стоимости доли по указанным причинам невозможна, общество на основании заявления в письменной форме, поданного не позднее чем в течение трех месяцев со дня истечения срока выплаты действительной стоимости доли лицом, доля которого перешла к обществу, обязано восстановить его как участника общества и передать ему соответствующую долю в уставном капитале общества. В свою очередь, данное правило не применяется в отношении обращения с требованием о выплате доли исключенному участнику, что критикуется исследователями, полагающими, что оставлять такого участника без средств защиты является не вполне справедливым. См.: Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. С. 65.

²⁸ При этом суды не отрицают как таковое право участника требовать выплаты действительной стоимости доли, указывая, что наличие у общества признаков банкротства влияют только на срок исполнения данного требования (см., напр.: Постановление ФАС Московского округа от 10.10.2012 по делу № А41-30500/11). Вместе с тем, очевидно, что с наибольшей вероятностью участник вряд ли сможет претендовать на удовлетворение своего требования, если общество будет признано несостоятельным, ввиду того, что его требование является послеочередным.

о выкупе, превышает количество акций, которое может быть выкуплено обществом с учетом установленного выше ограничения, акции выкупаются у акционеров пропорционально заявленным требованиям». В отношении выплаты действительной стоимости доли в ООО ограничений по предельному размеру выплаты не предусматривается, что объясняет наличие императивного запрета на выплату действительной стоимости доли в принципе, если имеются признаки банкротства, в отличие от акционерного общества. Однако и снижение стоимости чистых активов по сравнению с уставным капиталом и резервным фондом формально не является ограничением удовлетворения требований акционеров.

Таким образом, общество принимает на себя риски, планируя при наличии финансовых трудностей рассмотрение на общем собрании вопросов, положительное решение по которым является основанием для предъявления требования, между тем решение о реорганизации или одобрение сделки может быть предложено менеджментом именно для оптимизации финансовой ситуации общества. При возбуждении дела о банкротстве запреты в рамках процедуры наблюдения накладываются на любые решения о выходе из состава учредителей (участников) должника и о приобретении у акционеров ранее размещенных акций (п. 3 ст. 64 Закона о банкротстве) независимо от вида общества, равно как и на большинство инициативных мероприятий, таких, как реорганизация, создание юридических лиц, участие в предпринимательских объединениях. В связи с чем, разумеется, общество может быть нацелено на использование возможностей по проведению реструктуризации, пока наиболее эффективные способы являются доступными в силу отсутствия прямых нормативных ограничений.

Следует отметить позиции Научно-консультативного совета по вопросам применения норм корпоративного законодательства и норм законодательства о несостоятельности (банкротстве) ФАС Поволжского округа, согласно которой, если имеется вступившее в законную силу судебное решение о выплате участнику общества с ограниченной ответственностью его доли, то оно подлежит исполнению независимо от того, появятся ли у общества признаки банкротства в результате исполнения исполнительного листа, выданного арбитражным судом²⁹. Уточним также, что данное разъяснение было дано в ответ на вопрос, прежде всего о том, каковы должны быть действия общества в данной ситуации, если признаки банкротства уже имеются, и рискнем уточнить, что вывод распространяется и на эту ситуацию в равной степени. К правилам п. 8 ст. 23 Закона об ООО Научно-консультативный совет призывает обращаться как к определяющим права и обязанности общества по выплате действительной стоимости доли в уставном капитале при отсутствии решения арбитражного суда.

Вне всякого сомнения, необходимость исполнения судебного решения не может ставиться под сомнение ни в одном случае. Если в процедуре наблюдения официально приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям, поэтому стоимость доли не может быть выплачена, то до момента возбуждения дела о банкротстве любое решение суда, разумеется, подлежит исполнению. Однако необходимо принимать во внимание следующее. Прежде всего в ситуации, когда обязанность общества возникает не «просто» на основании законного требования участ-

²⁹ Федеральный арбитражный суд Поволжского округа, Федеральный арбитражный суд Волго-Вятского округа. Рекомендации Научно-консультативного совета по вопросам применения норм корпоративного законодательства и норм законодательства о несостоятельности (банкротстве) (утв. Президиумом Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 26.04.2010; выработаны по итогам совместного заседания Научно-консультативных советов при Федеральном арбитражном суде Поволжского округа и Федеральном арбитражном суде Волго-Вятского округа 25.03.2010 в Казани) // СПС КонсультантПлюс.

ника о выплате действительной стоимости доли, а на основании судебного решения, подтверждающего законность такого требования, изъятие из сферы нормативного запрета должно быть регламентировано точно также на нормативном уровне во избежание создания ситуации неравенства требований.

Возвращаясь к вопросам выплаты объявленных дивидендов, отметим, что Закон об акционерных обществах четко устанавливает, что право на получение дивиденда сохраняется за акционером и при возникновении признаков банкротства, однако обязанность по выплате «замораживается» вплоть до устранения препятствующих тому обстоятельств, а затем ее действие возобновляется. В данном случае речь не идет о наличии исполнительного листа, необходимо подчеркнуть лишь тот факт, что законодательство знает случаи, когда в силу препятствующих обстоятельств исполнение обязанности должно быть приостановлено до их исчерпания. Принимая во внимание цели закрепления запрета на совершение определенных выплат (будь то дивиденды или требуемая участником стоимость доли) — недопустимость удовлетворения требования акционера (участника) ранее требований кредиторов в ситуации, когда уже имеются признаки банкротства, представляется не вполне логичным подразделять требования участников на подтвержденные и не подтвержденные решением суда. Разумеется, требования, подтвержденные судебным решением, возникли раньше, и суд, принимая решение, исходит из отсутствия на данный момент у общества признаков банкротства (или иных обстоятельств, препятствующих осуществлению выплаты). Однако интересы кредиторов нарушает сам факт произведения выплаты в преддверии банкротства.

Считаем необходимым для оптимизации корпоративных отношений в обществе, находящемся в затруднительном финансовом положении, внести уточнения в части сферы установленного запрета, во избежание возникновения дополнительных корпоративных конфликтов, усугубляющих ситуацию хозяйствующего субъекта, а также возможных злоупотреблений со стороны участников, осознающих заблаговременно возникновение признаков банкротства у общества в недалеком будущем или даже способствующих их возникновению. Как неоднократно подчеркивалось исследователями, «участники, не желая терять вложенные в общество средства, стремятся своим выходом из общества прикрыть вывод активов и денежных средств посредством получения действительной стоимости доли в уставном капитале проблемного общества»³⁰. Соответственно, недобросовестный участник, заранее планирующий вывод активов при наличии корпоративного конфликта, может заблаговременно озаботиться и вопросом требования выплаты своей доли через суд. Важный вопрос заключается в том, будет ли возможно оспорить сделку как подозрительную по правилам главы 3.1 Закона о банкротстве, если право участника на выплату ему стоимости доли подтверждено решением суда.

Выводы

Проанализировав современное состояние нормативно-правовых актов, регулирующих права и обязанности участников корпоративных отношений в ситуации, когда дело о банкротстве еще не инициировано, но факт возможности его возбуждения в недалеком будущем уже имеет правовое значение, мы приходим к выводу о недостаточной согласованности норм законодательства о банкротстве с нормами, регулирующими деятельность хозяйственных обществ и также устанавливающими правовые последствия нахождения общества на предбанкротной стадии. Учитывая, что меры по предупреждению банкротства также не регламентированы на нормативном уровне с точки

³⁰ Гусев И. Риски выхода до банкротства // ЭЖ-Юрист. 2015. № 50. С. 11.

рения содержания и порядка осуществления, а между тем, данные меры реализуются в рамках корпоративных отношений вне судебного контроля, большинство этих мер заинтересованные субъекты вынуждены принимать на свой риск, учитывая достаточно серьезные санкции для тех, кто окажется в положении лиц, ответственных за непрофессиональные действия в преддверии банкротства должника. Для оптимизации правового положения каждого из участников корпоративных отношений в данной ситуации необходима дополнительная регламентация управления организацией на каждом этапе предбанкротного периода и налагаемых в рамках данного периода ограничений.



Библиография

- Борисов А.Н. Комментарий к Федеральному закону от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». М.: Деловой двор, 2014. 944 с.
- Гусев И. Риски выхода до банкротства // ЭЖ-Юрист. 2015. № 50. С. 11.
- Жарковская Е.П., Бродский Б.Е., Бродский И.Б. Антикризисное управление: учебник. 7-е изд.. М.: Омега-Л, 2011. 467 с.
- Жукова Ю.Д. Основания привлечения руководителя должника к субсидиарной ответственности за обращение в суд с заявлением о банкротстве: анализ тенденций арбитражной практики // Вестник арбитражной практики. 2015. № 4. С. 37–50.
- Ивасенко А.Г., Никонова Я.И., Каркавин М.В. Антикризисное управление. М.: Кнорус, 2013. 504 с.
- Карелина С.А. Механизм правового регулирования отношений несостоятельности. М.: Волтерс Клувер, 2008. 568 с.
- Карелина С.А. Подозрительные сделки в процессе несостоятельности (банкротства): правовые проблемы оспаривания // Предпринимательское право. 2012. № 4. С. 22–26.
- Комментарий к Федеральному закону от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный) / Е.Н. Абрамова, Т.М. Жукова, А.А. Кирилловых и др.; под ред. Е.А. Рыбасовой. М.: Юстицинформ, 2011. 624 с.
- Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. 141 с.
- Кузнецов С.А. Основные проблемы правового института несостоятельности (банкротства): монография. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 304 с.
- Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2003. 1037 с.
- Несостоятельность (банкротство): научно-практический комментарий новелл законодательства и практики его применения / В.В. Витрянский, В.В. Бациев, А.В. Егоров и др.; под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2010. 336 с.
- Пирогова Е.С., Курбатов А.Я. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учебник. М.: Юрайт, 2014. 292 с.
- Полондопуло В.Ф. Банкротство. Научно-практическое пособие. М.: Проспект, 2013. 432 с.
- Телюкина М.В. Основы конкурсного права. М.: Волтерс Клувер, 2004. 560 с.

Legal Issues in Corporate Governance in Pre-Bankruptcy Period



Elena Pirogova

Associate Professor, Department of Civil and Entrepreneurial Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnienskaya Str., Moscow, 101000, Russia. E-mail: Pirogova-el@yandex.ru



Yuliya Zhukova

Associate Professor, Department of Civil and Entrepreneurial Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: Julia-jukova@yandex.ru



Abstract

The article covers the peculiarities of legal regulation for shareholders' and governance bodies' of a corporation in pre-bankruptcy period including the restrictions for carrying out special corporate actions and subsidiary duties imposed on the representatives of governance bodies in this period. Whereas the term pre-bankruptcy period is quasi legal and is frequently used in economic context, authors describe separately legal consequences of anticipation of bankruptcy and consequences of appearance of formal signs of insolvency and grounds for legal action. The research contains aspects of correlation between corporate and insolvency legislation in order to reveal not sufficient legal regulation of special issues where ambiguity of contents of rights and duties of participants of corporate relations cause risks of adverse effect such as liability or invalidity of a bargain. The article introduces examples of confusion of facts reflecting legal signs of insolvency and those irrelevant to them as a result of insufficient attention to distinction between them in legal acts. The most important problems in this sphere of regulation are the following: exercising the right and carrying out the obligation to file a bankruptcy petition, uncertainty in the issue concerning a proper body responsible for making this decision, the absence of defined terms of filing the petition, ambiguity of the grounds for the refuse to pay dividends within pre-bankruptcy period and violent construction of the notion signs of insolvency for this purpose, unequal protection of the creditors' rights in case of restriction of shareholders' rights to demand acquisition of their shares by the corporation. An important task of the legislator is considering specifics of corporate relations during the pre-bankruptcy period and providing guarantees of inadmissibility of bearing risks of violent construction of legal provisions by any participants of these relations.



Keywords

anticipation of bankruptcy, signs of insolvency, subsidiary liability, bankruptcy petition, impossibility to satisfy the creditors' claims, restrictions of payment of dividends, obligatory buyout of shares, payment of real cost of share interest.

Citation: Pirogova E.S., Zhukova Yu.D. Legal Issues in Corporate Governance in Pre-Bankruptcy Period. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 70–85 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.70.85



References

Borisov A.N. (2014) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 26 oktyabrya 2002 g. № 127-FZ «O nesostoyatel'nosti (bankrotstva)»* [Commentary to the Federal Law of October 26 2002 No 127-FZ On Insolvency (Bankruptcy)]. Moscow: Delovoy dvor, 944 p. (in Russian)

Gusev I. (2015) Riski vykhoda do bankrotstva [Risks of Exit before Bankruptcy]. *EZh-Yurist*, no 50, p. 11.

Ivasenko A.G., Nikonova Ya.I., Karkavin M.V. (2013) *Antikrizisnoe upravlenie* [Crisis Management]. Moscow: Knorus, 504 p. (in Russian)

Karelina S.A. (2008) *Mekhanizm pravovogo regulirovaniya otnosheniy nesostoyatel'nosti* [Mechanism of Legal Regulation in Insolvency]. Moscow: Wolters Kluwer, 568 p. (in Russian)

Karelina S.A. (2012) Podozritel'nye sdelki v protsesse nesostoyatel'nosti (bankrotstva): pravovye problemy osparivaniya [Suspicious Transactions in Insolvency (Bankruptcy): Legal Issues of Disputing]. *Predprinimatel'skoe pravo*, no 4, pp. 22–26.

Kuznetsov A.A. (2014) *Isklyuchenie uchastnika iz obshchestva s ogranichennoy otvetstvennost'yu* [Expulsion of a Member from LLC]. Moscow: Statut, 141 p. (in Russian)

Kuznetsov S.A. (2015) *Osnovnye problemy pravovogo instituta nesostoyatel'nosti (bankrotstva)* [Issues in the Institute of Insolvency]. Moscow: Infotropik Media, 304 p. (in Russian)

- Pirogova E.S., Kurbatov A.Ya. (2014) *Pravovoe regulirovanie nesostoyatel'nosti (bankrotstva)* [Legal Regulation of Insolvency (Bankruptcy)]. Moscow: Yurayt, 292 p. (in Russian)
- Popondopulo V.F. (2013) *Bankrotstvo. Nauchno-prakticheskoe posobie* [Bankruptcy: Academic Textbook]. Moscow: Prospekt, 432 p. (in Russian)
- Rybasova E.A. (ed.) (2011) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu ot 26.10.2002 № 127-FZ «O nesostoyatel'nosti (bankrotstve)»* [Commentary to the Federal Law of 26 October 2002 no 127-FZ On Insolvency (Bankruptcy)]. Moscow: Yustitsinform, 624 p. (in Russian)
- Telyukina M.V. (2004) *Osnovy konkursnogo prava* [Fundamentals of Competition Law]. Moscow: Wolters Kluwer, 560 p. (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (ed.) (2010) *Nesostoyatel'nost' (bankrotstvo): nauchno-prakticheskiy kommentariy novell zakonodatel'stva i praktiki ego primeneniya* [Insolvency (Bankruptcy): Commentary to Recent Legislation and its Implementation]. Moscow: Statut, 336 p. (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (ed.) (2003) *Nauchno-prakticheskiy kommentariy k Federal'nomu zakonu «O nesostoyatel'nosti (bankrotstve)»* [Commentary to the Federal Law on Insolvency (Bankruptcy)]. Moscow: Statut, 1037 p. (in Russian)
- Zharkovskaya E.P., Brodskiy B.E., Brodskiy I.B. (2013) *Antikrizisnoe upravlenie* [Crisis Management]. Moscow: Omega-L, 467 p. (in Russian)
- Zhukova Yu.D. (2015) *Osnovaniya privlecheniya rukovoditelya dolzhnika k subsidiarnoy otvetstvennosti za neobrashchenie v sud s zayavleniem o bankrotstve: analiz tendentsiy arbitrazhnoy praktiki* [Grounds for Drawing the Head of a Debtor Enterprise to Subsidiary Liability: Trends in Arbitrage Practice]. *Vestnik arbitrazhnoy praktiki*, no 4, pp. 37–50.

Вопросы квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации



А.А. Энгельгардт

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



Аннотация

Статья посвящена отдельным вопросам квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации. Автор делает вывод, что эту сферу как объективный признак состава рассматриваемого преступления образуют те области, где практическую деятельность (фактические и юридические действия) составляет функционирование электронных платежных систем, в которых дистанционно совершаются операции с использованием банковских карт, безналичных денег и т.п. Не выходя за пределы этой сферы, виновный может приобрести противоправную имущественную выгоду (приобрести отношение к имуществу как к своему) в виде безналичных денег, бездокументарных ценных бумаг, иного права на имущество. Об этом свидетельствует приводимая в статье обширная судебная практика. Совершение хищения наличных денег, иных материальных предметов, как правило, «заставляет» на каком-то этапе исполнения операции в сфере компьютерной информации сочетать с действиями вне информационной среды: изготовлением поддельных доверенностей, обманным получением дубликатов сим-карт, изъятием наличных денежных средств и др. В условиях, когда уголовная ответственность за хищения дифференцируется в зависимости от его способов (форм), эти обстоятельства могут привести к конкуренции при правовой оценке содеянного. Предлагается исходить из следующих соображений. Новые запреты включаются в существующую, сложившуюся за долгие годы систему. Действия, которые всегда оценивались как кража или иное хищение, не могут поменять своей природы в связи с их выполнением в части указанным в ст. 159.6 УК РФ способом. Например, если посредством совершения операций в сфере компьютерной информации субъект еще не получил господства над объектом посягательства, и для получения возможности реально распоряжаться и пользоваться им он должен тайно изъять имущество, это будет уже кража. Таким образом, в круг деяний, квалифицируемых по статье 159.6 УК РФ, нужно ввести лишь те, когда для завершения преступления не требуется наряду с указанными в статье действиями в сфере компьютерной информации совершение иных действий, оцениваемых как способ изъятия (обособления или удержания) предмета, присущего иной форме хищения. Судебная практика пока не дает явных, да даже неявных оснований для выводов, что данный подход принят по существу.



Ключевые слова

уголовный запрет, общая и специальная нормы, преступление, уголовная ответственность, предмет преступления, компьютерная информация, мошенничество, толкование уголовно-правовых норм.

Библиографическое описание: Энгельгардт А.А. Вопросы квалификации мошенничества в сфере компьютерной информации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 86–95.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.86.95

По природе вещей технологии создаются для того, чтобы приносить пользу, но ими нередко злоупотребляют. На то, что их развитие проявилось в новых способах хищения чужого имущества или приобретения права на чужое имущество, требуя в современных условиях со стороны государства установления адекватных уголовно-правовых мер, обращено внимание в Пояснительной записке к проекту федерального закона о внесении в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество¹.

Так же, как преступления в сфере компьютерной информации (гл. 28 УК РФ), предусмотренное ст. 159.6 УК РФ деяние связано с описанными в законе нарушениями в области информационных и коммуникационных технологий, использующих компьютерную информацию. Состав установлен, но заслуживает отдельного исследования имеющая практически-правовое значение проблема должной определенности объективных признаков уголовно-правового предписания ст. 159.6 УК РФ². Несмотря на казуистичный характер описания деяния, некоторые его характеристики, связанные с содержанием, границами проявления и др., представляют сложность для толкования и могут зависеть от точки зрения конкретного правоприменителя.

В частности, установленный ст. 159.6 УК РФ запрет связан с криминообразующим признаком совершения преступления «в сфере компьютерной информации». Что указывается этим признаком в данном случае? Если взглянуть на него с точки зрения теории состава преступления, по всей видимости, законодатель указывает на обстановку, в которой реализуются используемые при этом субъектом способы и средства совершения преступления. В пользу такой трактовки уголовного закона говорит системное прочтение ч. 5 ст. 159, ст. 159.1 и 159.5–159.6 УК РФ³.

Сферу компьютерной информации как объективный признак состава рассматриваемого преступления при такой трактовке образуют те области, где практическую деятельность (фактические и юридические действия) составляет функционирование электронных платежных систем, в которых дистанционно совершаются операции с использованием банковских карт, безналичных денег и т.п. Для совершения данных операций без участия человека компьютерная информация может быть введена (установлена), иным образом обработана в электронной памяти не только компьютера, но и технических устройств, которые по своему характеру способны выполнять функции приема, переработки, хранения, передачи и выдачи информации в электронном виде (прим. 1 к ст. 272 УК РФ). К числу таких устройств могут относиться, например, смартфоны, мобильные телефоны, POS-терминалы, платежные терминалы (в том числе банкоматы, вендинговые аппараты), контрольно-кассовые машины. В имеющихся публи-

¹ Цит. по: Отзыв кафедры уголовного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова о проекте федерального закона о внесении в УК РФ дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество // <http://www.iuaj.net/node/1169> (дата обращения: 4.10.2016). В дальнейшем, если в ссылке не приведены страницы использованного издания, ссылка сделана на электронные базы данных (КонсультантПлюс, Гарант).

² Определенность уголовного закона сформулирована А.Э. Жалинским как такое соответствие его текста воле законодателя, которое позволяет различным субъектам правоприменения, действуя в различных ситуациях, неоднократно: а) получать на основе толкования текста закона однородные описания этой воли; б) отделять установленные законодателем пределы судебного усмотрения от неясности и неопределенности предписаний закона и возможных нелегитимных произвольных правоприменительных решений. См.: Жалинский А.Э. Уголовно-экономическое право: проблематика определенности закона (российские и немецкие взгляды) / Избранные труды: в 4 т. Т. 2. М., 2015. С. 318.

³ Есаков Г.А. Уголовный закон и предприниматели: достижения и просчеты / Уголовное право и современность: сборник научных статей. Вып. 5. М., 2014. С. 111.

кациях судебных приговоров по данной группе дел отсутствуют ссылки на какие-либо ограничения по их видам, хотя далеко не все из перечисленных устройств упомянуты.

Непосредственно из предшествующего изложения проистекает слабая сторона признака: указание на сферу компьютерной информации как область, где совершается преступное деяние, не показывает пределы действия комментируемой статьи так, чтобы это позволило надежно разграничить деяние со смежными преступлениями. Не пытаясь здесь решить все связанные с этим вопросы, попробуем высказать определенные рекомендации, обеспечивающие «перевод» теоретических положений в практически применяемый алгоритм правовой оценки совершенного преступления⁴.

В большинстве случаев для разграничения мошенничества в сфере компьютерной информации с другими разновидностями хищений, как правило, достаточно опереться на отдельные выделенные в уголовном законе и (или) разработанные судебной практикой признаки как основания квалификации совершенного деяния. Например, в отличие от мошенничества, предусмотренного ст. 159–159.3, 159.5 УК РФ, для анализируемого преступления не характерны: обман человека и передача имущества или приобретение права на имущество с помощью потерпевшего, вызываемые им имущественные последствия являются следствием воздействия виновного на компьютерную информацию как средство совершения преступления. Указанный признак позволяет обосновать применение общей нормы о мошенничестве — ст. 159 УК РФ — в ситуации, когда держатель платежной карты посредством ввода компьютерной информации в систему «банк-онлайн» снимает деньги со своего счета, а в банк посылает электронное уведомление о похищении у него (несанкционированном списании) денежных средств, чтобы получить компенсацию. Дальнейшие операции по проверке заявления, зачислению денежных средств на счет заявителя, в том числе в сфере компьютерной информации, совершают уполномоченные работники банка. Вследствие того, что имущественное распоряжение о компенсации совершает под влиянием обмана работник потерпевшего банка, квалифицировать ситуацию по ст. 159.6 УК РФ нельзя⁵.

Значение других признаков, например, предмета совершаемого деяния, не столь очевидно. Компьютерные технологии в настоящее время включены во многие процессы, связанные со стоящими под защитой действующих правовых норм имущественными благами. Оставаясь в сфере компьютерной информации, можно обеспечить динамику (в частности, переход и подтверждение) вещных и обязательственных прав от одного субъекта к другому. Соответственно, при совершении мошенничества в сфере компьютерной информации и не выходя за пределы этой сферы, виновный может приобрести противоправную имущественную выгоду (приобрести отношение к имуществу как к своему) в виде безналичных денег, бездокументарных ценных бумаг, иного права на имущество. Так, при хищении безналичных денежных средств мошенничество в сфере компьютерной информации окончено с момента зачисления денег на банковский счет лица, поскольку оно получает реальную возможность распоряжаться поступившими в результате преступных действий денежными средствами по своему усмотрению. Например, осуществлять расчеты от своего имени или от имени третьих лиц, не обна-

⁴ В статье рассматриваются лишь некоторые проблемы определенности объективных признаков уголовно-правового предписания статьи 159.6 УК РФ, и лишь в порядке постановки вопроса. В частности, не затрагиваются: характеристика ввода, удаления, блокирования, модификации компьютерной информации либо иного вмешательства в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации; правила квалификации компьютерного мошенничества и преступлений, предусмотренных главой 28 УК РФ, и др.

⁵ Третьяк М. Проблемы квалификации новых способов мошенничества // Уголовное право. 2015. № 2. С. 94–98.

личивая денежных средств со счета, на который они были перечислены в результате мошенничества⁶.

Продолжая разбираться с поставленным вопросом, можно заметить, что о возможном выражении предмета мошенничества в сфере компьютерной информации в виде безналичных денежных средств — права на чужое имущество — свидетельствует обширная судебная практика. По ст. 159.6 УК РФ квалифицируются действия, состоящие, в частности, в использовании:

- подложного (от имени владельца счета) электронного платежного поручения, направляемого через систему «Банк-Клиент». С объективной стороны это предполагает проникновение помимо санкции банка в его компьютерную систему, ввод и (или) модификацию циркулирующей в ней компьютерной информации, что влечет перечисление безналичных денежных средств на счет виновного или иной счет, средствами на котором он может воспользоваться как своими;
- программы дистанционного банковского обслуживания счета, примененной для несанкционированной модификации компьютерной информации. С помощью программы виновные направляют подложное платежное поручение о перечислении денег на те счета, средствами на которых они имеют реальную возможность распорядиться в пользу виновного или других лиц;
- вредоносной компьютерной программы, обеспечивающей замену файла платежного поручения, направленного посредством электронной системы «Банк-Клиент» владельцем денег на счете в банке на файл, содержащий подложное поручение и реквизиты счета, подконтрольного уже виновному;
- банковской карты организации, дающей возможность несанкционированного удаленного доступа к управлению расчетным счетом организации и перечисления с данного счета путем вмешательства в функционирование банковских средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации денежных средств (за исключением случая хищения их в наличной форме);
- фиктивных трудовых договоров, внесения на их основе подложных сведений в табели учета рабочего времени «мертвых душ», предоставления их в электронной форме в бухгалтерию с последующим перечислением заработной платы, начисленной на фиктивно трудоустроенных лиц, на подконтрольные виновному банковские счета;
- не заблокированной или ошибочно подключенной к номеру телефона услуги «Мобильный банк», оказываемой в сфере компьютерной информации и предоставляющей право распоряжаться денежными средствами, находящимися в ЭПС или на счете владельца телефонного номера;
- кредитных карт, оформленных через электронную программу «Кредитный брокер» на физических лиц, ранее приобретавших товары в кредит. Преступники используют их личные данные, сохранившиеся в системной памяти базы торговой организации. После активирования карт деньги обналичиваются через банкомат;
- полученных путем использования вредоносных программ логинов и паролей, с помощью которых владелец счета управлял движением безналичных денежных средств, для направления в банк через сеть Интернет распоряжения о перечислении средств на подконтрольные виновному счета в другом или том же банке;
- полученных по поддельной доверенности дубликата сим-карты номера сотового телефона гражданина и информации о его банковских счетах для несанкционированного входа в компьютерную программу удаленного доступа к счетам клиентов –«Банк

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 №51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» (п.12).

Онлайн» — и направления распоряжения о перечислении средств на подконтрольный виновному счет⁷.

Во всех приведенных случаях предусмотренное ст. 159.6 УК РФ посягательство на чужое имущество, получение возможности распоряжаться им как своим собственным (свидетельствующее об окончании преступления) состоялось в форме приобретения права на чужое имущество. Обналичивание похищенных безналичных денежных средств находилось уже за пределами состава.

По позиции законодателя, выраженной в диспозиции ст. 159.6 УК РФ, предметом посягательства при компьютерном мошенничестве могут являться и вещи, например, деньги в наличной форме, электронные устройства. Позиция законодателя именно такова, а закон должен исполняться.

Подходы судебной практики к данному вопросу, несомненно, определяются позицией Пленума Верховного Суда РФ о квалификации хищения как кражи в случаях, если деяние связано с получением наличных денег из банкомата⁸. По-видимому, не нужно доказывать, что это датированное 2007 годом толкование выводилось из двух оснований: а) получение наличных денежных средств находится в пределах объективной стороны состава хищения, б) осуществляется без участия уполномоченного работника кредитной организации. Факт вмешательства при этом виновного в функционирование систем банкомата, являющихся средствами хранения и обработки компьютерной информации, в постановлении не оценивался.

После выделения в уголовном законе мошенничества в сфере компьютерной информации появились предложения о корректировке Верховным Судом РФ позиции по рассматриваемой ситуации в «пользу» нового состава, поскольку конституирующие признаки состава преступления, предусмотренного ст. 159.6 УК РФ, по своему содержанию соответствуют признакам ситуации. В этом плане показательное мнение М. Третьяк: «В связи с появлением специального состава мошенничества в сфере компьютерной информации хищение чужих денежных средств путем использования похищенной или поддельной расчетной карты, если выдача наличных денег осуществляется банкоматом, без участия в операции уполномоченного работника кредитной организации, необходимо квалифицировать не как кражу, а по статье 159.6 УК»⁹. Итак, во-первых, предложение определяется тем, что в данной норме отсутствует указание на факт воздействия непосредственно на интеллектуальную и волевую сферы собственника или иного потерпевшего посредством обмана, направленного на их побуждение к имущественному распоряжению — передаче имущества. Во-вторых, тем, что объективная сторона преступления предполагает действия в сфере компьютерной информации как причину

⁷ Добровольский В.И. Мошенничество в сфере кредитования и смежные составы преступлений: вопросы применения и разграничения ст. 159.1, 159.3 УК и иных составов преступлений // СПС КонсультантПлюс. См. также: Потанкин С.Н., Солдатов А.В., Утешева Т.Т., Данилов Д.А. Вопросы объективной стороны мошенничества в сфере компьютерной информации в судебно-следственной практике // Библиотека научных публикаций электронного периодического справочника «Система Гарант» 2015. №1; Тюнин В. «Реструктуризация» уголовного законодательства об ответственности за мошенничество // Уголовное право. 2013. №2. С. 41.

⁸ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2007 №51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» (п.13). В литературе, впрочем, отмечаются отдельные примеры менения при совершении виновным указанных действий мошенничества по статье 159 УК РФ. См.: Кассационное определение Московского городского суда от 1.08.2012 по делу №22-9940/2012. Цит. по: Третьяк М. Правила квалификации компьютерного мошенничества и преступлений, предусмотренных гл. 28 УК РФ // Уголовное право. 2014. № 4. С. 74.

⁹ Третьяк М. Указ. соч. С. 74.

причинения ущерба собственнику или иному владельцу имущества. Ситуация связана с вмешательством в функционирование программного обеспечения банкомата.

Суды стали широко применять ст. 159.6 УК РФ, когда действия виновного, начатые в сфере компьютерной информации, завершаются последующим изъятием или присвоением материальных предметов. Так, по ст. 159.6 УК РФ были осуждены П. и Е., работавшие менеджерами офиса продаж. По предварительномуговору, используя служебный компьютер, они произвели в электронных товарных накладных модификацию данных — замену артикулов дорогостоящей продукции на артикулы менее дорогой продукции. Получив таким образом возможность скрыть от учета более дорогие товары, они похитили, как сказано в приговоре, товаров на сумму 344144 руб. из офиса продаж, и обратили в свое пользование¹⁰.

Другой пример. Сотрудник компании сотовой связи Н., зная о схеме, позволяющей путем ввода и модификации данных компьютерной программы «1С» оплачивать товары по сниженной стоимости, зашел под чужим именем в указанную программу, ввел наименование товара — смартфон марки «iPhone 4S», выбрал способ оплаты (кредитной картой), указав сумму оплаты 1 (один) рубль. Затем с помощью POS-терминала совершил в сфере компьютерной информации операцию, в результате которой с банковской карты был списан 1 рубль, а модуль оплаты отразил получение платы на полную стоимость смартфона, который Н. похитил¹¹.

В литературе предлагаются и иные ситуации, когда деяние, связанное с получением в итоге наличных денежных средств, заслуживает квалификации по ст. 159.6 УК РФ. Например, руководитель организации после оформления фиктивных платежных документов посредством электронной платежной системы переведет денежные средства на расчетный счет другой организации, руководитель которой обналичит эти средства и передаст руководителю первой организации, оставив себе небольшое вознаграждение за «услугу»¹².

В приведенных случаях и примерах виновными использовался соответствующий способ действия — ввод, удаление, блокирование, модификация компьютерной информации либо иное вмешательство в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей. Признак совершения действий в сфере компьютерной информации стал определяющим фактором квалификации хищений по ст. 159.6 УК РФ. Обоснованность такого подхода как универсального вызывает сомнение. В частности:

- если на каком-то этапе исполнения деяния операции в сфере компьютерной информации сочетаются с действиями вне информационной среды: изготовлением поддельных доверенностей, обманном получением дубликатов сим-карты др.;
- этот аргумент кажется недостаточным и тогда, когда модификация компьютерной информации приводит к возможности получения виновным имущества в виде материальных предметов, а сама реализация указанной возможности (например, изъятие и (или) обращение наличных денежных средств в пользу виновного или других лиц) входит в объективную сторону деяния, как в известном примере с банкоматом.

В условиях, когда уголовная ответственность за хищения дифференцируется в зависимости от его способов (форм), эти обстоятельства могут привести к конкуренции при правовой оценке содеянного. Даже тщательная оценка всех обстоятельств отдель-

¹⁰ Приговор Пресненского районного суда Москвы 2013 г. Уголовное дело №1-176/2013 / Судебные решения РФ // bsr/case/6511205 (дата обращения: 5.10.2016)

¹¹ Приговор Самарского районного суда Самары 2014 г. Уголовное дело №1-34/2014/Судебные решения РФ // gscourts.ru/case/23839448(дата обращения: 5.10.2016)

¹² Потанин С.Н., Солдатов А.В., Утешева Т.Т., Данилов Д.А. Указ. соч. // СПС «Гарант».

ного случая не позволит разрешить ее с должной степенью определенности. Целесообразно все же сформулировать соображения общего порядка, обеспечивающее конвенциональное применение судами норм УК РФ. Основы работы со статьями главы 21 УК РФ, получения на их основе правовой оценки отдельных видов деяний могут меняться с изменением уголовного закона. Но новые запреты включаются в существующую, сложившуюся за долгие годы систему. Уголовно-правовая информация, циркулирующая в этой системе, надежно программирует практическую деятельность адресатов. Действия, которые всегда оценивались как кража или иное хищение, не могут поменять своей природы в связи с их совершением указанным в ст. 159.6 УК РФ способом. Поэтому, на наш взгляд, необходимо ограничение круга деяний, квалифицируемых по ст. 159.6 УК РФ, по следующим основаниям:

- проникновение (вход) в информационную среду, действия в сфере компьютерной информации могут быть совершены только для того, чтобы облегчить доступ к чужому имуществу, облегчить совершение и (или) сокрытия преступления. Тогда ввод, удаление, блокирование, модификация компьютерной информации либо иное вмешательство в функционирование средств хранения, обработки или передачи компьютерной информации или информационно-телекоммуникационных сетей не выступают в качестве способа хищения, и последнее не может квалифицироваться по ст. 159.6 УК РФ. В таких случаях в преступном деянии будет присутствовать какая-либо из иных форм хищения — например, кража, присвоение;

- посредством операций в сфере компьютерной информации (ее ввода, удаления, модификации, др.) субъект может еще не получить господства над объектом посягательства. Для получения возможности им распоряжаться и пользоваться он должен, в частности, либо: а) тайно изъять имущество. Это — уже кража; б) совершить действия, направленные на обращение вверенного имущества в свою пользу (например, скрыть наличие такого имущества у него путем подлога в электронных документах). Это будет присвоение.

Таким образом, в круг деяний, квалифицируемых по ст. 159.6 УК РФ, нужно ввести лишь те, когда для завершения преступления не требуется наряду с действиями в сфере компьютерной информации совершение иных действий, юридически оцениваемых как способ изъятия (обособления или удержания) предмета, присущего иной форме хищения. Судебная практика пока не дает явных, да даже неявных оснований для выводов, что данный подход принят по существу.

Как видно, масштабное изменение уголовного законодательства об ответственности за мошенничество, приведшее к появлению целого семейства специальных норм об ответственности за различные виды мошенничества, повлекло возникновение новых проблем. Любые попытки дать ответ на вопрос, стала ли уголовно-правовая защита имущественных отношений более совершенной с введением ответственности за мошенничество в сфере компьютерной информации, уже по определению являются спорными. В литературе высказываются многочисленные соображения о трудностях толкования ст. 159.6 УК РФ, о рисках снижения предсказуемости уголовно-правовых решений, возникающих в процессе применения ее предписаний. Вполне понятно желание их анализа и поиск способов преодоления связанных с ними трудностей на основе выработки надежной аргументации.

Следует продолжить исследование оснований идентичности рассматриваемого запрета как мошенничества в сфере компьютерной информации или как особого вида хищения, поскольку возникло устойчивое мнение, что новая норма «переросла» рамки ответственности за мошенничество. Различия между «старым» мошенничеством и мошенничеством в сфере компьютерной информации, вытекающие из присущих последнему особенностей, немалы. Эффективность реализации ст. 159.6 УК РФ о мошенничестве в сфере компьютерной информации в немалой степени зависит от понимания особенностей признаков объективной стороны состава, в частности, установленного в

статье специфического способа посягательства, как главного условия четкого разграничения указанных посягательств со смежными имущественными преступлениями.

Поскольку анализируемые законоположения уже реализуются, для исключения недопустимо резких поворотов практики, желательно их толкование в соответствующих практикообразующих документах.



Библиография

Добровольский В.И. Мошенничество в сфере кредитования и смежные составы преступлений: вопросы применения и разграничения ст. 159.1, 159.3 УК и иных составов преступлений. 2014//СПС КонсультантПлюс

Есаков Г.А. Уголовный закон и предприниматели: достижения и просчеты / Уголовное право и современность: сборник научных статей. Вып. 5. М.: Проспект, 2014. С.104–122.

Жалинский А.Э. Уголовно-экономическое право: проблематика определенности закона (российские и немецкие взгляды) / Жалинский А.Э. Избранные труды: в 4 т. Т.2. М.: НИУ ВШЭ, 2015. С. 317–329.

Кочои С.М. Преступления против собственности: пособие для магистрантов. М.: Проспект, 2014. 88 с.

Лопашенко Н. А. Посягательства на собственность: монография. М.: Норма, 2012. 527 с.

Лопашенко Н.А. Законодательная реформа мошенничества: вынужденные вопросы и вынужденные ответы // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. Т. 9. 2015. №3. С. 504–513.

Потапкин С.Н., Солдатов А.В., Утешева Т.Т., Данилов Д.А. Вопросы объективной стороны мошенничества в сфере компьютерной информации в судебно-следственной практике // Библиотека научных публикаций электронного периодического справочника «Система Гарант» 2015. №1.

Смолин С. Уголовно-правовая борьба с высокотехнологичными способами и средствами совершения преступлений//Уголовное право. 2014. №4. С. 62–68.

Третьяк М. Мошенничество как преступление против собственности в современном уголовном праве: курс лекций. М.: Юрлитинформ, 2014. 200 с.

Третьяк М. Проблемы квалификации новых способов мошенничества // Уголовное право. 2015. № 2. С. 94–98.

Третьяк М. Правила квалификации компьютерного мошенничества и преступлений, предусмотренных гл. 28 УК РФ // Уголовное право. 2014. № 4. С.69–74.

Тюнин В. «Реструктуризация» уголовного законодательства об ответственности за мошенничество//Уголовное право. 2013. № 2. С.35–41.

Шумихин В.Г. Седьмая форма хищения чужого имущества//Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. Вып. 2. С. 229–233.

Южин А.А. Мошенничество и его виды в российском уголовном праве: дис... канд. юрид. наук. М., 2016. 238 с.

Яни П.С. Специальные виды мошенничества. Статья шестая // Законность. 2015. №8. С. 35–40.

The Issues of Classifying Fraud in the Computer Information Area



Artur Engelgardt

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



Abstract

The article deals with the legal issues of classifying computer fraud. The author concludes that the area as a clear sign of cyber-fraud consists of the activity (physical and juridical acts) related to functioning electronic payment systems, e.g. distant financial operations involving bank cards, non-cash money etc. An offender may gain the illegal material profit (acquire illegal title to some property) in the form of bank money, book-entry securities, other property rights without going outside the bounds of the cyber-sphere. The author presents a great number of legal cases to support this thesis. At the same time, committing a theft of cash money or other material property usually requires to combining cyber-activity with some physical interactions. It may include preparation of fictitious warrants, taking out cash-money, etc. In the circumstances where the criminal liability depends on the form of illegal appropriation one can face a collision in legal treatment of criminal actions. The author draws the conclusion that there is a possibility to find out the solution to the problem. The new prohibitions of the Criminal Code should be included in the existing system of prescriptions. A theft should be treated as a theft even if it has been committed as defined in Art. 159.6 of the Criminal Code. For example, if a theft should be qualified actions of an offender who made some cyber-operations but did not get the possibility to control assessments, the thief has to make other physical actions to appropriate it. Consequently, Art. 159 of the Criminal Code covers only the actions in the cyberspace that are enough to acquire title to some property and do not require additional activity in order to appropriate (to hold back) these objects. The analysis of the court practice does not allow concluding that the law enforcer has similar views on the issue nowadays.



Keywords

criminal prohibition, common and special norms, crime, criminal liability, target of crime, computer information, fraud, interpretation of criminal rules.

Citation: Engelgardt A.A. (2016) The Issues of Classifying Fraud in the Computer Information Area. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 86–95 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.86.95



References

- Dobrovolskiy V.I. (2014) *Moshennichestvo v sfere kreditovaniya i smezhnye sostavy prestupleniy: voprosy primeneniya i razgranicheniy st. 159.1, 159.3 UK I inykh sostavov prestupleniy* [Fraud in Crediting and Correlated Components of Crime]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Esakov G.A. (2014) *Ugolovnyy zakon i predprinimateli: dostizheniya I proshchety* [Criminal Law and Entrepreneurs: Achievements and Issues]. *Ugolovnoe pravo i sovremennost'*, vyp. 5, pp. 104–122.
- Kochoi S.M. (2014) *Prestupleniya protiv sobstvennosti* [Crimes against Property. Moscow: Prospekt, 88 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (2012) *Posyagatel'stva na sobstvennost'* [Infringement of Property]. Moscow: Norma, 527 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (2015) *Zakonodatel'naya reforma moshennichestva: vyzhdenyye voprosy i vyzhdenyye otvety* [Reform in the Legislation on Fraud: Involuntary Questions and Involuntary Answers]. *Kriminologicheskyy zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava*, vol. 9, no 3, pp. 504–513.
- Potapkin S.N. et al. (2015) *Voprosy ob"ektivnoy storony moshennichestva v sfere komp'yuternoy informatsii v sudebno-sledstvennoypraktike. Biblioteka nauchnykh publikatsiy elektronnoy periodicheskogo spravochnika*, no 1, SPS Garant.
- Shumikhin V.G. (2014) *Sed'maya forma khishcheniya chuzhogo imushchestva* [Form 7 of Embezzlement of Property]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*, vyp. 2, pp. 229–233.
- Smolin S. (2014) *Ugolovno-pravovaya bor'ba s vysokotekhnologichnymi sposobami i sredstvami soversheniya prestupleniy*. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 62–68.
- Tret'yak M. (2014) *Moshennichestvo kak prestuplenie protiv sobstvennosti v sovremennom ugolovnom prave: kurs lektsiy* [Fraud as a Crime against Property in Modern Criminal Law: Lectures]. Moscow: YurLitinform, 200 p. (in Russian)

Tret'yak M. (2015) Problemy kvalifikatsii novykh sposobov moshennichestva [Issues in Classifying New Frauds]. *Ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 94–98.

Tret'yak M. (2014) Pravila kvalifikatsii komp'yuternogo moshennichestva i prestupleniy, predusmotrennykh gl. 28 UK RF [Classifying Cyber Frauds and Crimes under Chapter 28 of the RF Criminal Code]. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 69–74.

Tyunin V. (2013) «Restrukturizatsiya» ugovnogo zakonodatel'stva ob otvetstvennosti za moshennichestvo [Restructuring Criminal Law on Liability in Fraud]. *Ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 35–41.

Yani P.S. (2015) Spetsial'nye vidy moshennichestva. [Special Types of Fraud]. *Zakonnost'*, no 8, pp. 35–40.

Yuzhin A.A. (2016) *Moshennichestvo i ego vidy v rossiyskom ugovnom prave. (dis... kand. jurid. nauk.)* [Fraud and its Types in Russian Criminal Law. (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow: MGYuA. 238 p.

Zhalinskiy A.E. (2015) Ugolovno-ekonomicheskoe pravo: problematika opredelenosti zakona (rossiyskie i nemetskie vzglyady). *Izbrannye trudy*. T.2. [Criminal and Economic Law: Issues in Law (Russian and German Views) Selected Works]. Vol. 2. Moscow: HSE Publishers, pp. 317–329 (in Russian)

Квалификация посредничества в коммерческом подкупе и взяточничестве

 **Ю.А. Клименко**

старший преподаватель кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, Садовая-Кудринская ул., 9. E-mail: yuriiklim@yandex.ru

Аннотация

Статья посвящена уголовно-правовой оценке посредника при совершении коррупционных преступлений в частном и публичном секторах. Объект исследования — нормы Уголовного кодекса РФ, практика их применения Верховным Судом РФ, международно-правовые обязательства РФ по борьбе с коррупцией, а также учение о служебных преступлениях в науке уголовного права. Предмет исследования — правила квалификации посредника в преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях, а также должностных преступлениях. Выявлены вопросы, возникшие в связи с принятием Федерального закона от 03.07.2016 № 324-ФЗ: 1) оценка посредничества, не подпадающего под ст. 204.1 и 291.1 УК РФ по критерию размера; 2) значение ст. 204.2 и 291.2 УК РФ о мелком коммерческом подкупе и мелком взяточничестве для квалификации посредничества в обычном коммерческом подкупе и взяточничестве; 3) оценка посредничества в мелком коммерческом подкупе и мелком взяточничестве (на сумму не свыше 10 тыс. руб.). Исследована юридическая природа посредничества. Сделан вывод о признании посредника разновидностью пособника, предусмотренного ч. 5 ст. 33 УК РФ. Проанализированы международные стандарты криминализации посредничества во взяточничестве, в том числе закрепленные в Конвенции ОЭСР в борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок. Выявлена необходимость квалификации посредничества в незначительном размере (на сумму не свыше 25 тыс. руб.) как соучастия в коррупционном преступлении. Сформулированы рекомендации по квалификации посредничества в мелком взяточничестве и коммерческом подкупе с учетом предмета преступления, формы соучастия и направленности умысла виновного. Вопрос об объеме обвинения признан неактуальным для квалификации посредничества в мелком коммерческом подкупе. Предложены дополнения к постановлению Пленума Верховного Суда России от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях», нацеленные на толкование норм УК РФ о посредничестве.

Ключевые слова

посредничество во взяточничестве, посредничество в коммерческом подкупе, мелкое взяточничество, мелкий коммерческий подкуп, посредник, пособник, соучастие в преступлении.

Библиографическое описание: Клименко Ю.А. Квалификация посредничества в коммерческом подкупе и взяточничестве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 96–105.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.96.105

В последнее время вопросы квалификации действий посредников во взяточничестве и коммерческом подкупе приобрели актуальность, что обусловлено повышенным

вниманием законодателя к уголовно-правовым средствам противодействия преступлениям коррупционной направленности. Правила квалификации посреднических действий, сложившиеся после вступления в силу Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), подверглись первым изменениям в связи с дополнением уголовного закона нормой ст. 291.1 «Посредничество во взяточничестве»¹. Роль посредника, оценивавшаяся ранее как соучастие (пособничество) в даче или получении взятки, теперь стала рассматриваться как самостоятельное преступление, квалифицируемое по специальной норме — ст. 291.1 УК РФ.

Реформирование уголовной ответственности за посредничество возобновилось с включением в УК РФ норм ст. 204.1. «Посредничество в коммерческом подкупе», ст. 204.2. «Мелкий коммерческий подкуп» и ст. 291.2. «Мелкое взяточничество»². Преступления, предусмотренные нормами о посредничестве в коммерческом подкупе и взяточничестве (ст. 204.1 и 291.1), обладают существенным сходством; также схожи нормы о мелком подкупе и взяточничестве (ст. 204.2 и 291.2), что приводит к идентичным трудностям при квалификации и позволяет выработать единые рекомендации по их разрешению.

На наш взгляд, для применения указанных новелл необходимо сформулировать правила уголовно-правовой оценки следующих ситуаций: 1) посреднические действия, не подпадающие под признаки ст. 204.1 и 291.1 УК РФ по причине отсутствия требуемого ими значительного размера предмета преступления (25 тыс. руб.); 2) посредничество на сумму более 10 тыс. руб. (свыше величины предмета мелкого взяточничества и мелкого коммерческого подкупа), но не более 25 тыс. руб. (что исключает применение норм ст. 204.1 и 291.1); 3) посредничество в мелком коммерческом подкупе (ст. 204.2) и мелком взяточничестве (ст. 291.2), для которых УК РФ не предусматривает специальных норм о посредничестве.

Поскольку признаки предмета и объективной стороны преступлений, предусмотренных статьями 204.1 и 291.1 УК, во многом совпадают (различие между ними проводится по объекту и субъекту), исследование особенностей их квалификации целесообразно провести на примере посредничества во взяточничестве, по которому на сегодняшний день сложилась судебная практика.

Юридическая природа посредничества связана с институтом соучастия в преступлении³. Посредник — это участник формы соучастия, известной в науке под наименованием «сложное соучастие»⁴, предполагающей, в чистом ее виде, распределение ролей, т.е. наличие одного исполнителя преступления и какого-нибудь из «вспомогательных» соучастников — организатора, подстрекателя или пособника. В сущности, положения ст. 204.1 и 291.1 УК РФ представляют собой специальные нормы (частные случаи соучастия), конкурирующие с общими нормами о соучастии во взяточничестве и коммерческом подкупе. В одном из решений Верховного Суда России ст. 291.1 УК метко оха-

¹ См.: Федеральный закон от 04.05.2011 № 97-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции» // СПС КонсультантПлюс.

² См.: Федеральный закон от 03.07.2016 № 324-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. М., 1975. С. 152; Тумаркина Л.П. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 115.

⁴ См.: Уголовное право. Общая часть / под ред. А.И. Чучаева. М., 2015. С. 202.

рактирована как «предусматривающая понятие посредничества во взяточничестве, аналогичное понятию пособничества»⁵; схожая оценка этой нормы дана в доктрине⁶.

Однако в рамках ст. 204.1 и 291.1 УК РФ посредничество получило статус самостоятельного состава, искусственно изолированного от института соучастия. В результате посредник, фактически играющий роль соучастника в основном преступлении (взяточничестве или коммерческом подкупе), подлежит юридической оценке как исполнитель иного преступления — посредничества.

Объективная сторона посредничества сформулирована в ч. 1 ст. 291.1 УК РФ: «посредничество во взяточничестве, то есть непосредственная передача взятки по поручению взяткодателя или взяткополучателя либо иное содействие взяткодателю и (или) взяткополучателю в достижении либо реализации соглашения между ними о получении и даче взятки в значительном размере». Соответственно, роль посредника может выразиться в ряде функций: предоставление информации заинтересованным лицам о возможности «решить вопрос» путем дачи взятки; вступление в стговор на дачу взятки с должностным лицом-взяткополучателем; непосредственная передача предмета взятки тайным способом, обеспечивающим безопасность участников криминальной «сделки».

Согласно ч. 5 ст. 33 УК РФ, «пособником признается лицо, содействовавшее совершению преступления советами, указаниями, предоставлением информации...либо устранением препятствий». Следовательно, посредник является никем иным, как пособником в даче (получении) взятки. До принятия нормы ст. 291.1 УК РФ посредничество квалифицировалось именно как пособничество во взяточничестве, по ч. 5 ст. 33 и соответствующей части ст. 290 либо 291 УК РФ⁷.

Такую квалификацию критиковал ряд ученых, считающих, что она образует аналогию закона и противоречит принципу справедливости, поскольку посредник не подпадает под легальное определение пособника⁸. Впрочем, нам представляется более обоснованной позиция специалистов, признающих посредника именно пособником⁹, поскольку роль посредника в полной мере охватывается таким широким по объему способом пособничества, как устранение препятствий для совершения преступления.

Как уже было сказано, ответственность по ст. 204.1 и 291.1 УК РФ наступает лишь при условии, что предмет преступления составляет значительный размер — свыше 25 тыс. руб. (установлен в примечаниях к ст. 204 и 290). Это означает, что включение в УК РФ данных норм оставило открытым вопрос о квалификации посредничества в размере менее значительного.

В судебной практике посредничество в незначительном размере зачастую рассматривается как непроступное (ненаказуемое). Например, оправдав М. в связи с отсутствием в его действиях состава преступления, Президиум Тульского областного суда

⁵ См.: Кассационное определение СК по уголовным делам Верховного Суда России от 7.06.2012 № 9-О12-18 // СПС Гарант.

⁶ См.: *Саблина М.А.* Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 100.

⁷ См.: Кассационное определение СК по уголовным делам Верховного Суда РФ от 3.12. 2009 № 46-О09-94 // СПС «Гарант»; п. 4 обзора судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2011 года // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 9.

⁸ См.: *Бриллиантов А.В., Яни П.С.* Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ См.: *Еришов С.А.* Пособничество — в Особенной части УК // Законность. 2012. № 11 // СПС КонсультантПлюс.

отметил, что «согласно диспозиции части 1 статьи 291.1 УК уголовная ответственность за посредничество во взяточничестве наступает при условии, если размер взятки, получению или даче которой содействовал посредник, является значительным»¹⁰.

В науке уголовного права не сложилось единого мнения на сей счет. Одни специалисты считают, что в подобном случае посредничество должно квалифицироваться как пособничество в даче или получении взятки¹¹. Другие полагают, что при данных обстоятельствах посредничество не является преступным¹², причем по причине оплошности законодателя¹³. Обратим внимание, что сторонники второй позиции сами же констатируют неприемлемость такого решения, называя ситуацию «пробелом в регулировании уголовно-правового противодействия коррупционной преступности»¹⁴.

Мнение о ненаказуемости посредничества в незначительном размере основывается на трактовке нормы ч. 1 ст. 291.1 УК РФ как привилегированного состава преступления. По признанию ряда специалистов из второй группы¹⁵, ими используются правила квалификации, свойственные привилегированным составам убийства (ст. 106–108), конкурирующим с основным и квалифицированным составами убийства (ч. 1 и 2 ст. 105) по возрастному признаку (ответственность установлена с 16 лет и 14 лет соответственно). Об этом же свидетельствует аргументация судебных решений по делам о посредничестве.

Например, признав правильным и основанным на законе решение об оправдании Б., посредника во взяточничестве на сумму 10 тыс. руб., Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда указала, что «доводы кассационного представления о возможности квалификации действий Б. по ч. 5 ст. 33, ч. 3 ст. 290 УК РФ как пособничество в получении взятки за незаконное бездействие с назначением наказания исходя из санкции ч. 2 ст. 291.1 УК РФ не основаны на законе и противоречат общим принципам уголовного права, поскольку ч. 3 ст. 290 УК РФ является более тяжелой, чем ч. 2 ст. 291.1 УК РФ (курсив наш — Ю.К.), что само по себе исключает возможность такой переквалификации действий»¹⁶.

Примечательно, что обосновывая свою позицию, Судебная коллегия не уточнила, о каких именно принципах идет речь, и какая норма УК РФ препятствует переквалификации содеянного на более тяжкое преступление. По всей видимости, имелся в виду принцип справедливости (ст. 6 УК РФ), поскольку коллегия обратилась к сравнительной тяжести двух преступлений.

На наш взгляд, квалификация по ч. 5 ст. 33, ч. 3 ст. 290 УК РФ не нарушила бы ни одного из общих принципов уголовного права, предусмотренных в ст. 3–7 УК РФ. Приведенное судебное решение основывается на том же правиле, которое применяется к

¹⁰ См.: Постановление Президиума Тульского областного суда от 24.11.2015 № 44у-132/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См.: *Гарбатович Д.* Посредничество во взяточничестве: преобразованный вид пособничества // Уголовное право. 2011. № 5 // СПС КонсультантПлюс; *Ображиев К., Чашин К.* Криминализация посредничества во взяточничестве: поиск оптимальной модели // Уголовное право. 2013. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

¹² См.: *Талан М., Тарханов И.* Посредничество во взяточничестве в уголовном праве России // Уголовное право. 2013. № 5 // СПС КонсультантПлюс.

¹³ См.: *Яни П.С.* Новое Постановление Пленума Верховного Суда о взяточничестве // Законность. 2013. № 12 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Там же.

¹⁵ См.: *Талан М., Тарханов И.* Указ. соч. С. 105–107.

¹⁶ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 17.10.2012 № 41-О12-65СП // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2013. № 3.

привилегированным составам: отсутствие одного из второстепенных признаков привилегированного состава, не влияющего существенно на уровень его общественной опасности (например, возраста виновного), исключает квалификацию по норме об основном либо квалифицированном составе. Однако норма ч. 1 ст. 291.1 УК РФ, в отличие от норм ст. 106–108, не является привилегированной, и к ней едва ли возможен подход, сложившийся в отношении привилегированных составов убийства.

В случае совершения лицом в 14–15 лет убийства, подпадающего под все признаки норм ст. 106–108 УК РФ, за исключением возраста (16 лет), содеянное не влечет уголовной ответственности. Причина заключается в том, что иное решение вопроса, т.е. вменение такому лицу основного или квалифицированного состава убийства, повлекло бы очевидное нарушение принципа справедливости: за одно и то же деяние лицо в 14–15 лет отвечало бы суровее, чем в 16 лет (напомним, что санкция по ст. 105 УК РФ гораздо строже, чем по ст. 106–108).

Но с нормой ст. 291.1 УК РФ складывается принципиально иная ситуация. Сравним основные составы взяточничества и посредничества по уровню общественной опасности предусмотренных ими преступлений. Строгость наказания по ч. 1 ст. 291.1 УК РФ (наиболее суровое наказание составляет до четырех лет лишения свободы) превосходит наказуемость обычного соучастия в получении взятки по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 290 (наиболее суровое наказание — до трех лет лишения свободы) и в даче взятки по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 291 (наиболее суровое наказание — до двух лет лишения свободы).

Таким образом, по общему правилу квалификация посредничества по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 291 УК РФ ввиду невозможности квалификации по ч. 1 ст. 291.1 не ухудшает, а улучшает положение виновного. Подобная юридическая оценка ни в коей мере не противоречит принципу справедливости.

На наш взгляд, исследование строгости санкций показывает, что включение в ч. 1 ст. 291.1 УК РФ значительного размера предмета взятки является не оплошностью, а сознательной позицией законодателя. Только позиция эта, вопреки господствующему мнению, заключается не в том, чтобы декриминализировать посредничество в незначительном размере, а в том, чтобы дифференцировать уголовную ответственность посредника в зависимости от суммы взятки. Имелось в виду, что при незначительности предмета преступления посредник должен отвечать по более мягкой норме о соучастии во взяточничестве.

Еще одним аргументом в пользу преступности (наказуемости) посредничества в незначительном размере являются международные обязательства РФ¹⁷. Ратифицированные РФ международные договоры, нацеленные на противодействие коррупции, предусматривают криминализацию соучастия и посредничества во взяточничестве без каких бы то ни было изъятий, обусловленных ролью виновного или размером предмета взятки.

В частности, в ст. 2 Конвенции ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Париж, 17.12.1997, далее — Конвенция ОЭСР)¹⁸ закреплено, что «соучастие, включая подстрекательство, содействие и пособничество, равно как и санкционирование действий по подкупу иностранного должностного лица является уголовно-наказуемым». В п. 6 официального комментария к Конвенции ОЭСР¹⁹ уточняется, что «поведение, описанное в пара-

¹⁷ См.: Федеральный закон от 8.03.2006 № 40-ФЗ «О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции»; Федеральный закон от 1.02.2012 № 3-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок» // СПС Гарант.

¹⁸ СЗ РФ. 23.04.2012. № 17. Ст. 1899.

¹⁹ URL: http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf (дата обращения: 12.08.2016)

графе 1 конвенции (*т.е. дача взятки иностранному должностному лицу — Ю.К.*), является преступлением вне зависимости от того, было ли предложение или обещание имущественной либо иной выгоды сделано лицом от своего имени (*т.е. лично взятокодатель — Ю.К.*) или от имени иного физического или юридического лица (*т.е. посредником — Ю.К.*). В зарубежной правовой доктрине процитированные положения комментируются следующим образом: действия взятокодателя и посредника во взяточничестве располагаются на одном уровне и оба деяния являются преступными и предосудительными в равной мере²⁰.

В п. 7 официального комментария к Конвенции ОЭСР оговаривается, что оба вышеупомянутых деяния (и взятка, и посредничество во взяточничестве) являются преступлениями вне зависимости от таких обстоятельств, как стоимость (ценность) взятки, отношение к взяточничеству со стороны местных властей, соответствие содеянного локальным обычаям. Законодательство большинства государств-участников Конвенции ОЭСР соответствует данным международным стандартам. Исключения носят единичный характер и обусловлены, в частности, малозначительностью предмета преступления. Например, во Вьетнаме не считается преступным взяточничество на сумму менее 20 евро (менее 1,5 тыс. руб.) при условии, что содеянное не повлекло «серьезных последствий»²¹. Очевидно, что попытки признать непроступным посредничество на довольно крупную сумму до 25 тыс. руб., невзирая на тяжесть наступивших последствий, не соответствуют мировым тенденциям.

Статья 27 Конвенции ООН против коррупции (принята Генеральной Ассамблеей ООН 31.10.2003)²² также предусматривает криминализацию любых разновидностей соучастия в коррупционных преступлениях: «Каждое Государство-участник принимает такие законодательные и другие меры, какие могут потребоваться, с тем, чтобы признать в качестве уголовно наказуемого деяния, в соответствии со своим внутренним законодательством, участие в любом качестве, например, в качестве сообщника, пособника или подстрекателя, в совершении какого-либо преступления, признанного таковым в соответствии с настоящей Конвенцией».

Проанализированные нормы международного права ориентируют отечественного законодателя и правоприменительные органы на необходимость признания преступными всех возможных вариантов соучастия в коррупции в публичном и частном секторе, в том числе посредничества во взяточничестве и коммерческом подкупе на сумму менее 25 тыс. руб.

Таким образом, изложенное свидетельствует, что в первой из указанных выше проблемных ситуаций целесообразно использовать следующее правило: если виновный действует от имени (по поручению и в интересах) взятокодателя, совершенное им посредничество в незначительном размере должно квалифицироваться как пособничество в даче взятки по ч. 5 ст. 33 и соответствующей части ст. 291 УК РФ; если действует от имени (по поручению и в интересах) взятополучателя — как пособничество в получении взятки по ч. 5 ст. 33 и соответствующей части ст. 290 УК РФ.

Аналогичное правило квалификации подлежит применению к посредничеству в коммерческом подкупе: при незначительном размере предмета преступления содеянное квалифицируется как пособничество в передаче коммерческого подкупа (ч. 5 ст. 33,

²⁰ См.: Zerbes I. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials / The OECD Convention on Bribery. A Commentary. Ed. by M. Pieth. New York, 2007. P. 120–121.

²¹ См.: OECD. The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific, Paris, 2011. P. 29. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264097445-en> (дата обращения: 12.08.2016)

²² СЗ РФ. 26.06.2006. № 26. Ст. 2780.

ч. 1–4 ст. 204 УК РФ) либо пособничество в получении коммерческого подкупа (ч. 5 ст. 33, ч. 5–8 ст. 204).

2. В связи с дополнением УК РФ нормами о мелком подкупе и мелком взяточничестве (ст. 204.2 и 291.2) систематическое толкование приводит нас к выводу, что предмет обычного коммерческого подкупа и обычного взяточничества (ст. 204, 290 и 291) не может быть менее 10 тыс. руб. Соответственно, сформулированная выше рекомендация должна применяться лишь к обычному посредничеству, т.е. при условии, что предмет преступления составляет сумму свыше 10 тыс. руб. Квалификация посредничества в мелком подкупе и взяточничестве должна производиться по отдельным правилам.

3. Поскольку УК РФ не предусматривает специальных норм о посредничестве в мелком коммерческом подкупе (ст. 204.2) и мелком взяточничестве (ст. 291.2), посредничество при совершении указанных преступлений (далее — мелкое посредничество) должно оцениваться по обычным правилам квалификации преступлений, совершенных в соучастии.

Вопросы квалификации действий посредника в коммерческом подкупе не получили подробного освещения в юридической литературе. Как правило, исследователи ограничиваются общим указанием, что посредник отвечает как соучастник коммерческого подкупа²³. В связи с этим целесообразно проанализировать особенности квалификации посредника в мелком подкупе и взяточничестве с учетом предмета преступления, формы соучастия и направленности умысла виновного.

Мелкий коммерческий подкуп и мелкое взяточничество отличаются от обычных одним существенным признаком — размером предмета преступления, который составляет сумму не свыше 10 тыс. руб. (ч. 1 ст. 204.2, ч. 1 ст. 291.2 УК РФ). Этот признак исключает применение к мелкому посреднику норм об обычном посредничестве (ст. 204.1, 291.1), требующих, как минимум, значительного размера предмета. Правила квалификации мелкого посредничества в основном зависят от формы соучастия, в которой состоят посредник, коррупционер и лицо, заинтересованное в подкупе. Если мелкий посредник действует в рамках группы, не обладающей признаком устойчивости (т.е. не в рамках организованной группы или преступного сообщества), то содеянное им подлежит квалификации как пособничество в мелком подкупе или взяточничестве: ч. 5 ст. 33, ч. 1 и 2 ст. 204.2 либо ч. 5 ст. 33, ч. 1 и 2 ст. 291.2 УК РФ.

Иное правило должно применяться в случае, когда мелкое посредничество совершено в составе организованной группы: квалификация по ч. 1 и 2 ст. 204.2 либо ч. 1 и 2 ст. 291.2 УК РФ без ссылки на ст. 33. Такой подход продиктован тем, что содеянное любым участником организованной группы Верховный Суд РФ рекомендует квалифицировать как соисполнительство²⁴.

При квалификации посредничества в мелком взяточничестве возникает вопрос об объеме обвинения, т.е. о количестве (перечне) признаков объективной стороны состава преступления, инкриминируемых виновному. В ч. 1 ст. 291.2 УК РФ предусмотрено «получение взятки, дача взятки лично или через посредника в размере, не превышающем десяти тысяч рублей». Объективная сторона преступления включает и дачу, и получение взятки. Какой из этих двух признаков вменять посреднику?

²³ См.: *Иванчин А.В., Каплин М.Н.* Служебные преступления. Ярославль, 2013. С. 22; *Шнитенков А.В.* Комментарий к главе 23 Уголовного кодекса Российской Федерации «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» (постатейный). Судебная практика. М., 2011 // СПС «Гарант».

²⁴ См.: П. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» // СПС Гарант.

На данный вопрос возможен двоякий ответ. Исторически сложилась практика квалификации с учетом направленности умысла: посреднику вменялось пособничество той стороне криминальной «сделки», по поручению и в интересах которой он действовал (взяткодателю или взяткополучателю). Но эта практика опиралась на ныне утратившее силу постановление Пленума Верховного Суда РФ²⁵. Кроме того, в литературе отмечалось, что подобная квалификация не лишена недостатков, поскольку не отражает фактического участия посредника в совершении обоих преступлений — и дачи, и получения взятки, т.е. упускает из виду идеальную совокупность двух преступлений²⁶.

Исходя из сказанного, второй возможный вариант — вменять посреднику в мелком взяточничестве пособничество и в даче, и в получении взятки: ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 291.2 УК РФ, «пособничество в даче и получении взятки через посредника в размере, не превышающем 10 тысяч рублей».

С теоретических позиций более точным выглядит второй вариант квалификации, поскольку он больше соответствует юридической природе действий посредника, являющегося соучастником и дачи, и получения взятки. В то же время нельзя сбрасывать со счетов тот факт, что первый вариант квалификации довольно долго существовал в правоприменительной практике, устоялся и широко известен среди специалистов. В интересах стабильности и единства судебной практики необходимо сделать выбор в пользу первого варианта квалификации.

Таким образом, если посредник в мелком взяточничестве действует по поручению взяткодателя, содеянное подлежит квалификации по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 291.2 УК РФ как «пособничество в даче взятки через посредника в размере, не превышающем десяти тысяч рублей». Если мелкий посредник действует по поручению взяткополучателя, необходима квалификация по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 291.2 УК РФ как «пособничество в получении взятки через посредника в размере, не превышающем десяти тысяч рублей».

Для оценки посредничества в мелком коммерческом подкупе (ст. 204.2 УК РФ) вопрос об объеме обвинения не актуален, поскольку объективная сторона этого преступления описывается термином «коммерческий подкуп», охватывающим и передачу, и получение предмета подкупа. Посредничество квалифицируется по ч. 5 ст. 33, ч. 1 ст. 204.2 УК РФ как «пособничество коммерческому подкупу на сумму, не превышающую десяти тысяч рублей».

В целях реализации некоторых из сформулированных нами рекомендаций предлагаем дополнить постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2013 № 24 «О судебной практике по делам о взяточничестве и об иных коррупционных преступлениях» пунктом 27.1 следующего содержания: «По смыслу закона, действия лица, выполнившего роль посредника при совершении мелкого коммерческого подкупа или мелкого взяточничества (на сумму не свыше 10 тысяч рублей), подлежат квалификации как соучастие в их совершении, по части 5 статьи 33 и соответствующей части статьи 204.2 либо статьи 291.2 УК РФ».

Если стоимость предмета коммерческого подкупа или взятки, переданного посредником, превышает 10 тысяч рублей, но не превышает 25 тысяч рублей, действия посредника подлежат квалификации как соучастие в коммерческом подкупе или во взяточничестве, по части 5 статьи 33 и соответствующей части статьи 204, 290 либо 291 УК РФ».

²⁵ См.: П. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2000 № 6 «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // СПС Гарант.

²⁶ См.: Волженкин Б.В. Служебные преступления. М., 2000. С. 248.



Библиография

- Бриллиантов А.В., Яни П.С. Применение норм о соучастии: аналогия или толкование? // Законность. 2013. № 6. С. 31–36.
- Волженкин Б.В. Служебные преступления. М.: Юрист, 2000. 368 с.
- Гарбатович Д. Посредничество во взяточничестве: преобразованный вид пособничества // Уголовное право. 2011. № 5. С. 4–8.
- Ершов С.А. Пособничество — в Особенной части УК // Законность. 2012. № 11. С. 52–55.
- Здравомыслов Б.В. Должностные преступления. Понятие и квалификация. М.: Юридическая литература, 1975. 168 с.
- Иванчин А.В., Каплин М.Н. Служебные преступления. Учебное пособие. Ярославль: ЯрГУ, 2013. 108 с.
- Ображиев К., Чашин К. Криминализация посредничества во взяточничестве: поиск оптимальной модели // Уголовное право. 2013. № 6. С. 30–35.
- OECD. The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific. Paris, 2011. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264097445-en>.
- Саблина М.А. Разграничение ролей исполнителя и пособника: закон и правоприменение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 91–104.
- Талан М., Тарханов И. Посредничество во взяточничестве в уголовном праве России // Уголовное право. 2013. № 5. С. 105–107.
- Тумаркина Л.П. Уголовная ответственность за коммерческий подкуп: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 158 с.
- Уголовное право. Общая часть. Учебник / под ред. А.И. Чучаева. М.: Проспект, 2015. 456 с.
- Шнитенков А.В. Комментарий к главе 23 Уголовного кодекса Российской Федерации «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях» (постатейный). М.: Юстицинформ, 2011. 120 с.
- Яни П.С. Новое Постановление Пленума Верховного Суда о взяточничестве // Законность. 2013. № 12. С. 31–36.
- Zerbes I. The Offence of Bribery of Foreign Public Officials // OECD Convention on Bribery. A Commentary. Ed. by M. Pieth. New York, 2007. 652 p.
-

The Classification of Mediation in Commercial Bribery and Bribery



Yuriy Klimenko

Senior Lecturer, Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovo-Kudrinskaya Str., Moscow 123995, Russia. E-mail: yuriiklim@yandex.ru



Abstract

The article is devoted to criminal legal treatment of an intermediary at commission of corruption crimes in private and public sector. The object of the research is the rules of the RF Criminal Code, practice of the Supreme Court of Russia on their application, international legal obligations of Russia to fight against corruption, and the criminal law doctrine of the malfeasances in office. The subject matter of the research is the classification of mediation in bribery, commercial bribery, small bribery and small commercial bribery. The legal nature of criminal mediation, mediation ratio with institute of partnership in a crime is investigated. The main points of view developed in the legal doctrine on the issue of mediation in office crimes are analyzed. The international standards of criminalization of mediation in bribery provided in the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions are studied. Some recommendations about legal treatment of

mediation in the corruption crimes are given in the paper taking into account an object of a crime, a form of criminal complicity and an orientation of intention of a guilty person. The question of volume of incrimination deemed as unimportant for classification of mediation in small commercial bribery (Art. 204.2 of CC). The author proposes a few additions to the resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of 09.07.2013 № 24 *On jurisprudence on cases of bribery and of other corruption crimes*. These amendments are directed on interpretation of the new rules on mediation in office crimes included in the Russian Criminal code by the Federal law of 03.07.2016 № 324-FL.



Keywords

mediation in bribery; mediation in commercial bribery; small bribery; small commercial bribery; intermediary; aider; complicity in a crime.

Citation: Klimenko Yu. A. (2016) *The Classification of Mediation in Commercial Bribery and Bribery*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 96–105 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.96.105



References

Brilliantov A.V., Yani P.S. (2013) *Primenenie norm o souchastii: analogiya ili tolkovanie?* [Applying Norms on Abetting: Analogy or Interpretation?] *Zakonnost'*, no 6, pp. 31–36.

Chuchayev A.I. (ed.) (2015) *Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast'* [Criminal Law. General Part]. Moscow: Prospekt, 456 p. (in Russian)

Garbatovich D. (2011) *Posrednichestvo vo vzyatochnichestve: preobrazovannyi vid posobnichestva* [Mediation in Bribery]. *Ugolovnoe pravo*, no 5, pp. 4–8.

Ershov S.A. (2012) *Posobnichestvo — v Osobnoy chasti UK* [Mediation under the Special Part of Criminal Code]. *Zakonnost'*, no 11, pp. 52–55.

Ivanchin A.V., Kaplin M.N. (2013) *Sluzhebnye prestupleniya* [White Collar Crimes]. Yaroslavl': University, 108 p. (in Russian)

Obrazhiev K., Chashin K. (2013) *Kriminalizatsiya posrednichestva vo vzyatochnichestve: poisk optimal'noy modeli* [Criminalizing Abetting in Bribery: In Search of Model]. *Ugolovnoe pravo*, no 6, pp. 30–35.

OECD (2011) *The Criminalization of Bribery in Asia and the Pacific*. Paris: OECD Publishing. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264097445-en>.

Sablina M.A. (2015) *Razgranichenie roley ispolnitelya i posobnika: zakon i pravoprimerenie* [Roles of Perpetrator and Mediator: Law and Practice]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 91–104.

Shnitenkov A.V. (2011) *Kommentariy k glave 23 Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii «Prestupleniya protiv interesov sluzhby v kommercheskikh i inykh organizatsiyakh» (postateynny)*. *Sudebnaya praktika* [Commentary to Chapter 23 of RF Criminal Code. Practice]. Moscow: Yustitsinform, 120 p. (in Russian)

Talan M., Tarkhanov I. (2013) *Posrednichestvo vo vzyatochnichestve v ugolovnom prave Rossii* [Bribery Mediation in Russian Criminal Law]. *Ugolovnoe pravo*, no 5, pp. 105–107.

Tumarkina L.P. (2007) *Ugolovnaya otvetstvennost' za kommercheskiy (dis... kand. jurid. nauk.)* [Criminal Liability for Commercial Bribery (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 158 p.

Volzhenkin B.V. (2000) *Sluzhebnye prestupleniya* [White Collar Crime]. Moscow: Yurist, 368 p. (in Russian)

Yani P.S. (2013) *Novoe Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda o vzyatochnichestve* [New Decree of the Supreme Court Plenum on Bribery]. *Zakonnost'*, no 12, pp. 31–36.

Zdravomyslov B.V. (1975) *Dolzhnostnye prestupleniya. Ponyatie i kvalifikatsiya* [White Collar Crimes. Concept and Classification]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 168 p. (in Russian)

Zerbes I. (2007) *The Offence of Bribery of Foreign Public Officials. The OECD Convention on Bribery. A Commentary*. N.Y.: Cambridge University Press, 652 p.

Проблемы освобождения от уголовной ответственности за фиктивную регистрацию



Р.О. Долотов

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



Аннотация

Статья посвящена анализу практики освобождения лиц от уголовной ответственности за фиктивную регистрацию граждан Российской Федерации по месту пребывания или по месту жительства в жилом помещении или фиктивную регистрацию иностранного гражданина или лица без гражданства по месту жительства в жилом помещении, а также за фиктивную постановку на учет иностранных граждан или лиц без гражданства по месту пребывания в жилом помещении в Российской Федерации. Главная цель статьи заключается в аргументированном ответе на вопрос: какие именно действия должен совершить человек, чтобы их можно было признать способствующими раскрытию преступлений, предусмотренных ст. 322.2 или 322.3 УК РФ? Для достижения заявленной цели в статье анализируется сложившаяся правоприменительная практика и мнения ученых, производится сопоставление всех примечаний к статьям Особенной части УК РФ, в которых говорится о способствовании раскрытию преступления. Основные выводы исследования: 1) для освобождения от уголовной ответственности лица на основании примечаний к ст. 322.2 и 322.3 УК РФ необходимо учитывать только его действия, предпринимаемым им до возбуждения уголовного дела; 2) сообщение достоверных сведений при даче объяснений сотрудникам правоохранительных органов и дача согласия на осмотр своего жилища при проведении проверки в рамках ст. 144 УПК РФ являются вполне достаточными основаниями для обязательного освобождения лиц от уголовной ответственности по ст. 322.2 и 322.3 УК РФ; 3) ссылка на ч. 2 ст. 28 УПК РФ при освобождении лица от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 322.2 или 322.3 УК РФ является вынужденной и неверной (ч. 2 ст. 28 УПК РФ относится только к преступлениям тяжким и особо тяжким), но других каких-либо подходящих норм в законе больше нет; 4) для решения данной процессуальной проблемы в УПК РФ необходимо включить еще одно основание для прекращения уголовного дела — примечания к статьям Особенной части УК РФ.



Ключевые слова

фиктивная регистрация, освобождение от уголовной ответственности, примечания Особенной части УК РФ, деятельное раскаяние, уголовный закон, способствование раскрытию преступлению, способствование расследованию преступления, специальный вид деятельного раскаяния.

Библиографическое описание: Долотов Р.О. Проблемы освобождения от уголовной ответственности за фиктивную регистрацию // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 106–117.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.106.117

В конце 2013 г. российский законодатель дополнил Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ) двумя новыми составами преступлений, устанавливающими уголовную ответственность за фиктивную регистрацию граждан (ст. 322.2) и фиктивную

постановку на учет иностранных граждан или лиц без гражданства по месту пребывания в жилом помещении в Российской Федерации (ст. 322.3). Необходимость подобной криминализации (и невозможность обойтись только административной ответственностью) разработчики законопроекта (проект Федерального закона № 200753) в пояснительной записке к нему не обосновали. Они ограничились лишь фразой, что «положения законопроекта направлены на обеспечение соблюдения гражданами и должностными лицами правил регистрационного учета граждан по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации, а также на обеспечение соблюдения иностранными гражданами и лицами без гражданства и должностными лицами правил миграционного учета иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации»¹.

Целесообразность введения именно уголовной ответственности за подобного рода действия сразу же была поставлена под сомнение и со стороны общества, и со стороны ученых. Так, Общественная палата России в заключении по результатам общественной экспертизы проекта Федерального закона № 200753 указала, что «считает нецелесообразным внесение изменений в УК РФ»². Многие исследователи указывают, что характер и степень общественной опасности последствий рассматриваемых деяний не свидетельствуют о необходимости установления за них уголовной ответственности. Такое средство борьбы с данными деяниями является избыточным³.

Видимо, понимая спорность подобной криминализации преступления небольшой тяжести, депутаты предусмотрели в указанных статьях примечания с идентичными условиями об освобождении от уголовной ответственности: «Лицо, совершившее преступление, предусмотренное настоящей статьей, освобождается от уголовной ответственности, если оно способствовало раскрытию этого преступления и если в его действиях не содержится иного состава преступления». Данное примечание в целом соответствует всем правилам юридической техники⁴ и на первый взгляд вполне понятно, однако на практике оно вызывает массу процессуально-правовых и материально-правовых вопросов, из-за чего судьи предпочитают лишний раз не освобождать лиц от уголовной ответственности на основе примечаний к ст. 322.2 и 322.3 УК РФ.

Рассмотрим ситуацию на примере примечания к ст. 322.3 УК РФ, так как эта статья гораздо чаще встречается в работе правоприменителей. Одна проблема заключается в трудности толкования фразы «лицо способствовало раскрытию этого преступления». Другая проблема связана с неоднозначным пониманием, на основе какой именно нормы Уголовно-процессуального кодекса РФ (далее — УПК РФ) следует прекращать уголовное дело в рассматриваемом нами случае.

¹ Пояснительная записка к проекту Федерального закона № 200753-6 // Available at: [http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=200753-6](http://asozd.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=200753-6) (дата обращения: 12.08.2016)

² Письмо Общественной палаты РФ от 01.03.2013 № 4ОП-3/407 «Заключение по результатам общественной экспертизы проекта Федерального закона № 200753-6 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: Петрова И.А. Уголовная ответственность за фиктивную регистрацию и фиктивную постановку на учет иностранного гражданина или лица без гражданства // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2015. № 9-2 (59). С. 139; Филиппов П. Организация незаконной миграции: практика применения ст. 322.1 УК РФ и новеллы законодательства // Уголовное право. 2014. № 3. С. 90; Борисов С.В. Уголовная ответственность за фиктивную регистрацию (постановку на учет) по месту пребывания или по месту жительства в жилом помещении в Российской Федерации // Юридическая наука. 2015. № 2. С. 66.

⁴ Леонтьевский В.А. Вопросу о конструировании примечаний к статьям Особенной части УК РФ, содержащих нормы об освобождении от уголовной ответственности // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. 2003. № 6. С. 148–151.

Начнем с первой проблемы. Анализ практики⁵, показал, что мировые судьи в случае освобождения от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 322.3 УК РФ в качестве действий, отождествляемых с фразой «лицо способствовало раскрытию преступлению», *всегда* признают следующие факторы:

- лицо (как правило, собственник квартиры) дало правдивые объяснения (рассказал когда, где и в отношении кого именно оно осуществило фиктивную постановку по месту пребывания в жилом помещении в РФ) при проведении проверки в рамках ст. 144 УПК РФ;
- лицо дало согласие на осмотр своего жилища, в котором оно осуществило фиктивную постановку на учет иностранных граждан, также при проведении проверки в рамках ст. 144 УПК РФ.

В качестве примера можно привести следующую выдержку из решения суда: «В судебном заседании установлено, что до возбуждения уголовного дела, в ходе проверки Керимов Р.К. давал сотруднику полиции подробные и признательные объяснения, не препятствовал в осмотре квартиры в качестве места происшествия. Эти данные явились прямыми и достаточными для возбуждения уголовного дела по ст. 322.3 УК РФ. Рапорт об обнаружении в действиях Керимова признаков преступления командира РП ОВО по Клинскому р-ну был зарегистрирован в КУСП после получения от Керимова объяснений и осмотра квартиры. Иностранец не найден и не опрошен. При допросе в качестве подозреваемого Керимов Р.К. также последовательно и правдиво сообщил о времени, месте, мотивах совершения преступления, чем оказывал помощь в установлении всех обстоятельств по делу.

Согласно примечанию 2 к ст. 322.3 УК РФ, основанием для освобождения от уголовной ответственности по ст. 322.3 УК РФ, является любое содействие раскрытию этого преступления, что в данном случае имелось. Указанное основание представляет собой императивную норму, то есть его применение является обязательным и не зависит от усмотрения дознавателя, следователя, прокурора или суда. Так же оно не требует учета данных о личности обвиняемого и других обстоятельств, кроме прямо в нем предусмотренных. Иной состав преступления в действиях Керимова отсутствует»⁶.

Однако почти в половине случаев судьи не признают указанные действия содействием раскрытию преступления. Так, в аналогичном деле другой суд указал: «Мировой судья не соглашается с доводами защитника о том, что подсудимый способствовал раскрытию преступления, поскольку при получении у него объяснений давал правдивые показания и добровольно дал согласие на осмотр своего жилища, что согласно примечанию к ст. 322.3 Уголовного кодекса РФ является основанием для освобождения от уголовной ответственности. Указанные обстоятельства мировой судья расценивает как позицию Сбитнева Н.Н. по делу, не оспаривавшего факт совершения им преступления, который ранее судом за аналогичное преступление, наказание по приговору не исполнил.

⁵ Всего нами было проанализировано 104 постановления об освобождении от уголовной ответственности по ст.322.3 УК РФ, вынесенных мировыми судьями г. Москвы, Московской области, Тверской области, Калужской области, Брянской области, Ленинградской области, Воронежской области, Республики Башкортостан в период с 2014 по 2016 гг. включительно.

⁶ Постановление об освобождении от уголовной ответственности от 28.06.2016 по уголовному делу №1-52/2016 мирового судьи Клинского судебного района Московской области // Available at: http://74.mo.msudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&op=sd&number=104114936&case_number=1-52/2016&delo_id=1540006 (дата обращения: 12.08.2016)

Оснований для освобождения подсудимого от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 322.3 Уголовного кодекса РФ мировой судья не усматривает»⁷.

Наш опыт работы в качестве защитника по данной категории уголовных дел показывает, что позиция суда, прекращать ли уголовное дело на основании примечания к ст. 322.3 УК РФ, зависит не столько от предыдущих решений судьи по аналогичным делам, сколько от мнения государственного обвинителя: если прокурор возражает против освобождения лица от уголовной ответственности — судья вынесет приговор. Безусловно, это ненормальная ситуация, требующая в идеале прояснения на уровне разъяснений Верховного Суда России (необязательно даже в виде постановления Пленума). Однако пока таких разъяснений нет, следует исходить из системного и логического толкования содержания примечания к ст. 322.3 УК РФ.

Анализ текста УК РФ показывает, что требование о способствовании раскрытию преступления в качестве условия освобождения от уголовной ответственности, в различных вариантах содержится еще в десяти статьях УК РФ (см. таблицу).

Как видно из таблицы, законодатель четко разграничивает такие понятия, как «способствование раскрытию» и «способствованию расследованию» преступления. Представляется, что «способствование раскрытию» преступлению — это поступки лица, совершаемые до возбуждения уголовного дела, в том числе в рамках оперативно-розыскной деятельности. Что касается фразы «способствование расследованию» преступления, то это, исходя из содержания УПК РФ, процессуальное понятие, означающее определенное поведение лица после возбуждения уголовного дела. Аналогичная позиция уже высказывалась на страницах научных изданий⁸.

Таким образом, для освобождения от уголовной ответственности лица на основании примечаний к ст. 322.2 и 322.3 УК РФ необходимо учитывать только его действия, предпринятым им до возбуждения уголовного дела.

Какими именно должны быть эти действия, чтобы их можно было признать способствованием раскрытию преступления? Из таблицы 1 следует, что УК РФ выделяет два вида «способствования раскрытию преступления»: активное и простое. В теории уголовного права давно выработана позиция, что «активное способствование раскрытию преступления» — это постпреступное поведение, выражающееся всегда в деятельной, энергичной помощи виновного по выяснению обстоятельств содеянного, которое не может выражаться в непротивлении лица раскрытию или расследования преступления, иными словами, в его бездействии⁹. Соответственно, неактивное (простое) способствование в раскрытии преступления может выражаться в бездействии, например, в непротивлении в осмотре своего жилища оперативными сотрудниками, чтобы последние могли убедиться, что иностранные граждане у него в квартире не проживают.

⁷ Приговор от 21.06.2016 по уголовному делу №1-19/2016 мировой судьи Подольского судебного района Московской области // Available at: http://194.mo.msudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&op=sd&number=103742547&case_number=1-19/2016&delo_id=1540006 (дата обращения: 12.08.2016)

⁸ Екимов А.А. Освобождение от уголовной ответственности на основании примечаний к статьям Особенной части УК РФ: разграничение понятий «способствование и активное способствование раскрытию и расследованию преступления» // Молодой ученый. 2015. № 8. С. 721–723.

⁹ См.: Калугин А.Г. Активное способствование раскрытию преступления как форма деятельного раскаяния / Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе. Материалы научно-практической конференции / отв. ред. В.И. Горобцов. Красноярск, 1999. С. 134–138; Российское уголовное право. Общая часть / под ред. Н.А. Лопашенко. М., 2012. С. 532; Оценочные признаки в Уголовном кодексе Российской Федерации: научное и судебное толкование / под ред. А.В. Галаховой. М., 2014. С. 93; Ключиков И.А. О соблюдении судами общих условий прекращения уголовных дел в связи с деятельным раскаянием // Судья. 2014. № 10. С. 25–28.

Таблица

Освобождение от уголовной ответственности при способствовании раскрытию преступления

Статья УК РФ	Преступление должно быть совершено впервые	Простое способствование раскрытию	Активное способствование раскрытию	Обязательное выполнение дополнительных требований
322.2 И 322.3		Лицо, совершившее преступление, предусмотренное настоящей статьей, освобождается от уголовной ответственности, если оно способствовало раскрытию этого преступления		
127.1	Лицо, впервые совершившее деяния, предусмотренные частью первой или пунктом «а» части второй настоящей статьи,	и если в его действиях не содержится иного состава преступления.	способствовавшее раскрытию совершенного преступления,	добровольно освободившее потерпевшего
178	Лицо, совершившее преступление, предусмотренное настоящей статьей,	и если в его действиях не содержится иного состава преступления.	активно способствовало его раскрытию и (или) расследованию	оно первым из числа соучастников преступления добровольно сообщило об этом преступлении, возместило причиненный этим преступлением ущерб или иным образом загладило причиненный вред

Статья УК РФ	Преступление должно быть совершено впервые	Простое способствование раскрытию	Активное способствование раскрытию	Обязательное выполнение дополнительных требований
204	Лицо, совершившее деяния, предусмотренные частями первой или второй настоящей статьи, освобождается от уголовной ответственности, если оно		активно способствовало раскрытию и (или) расследованию преступления	и либо в отношении его имело место вымогательство, либо это лицо добровольно сообщило о подкупе органу, имеющему право возбудить уголовное дело.
205.3	Лицо, совершившее преступление, предусмотренное настоящей статьей, освобождается от уголовной ответственности, если	способствовало раскрытию совершенного преступления или выявлению других лиц, прошедших такое обучение, осуществлявших, организовавших или финансировавших такое обучение, а также мест его проведения		оно сообщило органам власти о прохождении обучения, заведомо для обучающегося проводимого в целях осуществления террористических деятельности либо совершения одного из преступлений, предусмотренных ст. 205.1, 206, 208, 211, 277, 278, 279 и 360 настоящего Кодекса
210	Лицо, и если в его действиях не содержится иного состава преступления.		активно способствовало раскрытию или пресечению этих преступлений	добровольно прекратившее участие в преступном сообществе (преступной организации) или входящем в него (нее) структурном подразделении либо собрании организаторов, руководителей (лидеров) или иных представителей организованных групп
				освобождается от уголовной ответственности, если в его действиях не содержится иного состава преступления.

Статья УК РФ	Преступление должно быть совершено впервые	Простое способствование раскрытию	Активное способствование раскрытию	Обязательное выполнение дополнительных требований
212	Лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности, если оно	способствовало раскрытию совершенного преступления или выявлению других лиц, прошедших такое обучение, осуществивших организацию или финансирование такого обучения, а также мест его проведения		сообщило органам власти о прохождении обучения, заведомо для обучающегося проводимого в целях организации массовых беспорядков либо участия в них
228	Лицо, совершившее преступление, освобождается от уголовной ответственности за данное преступление.		активно способствовавшее раскрытию или пресечению преступлений, связанных с незаконным оборотом указанных средств, веществ или их аналогов, а также с незаконными приобретением, хранением, перевозкой таких растений либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, изобличению лиц, совершивших, обнаруженно имущество, добытого преступным путем	добровольно сдавшее наркотические средства, психотропные вещества или их аналоги, растения, содержащие наркотические средства или психотропные вещества, либо их части, содержащие наркотические средства или психотропные вещества

Статья УК РФ	Преступление должно быть совершено впервые	Простое способствование раскрытию	Активное способствование раскрытию	Обязательное выполнение дополнительных требований
228.3	Лицо, совершившее преступление,	предусмотренное настоящей статьей,	активно способствовавшее раскрытию или пресечению преступлений, связанных с незаконным оборотом прекурсоров наркотических средств или психотропных веществ, а также с незаконными приобретением, хранением, перевозкой таких растений либо их частей, содержащих прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ	добровольно сдавшее прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ, растения, содержащие прекурсоры наркотических средств или психотропных веществ
291	освобождается от уголовной ответственности за данное преступление. Лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности, если оно			
			активно способствовало раскрытию и (или) расследованию преступления	и либо имело место вымогательство взятки со стороны должностного лица, либо лицо после совершения преступления добровольно сообщило о даче взятки органу, имеющему право возбудить уголовное дело
291.1	Лицо, являющееся посредником во взяточничестве, освобождается от уголовной ответственности, если оно		после совершения преступления активно способствовало раскрытию и (или) пресечению преступления	и добровольно сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о посредничестве во взяточничестве.

Явки с повинной и раскаяния при способствовании раскрытию преступлений, предусмотренных ст. 322.2 и 322.3 УК РФ, не требуется. Данный тезис вытекает из п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности», в котором говорится, что «освобождение от уголовной ответственности за преступление небольшой или средней тяжести в случаях, специально предусмотренных примечаниями к соответствующим статьям Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации, производится по правилам, установленным такими примечаниями. При этом выполнения общих условий, предусмотренных частью 1 статьи 75 УК РФ, не требуется». Таким образом, сообщение достоверных сведений при даче объяснений сотрудникам правоохранительных органов и дача согласия на осмотр своего жилища при проведении проверки в рамках ст. 144 УПК РФ, являются вполне достаточными основаниями для обязательного освобождения лиц от уголовной ответственности по ст. 322.2 и 322.3 УК РФ.

Необоснованное расширение перечня действий, которые должно совершить лицо, чтобы в его поведении можно было усмотреть «способствование раскрытию» преступления по ст. 322.2 или 322.3 УК РФ, на наш взгляд, связано с тем, что судьи рассматривают примечания к этим статьям как разновидность деятельного раскаяния. Связано это, видимо, с процессуальной неопределенностью, в которой оказываются судьи при возникновении повода для применения примечания к ст. 322.2 и 322.3 УК РФ. Так, освободить от уголовной ответственности на основании примечания к статье Особенной части УК РФ без ссылки на норму УПК (т.е. без процессуального основания) невозможно. В тех случаях, когда судьи все же освобождают от уголовной ответственности по ст. 322.3 УК РФ на основании примечания к этой статье, то они (судьи) ссылаются на ч. 2 ст. 28 УПК РФ в связке с ч. 2 ст. 75 УК РФ. Однако, в ч. 2 ст. 28 УПК прямо говорится о деятельном раскаянии лица, которое, как следует из приведенного выше Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 №19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности», не требуется в рассматриваемом нами случае.

Судья оказывается в процессуальной западне:

- с одной стороны, Верховный Суд Российской Федерации разъясняет, что самое деятельное раскаяние не требуется при освобождении от уголовной ответственности за преступления небольшой тяжести на основании примечаний к статьям Особенной части УК РФ;
- с другой стороны, судья обязан сослаться на норму УПК РФ; наиболее подходящей из которых к такой ситуации является ч. 2 ст. 28, в которой говорится о деятельном раскаянии и преступлениях тяжких и особо тяжких.

Как мы видим, ссылка на ч. 2 ст. 28 УПК РФ в нашем случае является вынужденной и неверной (ч. 2 ст. 28 относится только к преступлениям тяжким и особо тяжким), но других более или менее подходящих норм в законе больше нет. В УПК РФ предусмотрен исчерпывающий перечень оснований для прекращения уголовного дела (уголовного преследования), и в этот перечень примечания к статьям Особенной части УК РФ не входят. Фактически судьи вынуждены применять УПК РФ по аналогии, на что уже не раз обращали внимание ученые¹⁰. В такой ситуации, с процессуальной точки зрения, судье легче

¹⁰ См.: *Сверчков В.В.* Примечания к статьям Уголовного кодекса Российской Федерации об освобождении от уголовной ответственности (наказания): юридическая природа и проблема применения // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 259–266; *Щепотин А.В.* Освобождение от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 291 и другим статьям Особенной части УК // Законность. 2012. № 12. С. 55–56; *Костенко К.А.* Освобождение от уголовной ответственности по

освободить лицо от уголовной ответственности со ссылкой на ч. 1 ст. 75 УК РФ и ч. 1 ст. 28 УПК РФ. Однако этот вариант подходит лишь для случаев деятельного раскаяния.

До внесения соответствующих изменений в УПК РФ (включение в УПК РФ еще одного основания для прекращения уголовного дела — примечания к статьям Особенной части УК РФ, о необходимости чего уже многократно писали различные исследователи¹¹), остается только по-прежнему ссылаться на ч. 2 ст. 28 УПК РФ и на примечание к ст. 322.2 и 322.3 УК РФ.

Сложившуюся пагубную практику отказов в удовлетворении ходатайств о прекращении уголовных дел на основании примечания к ст. 322.3 УК РФ при наличии правдивых объяснений лиц и их согласия на осмотр своего жилища в рамках проверки по ст. 144 УПК РФ необходимо менять путем подачи жалоб в суды апелляционной и кассационных инстанций.



Библиография

Борисов С.В. Уголовная ответственность за фиктивную регистрацию (постановку на учет) по месту пребывания или по месту жительства в жилом помещении в Российской Федерации // Юридическая наука. 2015. № 2. С. 65–71.

Будаев Б.Р. Освобождение от уголовной ответственности по примечаниям к ст. ст. 222 и 223 УК // Законность. 2013. № 3. С. 46–48.

Екимов А.А. Освобождение от уголовной ответственности на основании примечаний к статьям Особенной части УК РФ: разграничение понятий «способствование и активное способствование раскрытию и расследованию преступления» // Молодой ученый. 2015. № 8. С. 721–723.

Исмаилов Ч.М. Освобождение от уголовной ответственности на основании примечаний к статьям Особенной части УК РФ // Законность. 2013. № 2. С. 38–40.

Калугин А.Г. Активное способствование раскрытию преступления как форма деятельного раскаяния / Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе. Материалы научно-практической конференции / отв. ред В.И. Горобцов. Красноярск: КрВШ МВД РФ, 1999. 156 с.

Ким Е.П., Костенко К.А. Об особенностях освобождения от уголовной ответственности на основании примечаний к соответствующим статьям Особенной части УК РФ // Российский следователь. 2014. № 23. С. 27–31.

Ключиков И.А. О соблюдении судами общих условий прекращения уголовных дел в связи с деятельным раскаянием // Судья. 2014. № 10. С. 25–28.

Костенко К.А. Освобождение от уголовной ответственности по примечаниям к статьям Особенной части УК РФ: какой закон применять, уголовный или процессуальный? / Расследование преступлений: проблемы и пути их решения: сборник научно-практических трудов. М.: Следственный комитет Российской Федерации, 2014. С. 61–65.

Леонтьевский В.А. Вопросы о конструировании примечаний к статьям Особенной части УК РФ, содержащих нормы об освобождении от уголовной ответственности // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5: Юриспруденция. 2003. № 6. С. 148–151.

Оценочные признаки в Уголовном кодексе Российской Федерации: научное и судебное толкование: Научно-практ. пособие / под ред. А.В. Галаховой. М.: Норма, 2014. 736 с.

примечаниям к статьям Особенной части УК РФ: какой закон применять, уголовный или процессуальный? / Расследование преступлений: проблемы и пути их решения: сборник научно-практических трудов. М., 2014. С. 61–65.

¹¹ См., например: Ким Е.П., Костенко К.А. Об особенностях освобождения от уголовной ответственности на основании примечаний к соответствующим статьям Особенной части УК РФ // Российский следователь. 2014. № 23. С. 27–31; Будаев Б.Р. Освобождение от уголовной ответственности по примечаниям к ст. ст. 222 и 223 УК // Законность. 2013. № 3. С. 46–48; Исмаилов Ч.М. Освобождение от уголовной ответственности на основании примечаний к статьям Особенной части УК РФ // Законность. 2013. № 2. С. 38–40.

Петрова И.А. Уголовная ответственность за фиктивную регистрацию и фиктивную постановку на учет иностранного гражданина или лица без гражданства // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2015. № 9-2 (59). С. 138–142.

Российское уголовное право. Общая часть: учебник / под ред. Н.А. Лопашенко. М.: Юрлитинформ, 2012. 752 с.

Сверчков В.В. Примечания к статьям Уголовного кодекса Российской Федерации об освобождении от уголовной ответственности (наказания): юридическая природа и проблема применения // Актуальные проблемы экономики и права. 2013. № 4. С. 259–266.

Филиппов П. Организация незаконной миграции: практика применения ст. 322.1 УК РФ и новеллы законодательства // Уголовное право. 2014. № 3. С. 83–92.

Щепотин А.В. Освобождение от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 291 и другим статьям Особенной части УК // Законность. 2012. № 12. С. 55–56.

Issues of Discharging from Criminal Liability for Fictitious Registration



Ruslan Dolotov

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



Abstract

The article analyses the practice of discharging persons from criminal liability for fictitious registration of Russian citizens at the place of stay or place of residence in residential premise in Russia or fictitious registration of foreign citizen or the person without citizenship at the place of residence in residential premise in Russia, nor for fictitious registration of foreign citizens or persons without citizenship by place of residence in residential premise in Russia. The main goal of the article lies in reasoned answer to the question: what actions should a person commit to be recognized as a contribution to solving crimes, as stipulated in Article 322.2 or Article 322.3 of the Criminal Code of the Russian Federation? To achieve this goal, the article examines the current law enforcement practices and opinions of scientists, compares all the commentaries to the articles of the Special Part of the RF Criminal Code, which referred to the contribution to solving a crime. Key findings of the paper are the following: 1) for discharging from criminal liability of persons on the basis of notes to Articles 322.2 and 322.3 of the Criminal Code it is necessary to consider only their actions taken prior to the initiation of the criminal case; 2) Communication of reliable information when giving explanations to the law enforcement authorities and giving consent to the inspection of the dwelling during the inspection under Article 144 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation are sufficient grounds for the mandatory discharge of persons from criminal liability under Article 322.2 and Article 322.3 of the Criminal Code; 3) reference to part 2 of Article 28 of the Code when discharging a person from criminal responsibility under the notes to Article 322.2 or Article 322.3 of the Criminal Code is forced and wrong (part 2 of Article 28 of the Code of Criminal Procedure applies only to grave crimes, especially grave ones), but the law does not provide for any more or less suitable norms; 4) for the solution of the procedural problems, the Criminal Procedure Code must include other grounds for the termination of criminal proceedings — commentaries to the articles of the Special part of the Criminal Code.



Keywords

fictitious registration, discharging from criminal liability, notes of the Special part of the Criminal Code, active repentance, criminal law, actions to reveal a crime, actions to assist investigation, a special type of active repentance.

Citation: Dolotov R.O. (2016) Issues of Discharging from Criminal Liability for Fictitious Registration. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 106–117 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.106.117



References

- Borisov S.V. (2015) Ugolovnaya otvetstvennost' za fiktivnuyu registratsiyu (postanovku na uchet) po mestu prebyvaniya ili po mestu zhitel'stva v zhilom pomeshchenii v Rossiyskoy Federatsii [Criminal Liability for Fictitious Registration at the Place of Residence in the Russian Federation]. *Yuridicheskaya nauka*, no 2, pp. 65–71.
- Budaev B.R. (2013) Osvobozhdenie ot ugolovnoy otvetstvennosti po primechaniyam k st. st. 222 i 223 UK [Discharge from Liability under Notes to the Criminal Code Art. 222 and 223]. *Zakonnost'*, no 3, pp. 46–48.
- Ekimov A.A. (2015) Osvobozhdenie ot ugolovnoy otvetstvennosti na osnovanii primechaniy k stat'yam Osobennoy chasti UK RF: razgranichenie ponyatiy «sposobstvovanie i aktivnoe sposobstvovanie raskrytiyu i rassledovaniyu prestupleniya» [Discharging from Liability under Notes to the RF Criminal Code Special Part]. *Molodoy uchenyy*, no 8, pp. 721–723.
- Filippov P. (2014) Organizatsiya nezakonnoy migratsii: praktika primeneniya st. 322.1 UK RF i novelly zakonodatel'stva [Illegal Migration: Applying the RF Criminal Code Art. 322.1]. *Ugolovnoe pravo*, no 3, pp. 83–92.
- Galakhova A.V. (ed.) (2014) *Otsenochnye priznaki v Ugolovnom kodekse Rossiyskoy Federatsii: nauchnoe i sudebnoe tolkovanie* [Evaluative Signs in RF Criminal Code: Scientific and Judicial Interpretation]. Moscow: Norma, 736 p. (in Russian)
- Ismailov Ch.M. (2013) Osvobozhdenie ot ugolovnoy otvetstvennosti na osnovanii primechaniy k stat'yam Osobennoy chasti UK RF [Discharging from Liability under the RF Criminal Code Special Part]. *Zakonnost'*, no 2, pp. 38–40.
- Kalugin A.G. (1999) Aktivnoe sposobstvovanie raskrytiyu prestupleniya kak forma deyatel'nogo raskayaniya [Active Assistance in Revealing Crimes as a Form of Repentance]. *Aktual'nye problemy bor'by s prestupnost'yu v Sibirskom regione. Materialy konferentsii* [Issues of Tackling Crime in Siberia]. V.I. Gorobtsov (ed.). Krasnoyarsk: KrVSh MVD, 156 p.
- Kim E.P., Kostenko K.A. (2014) Ob osobennostyakh osvobozhdeniya ot ugolovnoy otvetstvennosti na osnovanii primechaniy k sootvetstvuyushchim stat'yam Osobennoy chasti UK RF [Discharging from Liability under the Notes of the RF Criminal Code]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 23, pp. 27–31.
- Klyuchikov I.A. (2014) O soblyudenii sudami obshchikh usloviy prekrashcheniya ugolovnykh del v svyazi s deyatel'nym raskayaniem [On Observing the Conditions of Closing Criminal Cases due to Active Repentance]. *Sud'ya*, no 10, pp. 25–28.
- Kostenko K.A. (2014) Osvobozhdenie ot ugolovnoy otvetstvennosti po primechaniyam k stat'yam Osobennoy chasti UK RF: kakoy zakon primenyat', ugolovnyy ili protsessual'nyy? [Discharging from Liability under Notes of the RF Criminal Code: Which Law to Implement: Criminal or Procedural?] *Rassledovanie prestupleniy: problemy i puti ikh resheniya: sbornik trudov* [Investigating Crimes. Collection of Papers]. Moscow: Sledstvennyy komitet, pp. 61–65.
- Leont'evskiy V.A. (2003) Voprosu o konstruirovanii primechaniy k stat'yam Osobennoy chasti UK RF, soderzhashchikh normy ob osvobozhdenii ot ugolovnoy otvetstvennosti [On Construing Notes to RF Criminal Code on the Norms of Discharging from Criminal Liability]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 5: Yurisprudentsiya*, no 6, pp. 148–151.
- Lopashenko N.A. (ed.) (2012) *Rossiyskoe ugolovnoe pravo. Obshchaya chast'* [Russian Criminal Law, General Part]. Moscow: Yurilitinform, 752 p. (in Russian)
- Petrova I.A. (2015) Ugolovnaya otvetstvennost' za fiktivnuyu registratsiyu i fiktivnuyu postanovku na uchet inostrannogo grazhdanina ili litsa bez grazhdanstva [Criminal Liability for Fictitious Registration and Fictitious Registration of Foreign Citizens]. *Istoricheskie, filosofskie, politicheskie i yuridicheskie nauki, kul'turologiya i iskusstvovedenie* [Historic, Philosophical, Political and Juridical Sciences], no 9 (59), pp. 138–142.
- Shchepotin A.V. (2012) Osvobozhdenie ot ugolovnoy otvetstvennosti na osnovanii primechaniya k st. 291 i drugim stat'yam Osobennoy chasti UK [Discharging from Liability under Note 291 and other Articles of the Criminal Code]. *Zakonnost'*, no 12, pp. 55–56.
- Sverchkov V.V. (2013) Primechaniya k stat'yam Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii ob osvobozhdenii ot ugolovnoy otvetstvennosti (nakazaniya): yuridicheskaya priroda i problema primeneniya [Notes to the RF Criminal Code on Discharging from Criminal Liability: Legal Nature and Application]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava*, no 4, pp. 259–266.

Коллизии определения наличия признака беспомощности потерпевшего в некоторых составах преступлений



К.А. Барышева

старший преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: kbarysheva@hse.ru



Аннотация

В статье анализируется понятие беспомощного состояния потерпевшего применительно к различным составам Уголовного кодекса РФ, выявляются различия в толковании одного и того же термина в судебной практике, трудности применения норм закона. В работе последовательно рассматривается значение приведения потерпевшего в беспомощное состояние с целью совершить преступление; значение возраста потерпевшего; состояние сна как основание наличия признака беспомощности. Законодательно закрепленного общего определения понятия беспомощности применительно ко всем составам преступлений, включающих данный признак, нет. Также отсутствуют и признаки беспомощности, что затрудняет понимание и применение уголовного закона. Признак беспомощности потерпевшего, являясь по своей сути оценочным, все же конкретизируется в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебной практике по делам об убийстве» и в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности». Так как применительно к другим составам Уголовного кодекса разъяснения отсутствуют, предметом настоящего исследования являются нормы ст. 105, 131, 132 УК РФ. Несмотря на то, что в различных составах преступлений термин «беспомощное состояние потерпевшего» идентичен, его содержание существенно различается, о чем свидетельствуют и разъяснения Пленума Верховного Суда, и практика применения судами норм уголовного закона. С целью избежать неверного толкования норм закона, для установления единообразия судебной практики автор приходит к выводу о необходимости дать развернутое разъяснение понятия и признаков беспомощности потерпевшего, сделав его общим для всего Уголовного кодекса РФ, либо использовать различную терминологию в разных составах норм УК РФ. Указанные изменения в толковании признака беспомощности позволят избежать путаницы при вынесении обвинительных приговоров. Проблема видится важной, так как речь идет чаще всего о квалифицированных составах, а наказания за подобные преступления значительно выше.



Ключевые слова

уголовный закон, беспомощность, малолетний возраст, потерпевший, признак беспомощности, оценочный признак, алкогольное опьянение, состояние сна.

Библиографическое описание: Барышева К.А. Коллизии определения наличия признака беспомощности потерпевшего в некоторых составах преступлений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 118–128.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.118.128

Состояние беспомощности потерпевшего предполагает отсутствие у потерпевшего возможности дать эффективный отпор преступнику или отклониться от посягательства. «Совершение преступления в отношении беззащитного или беспомощного лица предполагает совершение преступления против личности — физического лица, которое, находясь в состоянии беспомощности, лишено возможности оказать преступнику сопротивление, защитить себя, осуществить свое субъективное право на необходимую оборону. Виновный осознает это состояние беспомощности и совершает преступление, используя данное состояние потерпевшего»¹.

Признак беспомощности потерпевшего принято считать оценочным. Он встречается в ряде составов Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)², в большинстве из них является квалифицирующим: от его наличия либо отсутствия зависит тяжесть наказания. Также признак беспомощности потерпевшего относится к обстоятельствам, отягчающим наказание, и предусмотрен п. «з» ст. 63 УК РФ. Данный перечень исчерпывающий, что говорит о невозможности расширительного толкования закрепленных в нем обстоятельств, предопределяя важность правильного применения указанных условий судом.

Обратимся к теоретическому определению оценочного признака. А.В. Наумов полагает, что это «те признаки состава преступления, которые определяются не законом или иным нормативно-правовым актом, а правосознанием лица, которое применяет соответствующую норму, исходя из конкретных обстоятельств дела»³. Н.А. Лопашенко определяет оценочные категории в уголовном праве как понятия, которые не раскрываются в уголовном законе и в принципе допускают различные варианты их толкования⁴. Следовательно, оценочные признаки должны уточняться правоприменителем в зависимости от отдельно взятой ситуации. Однако признак беспомощности потерпевшего все же конкретизируется в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации. Несмотря на рекомендательный характер⁵, судебная практика не может не учитывать разъяснения. Указание на то, что можно считать беспомощным состоянием, а что нет, достаточно подробное. И все равно остается довольно значительная свобода в оценке каждого случая.

Совсем избежать оценочных понятий в нормах закона вряд ли возможно, и спор о целесообразности их использования не утихает. Исходя из основных принципов уголовного права, важности назначения справедливого наказания, на наш взгляд, необходимо избегать оценочных признаков или же как можно детальнее определять указанные понятия. Попытка устранить неясности была предпринята судебной практикой, что привело еще к большей путанице, так как критерии оценки беспомощности обрели некоторые рамки. Несмотря на один и тот же термин, используемый законодателем в составах преступлений, его судебное толкование различно. Это приводит к трудностям в определении наличия признака беспомощности потерпевшего при вынесении обвинительных приговоров.

Законодательно закрепленного общего определения понятия беспомощности нет. Также отсутствуют и признаки беспомощности, что затрудняет понимание и применение

¹ Постановление Президиума Московского городского суда от 18.12.2015 по делу № 44у-354/2015.

² Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.03.2016) п. «в» ч. 2 ст. 105 УК РФ, п. «б» ч. 2 ст. 111 УК РФ, п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ, п. «г» ч. 2 ст. 117 УК РФ, ч. 2 ст. 120 УК РФ, п. «з» ч. 2 ст. 127.1 УК РФ и др.

³ Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 97.

⁴ Лопашенко Н.А. Еще раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений в сфере экономической деятельности // Уголовное право. 2002. № 2. С. 42.

⁵ Рарог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума ВС РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 53.

ние уголовного закона. На сегодняшний день существует только судебное толкование данного признака потерпевшего. Указание на беспомощность встречается в двух постановлениях Пленума Верховного Суда России, а именно: в п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.01.1999 № 1 «О судебной практике по делам об убийстве», в п. 5 и 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 4.12.2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности». При анализе определений становится ясно, что понятия не совпадают по своему содержанию, не являются идентичными. Как следствие, на практике при применении уголовного закона необходимо различать состояние беспомощности жертвы убийства и изнасилования (насильственных действий сексуального характера).

Относительно иных преступных деяний, закрепленных в УК РФ и включающих в себя признак беспомощности потерпевшего, разъяснения и вовсе отсутствуют, а значит, правоприменитель должен самостоятельно решить вопрос о наличии или отсутствии данного признака, основываясь на собственном понимании и представлении о беспомощности. Это, в свою очередь, затрудняет применение норм закона, не способствует единообразию судебной практики, причем даже среди схожих составов. Следует полагать, что существует две различные по своему характеру законодательные конструкции беспомощного состояния: 1) применительно к насильственным сексуальным преступлениям и 2) применительно к насильственным преступлениям против жизни и здоровья личности⁶.

Практика показывает, что при вынесении приговоров судами первой инстанции признак беспомощности зачастую трактуется по-разному, а вышестоящие суды, ссылаясь на постановления Пленума, решения изменяют, не давая развернутых комментариев, ограничиваясь общими фразами. Так, при рассмотрении уголовного дела в кассационной инстанции суд отменил приговор нижестоящего суда, указав: «В состоянии беспомощности — беспомощности Ч. пришел после его избияния и истязания осужденными, следовательно, квалификация действия К. как совершенных в отношении потерпевшего, находящегося в беспомощном состоянии, является ошибочной»⁷. Еще один пример спорного толкования признака беспомощности потерпевшего — уголовное дело в отношении А., совершившего преступления по п. «а» ч. 3 ст. 132 УК РФ. Судебная коллегия апелляционной инстанции исключила из приговора указание на беспомощное состояние потерпевшей и снизила наказание, мотивируя это тем, что «потерпевшая понимала значение и характер совершаемых с нею действий, возможность оказания сопротивления у нее была ограничена, она боялась оказывать активное сопротивление осужденному»⁸. Что именно является критерием оценки наличия признака беспомощности потерпевшего применительно к составам преступлений, из анализа судебной практики остается неясным.

С целью избежать неверного толкования норм закона и для установления единообразия судебной практики необходимо либо дать более развернутые разъяснения понятия и признаков беспомощности потерпевшего, сделав его общим для всего УК РФ, либо позволить правоприменителю самостоятельно определять в каждом отдельном случае наличие или отсутствие указанного признака, исходя из обстоятельств дела. Третья позиция — использовать различную терминологию в разных составах норм УК РФ,

⁶ *Исаев Н.А.* Жертва преступления в беспомощном состоянии: состояние законодательства и вопросы правоприменительной практики // Евразийский юридический журнал. 2015. № 2 (81). С. 162–163.

⁷ Кассационное определение Верховного суда РФ от 9.12. 2004 № 53-004-78.

⁸ Апелляционное определение Пермского краевого суда от 19.08.2014 № 22-5735.

что позволит избежать путаницы при вынесении обвинительных приговоров. Проблема видится важной, так как речь идет чаще всего о квалифицированных составах, а наказания за подобные преступления значительно выше.

Одно из отличий в толковании признака беспомощности в составах статей УК РФ заключается в определении значения приведения потерпевшего в беспомощное состояние. Говоря о преступлениях, связанных с изнасилованием или насильственными действиями сексуального характера, Пленум ВС дает вполне исчерпывающий ответ: «Не имеет значения, было ли потерпевшее лицо приведено в такое состояние виновным или находилось в беспомощном состоянии независимо от его действий». Если речь идет об убийстве, то приведение человека в беспомощное состояние с целью лишить его жизни не влечет за собой квалификацию содеянного по п. в ч. 2 ст. 105 УК РФ, о чем свидетельствует судебная практика⁹.

Так, С. совершал убийства с целью завладения квартирами потерпевших, предварительно подсыпая им в алкогольные напитки сильнодействующие снотворные средства. В ходе заседания суд исключил из обвинения квалифицирующий признак совершения убийства лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии, как излишне вмененный, так как использование лекарственных препаратов снотворного действия, а также введение потерпевших в состояние алкогольного опьянения являлось способом совершения преступлений¹⁰.

Обвиняемый Г. пригласил к себе в машину незнакомых А. и несовершеннолетнюю Б., после чего напоил их специально приготовленной смесью из сока и сильнодействующего вещества, не установленного следствием, чем привел их в беспомощное состояние. После этого он, имея умысел на изнасилование заведомо несовершеннолетней Б., отвез потерпевших в лесной массив, где угрожая убийством, и, воспользовавшись беспомощным состоянием потерпевших, изнасиловал Б.¹¹

Несмотря на то, что в рассмотренных примерах опоение потерпевших было совершено с целью осуществить преступные намерения, суд по-разному толкует ситуации. В первом случае применение снотворных веществ указывает на способ совершения преступления, однако, во втором подобная ситуация рассматривается как приведение потерпевшего в беспомощное состояние. Возможно, законодатель не зря использует различные речевые конструкции, описывая составы ст. 105, 131 и 132 УК РФ. В норме статьи об убийстве указывается на потерпевшего, «заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии», в ст. 131 и 132 УК РФ — «с использованием беспомощного состояния потерпевшего». Из буквального толкования текста статей можно сделать вывод, что «заведомость» нахождения потерпевшего в беспомощном состоянии означает физическое или психическое состояние жертвы в силу стечения обстоятельств, не зависящих от субъекта преступления. Потерпевший не в силах дать отпор нападающему ввиду ранее сложившейся жизненной ситуации, состояния здоровья, иных факторов, повлиявших на беспомощность. С другой стороны, «использование беспомощного состояния» не предполагает наличия таких условий и допускает приведение в беспомощное состояние путем действий субъекта, также отсутствует признак «заведомости».

Однако и при изнасиловании, и при совершении убийства использование различных средств, веществ и препаратов способствует облегчению совершения преступления, приведению жертвы в состояние, при котором подавляется способность оказывать

⁹ См.: <http://www.vsrif.ru/search.php?searchf=%E1%E5F1%EF%EE%EC%EE%F9%ED%EE%E5+%F1%E%F1%F2%EE%FF%ED%E8%E5> (дата обращения: 29.09.2016)

¹⁰ Приговор Московского городского суда от 2.07.2012 по делу № 2-0075/2012.

¹¹ Постановление Президиума Московского областного суда от 25.05.2011 № 209 по делу № 44у-167/11.

сопротивление нападающему, воспользоваться правом на необходимую оборону. Толкование схожих по направленности умысла действий в одних случаях влечет состояние беспомощности, тогда как в других — не влияет на квалификацию деяния. Из анализа судебной практики следует, что правоприменители сталкиваются с трудностями при квалификации деяния по п. в ч. 2 ст. 105 УК РФ, и в 89% случаев первичное судебное решение изменяется, а признак беспомощности потерпевшего исключается из обвинительных заключений. Это говорит о том, что судебные ошибки преобладают¹².

Следовательно, налицо потребность подробнее разъяснить понятие беспомощности с целью избежать судебных ошибок и установить единообразие судебной практики. При изнасиловании, совершенном с использованием беспомощного состояния потерпевшего, не имеет значения, было ли он приведен в такое состояние самим виновным (например, при помощи спиртных напитков, наркотиков, снотворного и т.п.) или находился в беспомощном состоянии независимо от действий лица, совершившего указанное преступление. При убийстве действия субъекта по приведению потерпевшего в беспомощное состояние определяются как способ совершения преступления.

На наш взгляд, необходимо говорить о двух различных понятиях. При совершении убийства понятие беспомощности уже, нежели при определении данного признака в ст. 131 и 132 УК РФ. При убийстве психическое либо физическое состояние потерпевшего не является причиной действий субъекта преступления, а, следовательно, относится только к потерпевшему, является его субъективным признаком, отличительной физиологической или психической особенностью состояния личности, здоровья человека, но не жертвы преступления. Следовательно, необходимо ответить на вопрос, являлся ли потерпевший до возникновения умысла на убийство беспомощным. Тогда не будет трудностей в применении данной нормы и в отношении алкогольного, наркотического или иного опьянения жертвы, что в свою очередь, как видно из судебной практики, по умолчанию не учитывается в качестве беспомощного состояния при вынесении приговоров по делам о квалифицированном убийстве. Также следует разъяснить, что беспомощное состояние потерпевшего по п. в ч. 2 ст. 105 УК РФ не может зависеть от субъекта преступления, т.е. значение имеют только такие признаки беспомощности, которые наступили до возникновения преступного умысла на убийство и заранее известны злоумышленнику.

Возможно, следует ввести и новый термин, позволяющий различить понятие беспомощности в различных составах, если нет другого способа разграничить законодательную формулировку. Так, в отношении квалифицированного убийства понятие беспомощность потерпевшего заменить на «заведомое физическое либо психическое бессилие потерпевшего, не связанное с действиями субъекта посягательства».

Следующая неясность, связанная с применением признака беспомощности — значение возраста потерпевшего. Как уже отмечалось, исходя из судебной практики, понятие беспомощности потерпевшего в статьях главы 18 УК РФ толкуется шире, нежели в других составах. Оно включает различного вида опьянение потерпевшего (наркотическое, алкогольное), любые иные обстоятельства, указывающие, что потерпевший не в силах сопротивляться либо защищать себя. Схожим, однако, остается понятие «малолетний возраст» потерпевшего. Как следует из примечания к ст. 131 УК РФ, лица, не достигшие 12 лет, «в силу возраста находятся в беспомощном состоянии, то есть не могут понимать характера и значения совершаемых с ним действий». Несмотря на добровольное согла-

¹² Буликеева Д.Ж. Проблемы применения квалифицирующего признака «иное лицо, заведомо для виновного находящееся в беспомощном состоянии» // Вестник Челябинского государственного университета. 2013. № 17 (308). Право. Вып. 37. С. 54–57.

сие на вступление в половую связь, подобные деяния наказываются как насильственные преступления. Однако запутанность формулировки вызывает трудности в понимании. Исходя из текста п. 5 постановления Пленума ВС Российской Федерации, малолетний возраст является одним из признаков беспомощного состояния потерпевшего, который указан в диспозиции ч. 1 ст. 131 и 132 УК РФ. Однако в анализируемых статьях возраст потерпевшего является также и квалифицирующим признаком (п. «а» ч. 3 ст. 131, п. «б» ч. 4 ст. 131, п. «а» ч. 3 ст. 132, п. «б» ч. 4 ст. 132), а теперь он учтен и в примечании. На наш взгляд, следует исключить малолетний возраст из определения признака беспомощности, данного в постановлении Пленума, так как это обстоятельство не влечет за собой юридических последствий при назначении наказания — малолетний возраст потерпевшего уже учтен законодателем в квалифицирующих составах.

Если понятие беспомощности является условно оценочным, то указание на конкретный возраст потерпевшего в тексте закона не оставляет «места для маневра». Некоторые авторы склонны спорить с данным решением законодателя¹³. «Ориентироваться только на малолетний возраст потерпевших далеко не достаточно в связи с активным половым просвещением детей и акселеративными процессами»¹⁴. Физический возраст лица не всегда соответствует его психологическому возрасту. Уголовный закон учитывает это при определении возраста субъекта преступления. Так, норма ч. 30 ст. 20 УК РФ определяет понятие возрастной невменяемости: лицо, вследствие отставания в психическом развитии, не связанным с психическим расстройством, не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими. Указанное состояние может быть детерминировано как внешними (социальными), так и внутренними (биологическими) факторами¹⁵.

Законодательно закреплено требование учитывать, что внешние и внутренние факторы влияют на развитие подростка. Но почему подобное воздействие не может носить и обратный характер, быть следствием развития лица «не по возрасту»? Данные статистики показывают: число абортот, произведенных женщинам в возрасте от 10 до 14 лет в 2010 г. составило 640, в 2013 — 474, в 2014 — 354. Число детей в возрасте от 0 до 14, у которых диагностированы заболевания, передающиеся половым путем, составило в 2010 г. 549 человек, в 2013 — 324, в 2014 — 268¹⁶. Несмотря на отрицательную динамику, нельзя не учитывать, что случаи «раннего сексуального развития» подростков имеют место. Также следует учесть и нежелание родителей, близких и самих подростков официально проходить медосмотры, следовательно, есть вероятность погрешности. Когда речь идет о тяжких и особо тяжких преступлениях, все обстоятельства дела должны быть исследованы для назначения справедливого наказания, а значит, необходимо рассматривать и личность потерпевшего, не опираясь исключительно на формальные признаки. Нельзя уверенно утверждать, что все подростки до 12 лет в силу физического и психического развития не способны понимать характера и содержания совершаемых с ними действий.

¹³ Скрипченко Н.Ю. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4.12. 2014 № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Уголовное право. 2015. № 2. С. 57–62.

¹⁴ Шиян В.И. Беспомощное состояние потерпевшего как объективный признак в преступлениях против личности, совершаемых с применением насилия // Уголовное право. 2014. № 5. С. 103–105.

¹⁵ Долгова С.В. К вопросу о содержании понятия «отставание в психическом развитии, не связанное с психическим расстройством» // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2008. № 9. С. 79–84.

¹⁶ Здравоохранение в России. 2015: Стат. сб. М., 2015. С. 57, 67.

В 2013 г. в Государственную Думу были внесены законопроекты, в которых предлагалось дополнить ст. 105 и 161 УК РФ новым квалифицирующим признаком — «в отношении лица, достигшего 70-летнего возраста». В пояснительной записке утверждалось, что доверчивость пожилых зачастую используется преступниками при совершении уголовно наказуемых деяний. Посягательство на данную категорию граждан имеет высокую степень общественной опасности ввиду уязвимого состояния жертвы, неспособности в силу особого психического либо физического состояния защитить себя, оказать активное противодействие посягательству, что осознается и используется виновным при совершении преступления. Попытки ужесточить уголовную ответственность не были одобрены ни Верховным Судом Российской Федерации, ни комитетом Госдумы. В официальном отзыве указано, что состояние беспомощности потерпевшего относится как к объективной, так и к субъективной сторонам преступного деяния (более опасно с субъективной стороны, поскольку знание, что жертва в момент посягательства находится в беспомощном состоянии, облегчает формирование преступного намерения и даже может играть провоцирующую роль). Указание на возраст «является формальным описанием объективной стороны преступления»¹⁷. Указание на 70-летний возраст не характеризует объективно ни физическое, ни психическое состояние лица, которое могло бы свидетельствовать о беспомощности. При таких условиях в случае реализации законопроекта лицо, совершившее преступление в отношении лица, достигшего 70-летнего возраста, будет нести повышенную ответственность даже тогда, когда фактические обстоятельства дела не будут свидетельствовать о беспомощности потерпевшего¹⁸.

Верховный суд Российской Федерации придерживается мнения, что законодательно закрепленный формальный признак «достижение 70-летнего возраста», который повлечет повышенную ответственность для субъекта преступления, повлечет нарушение принципа равенства всех перед законом. Как следствие, законопроекты не были одобрены. В каждом отдельно взятом преступном деянии необходимо отдельно рассматривать наличие беспомощного состояния вне зависимости от возраста потерпевшего.

Однако примечание к ст. 131 УК РФ ввело такой формальный признак, как «лицо, не достигшее возраста 12 лет». Автор ни в коем случае не оспаривает повышенную общественную опасность преступного посягательства на несовершеннолетних. Однако, основываясь на принципах уголовного закона, правилах назначения наказания, на наш взгляд, следует в каждом отдельном случае совершения преступления в отношении лиц, не достигших возраста 12, 14 или 18 лет, тщательно исследовать обстоятельства дела, а также не стоит приравнивать добровольное согласие к насилию без детального изучения личности «потерпевшего».

Также в диспозиции ст. 131 и 132 УК РФ отсутствует условие заведомости в отношении возраста потерпевшего. Несмотря на это, в судебной практике принято решать данный вопрос следующим образом: если виновный добросовестно заблуждался о возрасте потерпевшей, подобное заблуждение толкуется в его пользу.

Дискуссионным в доктрине остается и отнесение сна к состоянию беспомощности, несмотря на то, что судебная практика неоднократно давала разъяснения по данному вопросу. Так, сон определяется как жизненно необходимое и физиологически обусловленное состояние человека и не может расцениваться как беспомощное состояние в

¹⁷ Официальный отзыв Верховного суда РФ на проект Федерального закона «О внесении изменений в статью 105 Уголовного кодекса РФ» от 25.12.2013 № 2-ВС-5687/13.

¹⁸ Официальный отзыв Верховного суда РФ на проект Федерального закона «О внесении изменений в статью 161 Уголовного кодекса РФ» от 28.11.2013 № 2-ВС-5216/13.

том понимании, которое придается ему уголовным законом¹⁹. Следует уточнить, что формулировка понятия беспомощного состояния в законе отсутствует вовсе. Понятие физической или психической беспомощности не раскрывается и в постановлениях Пленума Верховного Суда Российской Федерации. Критерии определения беспомощности потерпевшего также не находят отражения ни в законе, ни в судебной практике (только перечисление того, что может являться показателем подобного состояния).

Исходя из оценочного признака рассматриваемого понятия, следует сказать, что для отнесения либо неотнесения сна к указанному признаку потерпевшего, следует дать более подробное разъяснение причин, по которым сон не может учитываться как беспомощность. Если сон является физиологически обусловленным состоянием, то, как отмечалось в тексте статьи, сон должен быть отнесен к физическому состоянию потерпевшего, не спровоцированному субъектом преступления, но влияющему на способность оказать сопротивление и реализовать свое право на необходимую оборону от преступного посягательства.

В качестве примера коллизий судебной практики рассмотрим п. 23.1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.12. 2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое», в котором говорится следующее: «Особенности состояния потерпевшего (например, сон, опьянение, потеря сознания, психическое расстройство и т.п.) значения для квалификации преступления по пункту «г» части 2 статьи 158 УК РФ не имеют, так как использование субъектом преступления состояния потерпевшего не исключает его умысла на хищение из одежды, сумки или другой ручной клади и лишь указывает на тайный характер такого хищения». В качестве квалифицирующего признак хищения из одежды, сумки или другой ручной клади, находившихся при потерпевшем введен в состав кражи Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации».

Распространенность карманных краж, совершение подобных деяний в общественных местах, риск быть обнаруженным, находчивость преступника и различные способы совершения преступления — все это составляет повышенную общественную опасность, поэтому данный признак оправданно является квалифицирующим. Однако хищение указанным способом у человека, не способного понимать и реагировать на происходящее с его имуществом, формальное нахождение имущества в кармане, сумке или ручной клади у потерпевшего, который в силу своего состояния не контролирует сохранность своего имущества и лишен возможности обнаружить и пресечь действия вора, не должно влиять на квалификацию действий виновного, поскольку эти обстоятельства используются для облегченного изъятия имущества и не требуют специальных навыков.

Введение п. 23.1 в постановление Пленума видится нам признанием того, что сон, алкогольное и иное опьянение и прочие состояния потерпевшего, в которых он не в силах оказать сопротивление, косвенно, но все-таки рассматриваются судом как беспомощность. Иное объяснение введения подобного судебного толкования указанных ситуаций затруднительно. Следовательно, на наш взгляд, необходимо еще раз детально проанализировать принципиальную позицию отказа включения сна в понятие беспомощности потерпевшего в составах преступлений, хотя бы против жизни и здоровья.

Автор полагает, что указанные в работе пробелы и коллизии необходимо решить, так как неясность в толковании понятия «беспомощное состояние потерпевшего» влечет ряд проблем, связанных с применением норм УК РФ, отсутствием единообразия судебной практики, затратой ресурсов на пересмотр судебных решений, назначением справедливого наказания.

¹⁹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 28.03. 2012 № 11-П12ПР.



Библиография

- Буликеева Д.Ж. Проблемы применения квалифицирующего признака «иное лицо, заведомо для виновного находящееся в беспомощном состоянии» // Вестник Челябинского государственного университета. 2013. № 17 (308). Право. Вып. 37. С. 54–57.
- Володин Д., Попов А. Сон и сильная степень опьянения как обстоятельства, свидетельствующие о беспомощном состоянии потерпевшего при убийстве // Уголовное право. 2002. № 3. С. 43–46.
- Давтян Д.В., Лобанова Л.В. Еще раз о беспомощном состоянии потерпевшего при убийстве и в преступлениях против половой свободы и половой неприкосновенности // Российский следователь. 2008. № 20. С. 16–18.
- Долгова С.В. К вопросу о содержании понятия «отставание в психическом развитии, не связанное с психическим расстройством» // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2008. № 9. С. 79–84.
- Здравоохранение в России. 2015: Стат. сб. / под ред. М.А. Дианова. М.: Статистика, 2015. 174 с.
- Исаев Н.А. Жертва преступления в беспомощном состоянии: состояние законодательства и вопросы правоприменительной практики // Евразийский юридический журнал. 2015. № 2(81). С. 162–163.
- Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под. ред. Г.А. Есакова. 7-е изд. М.: Проспект, 2017. 736 с.
- Коновалов Н.Н. Беспомощное состояние потерпевшего лица при насильственных действиях сексуального характера и изнасиловании // Российский следователь. 2013. № 14. С. 19–22.
- Криминальное насилие в отношении лиц, находящихся в беспомощном состоянии: монография / Козлов С.П., Шикун И.Р. М.: МГОУ, 2013. 194 с.
- Лопашенко Н.А. Еще раз об оценочных категориях в законодательных формулировках преступлений в сфере экономической деятельности // Уголовное право. 2002. № 2. С. 42–45.
- Наумов А.В. Применение уголовно-правовых норм. Учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВСШ МВД, 1973. 173 с.
- Попов А. Беспомощное состояние потерпевшего должен осознавать убийца, а не потерпевший // Российская юстиция. 2002. № 11. С. 57–58.
- Рарог А.И. Правовое значение разъяснений Пленума Верховного Суда РФ // Государство и право. 2001. № 2. С. 51–57.
- Скрипченко Н.Ю. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 4 декабря 2014 г. № 16 «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности» // Уголовное право. 2015. № 2. С. 57–62.
- Шиян В.И. Беспомощное состояние потерпевшего как объективный признак в преступлениях против личности, совершаемых с применением насилия // Уголовное право. 2014. № 5. С. 103–105.

Collisions in Legal Interpreting the Victim Helplessness Signs in Different Crimes



Ksenia Barysheva

Senior Lecturer, Department of Criminal Law and Criminal Studies, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: kbarysheva@hse.ru



Abstract

The article analyses the concept of the helpless state of a victim with regard to various sections of the Criminal Code of the Russian Federation, reveals differences in interpretation of the same term in

judicial practice, difficulties in the application of criminal law. The author deals with the significance of bringing the victim in a helpless state in case of crime commission; the value of the age of the victim; the sleep state as a characteristic of helplessness. There is no common legal definition of helplessness and its characteristic which can be used to all crimes including this term. The helpless state of the victim is described in Resolution of Plenum of Supreme Court of the Russian Federation «On application by courts of the Russian Federation of Criminal code in a case of sexual crimes and crimes committed against the sexual inviolability of minors» and Resolution of Plenum of Supreme Court of the Russian Federation «On application by courts of the Russian Federation of Criminal code in a case of murder». However, the helplessness of a victim is an evaluative characteristic. Despite the fact that the term «helpless state of the victim» is identical in all sections of Criminal code, the content of the term differs significantly. It could be seen in a judicial practice. To avoid misinterpretation of law, to establish a uniformity of judicial practice the author comes to the conclusion about the necessity of giving detailed explanations of concepts and signs of helpless state of a victim. There are two ways to solve the problem: to make the term common to the whole Criminal code of the Russian Federation, or to use different terminology in different sections. These changes in the interpretation of the characteristic of helpless state of a victim will help to avoid difficulties in prosecution. The problem seems important, because we are talking about the crimes with aggravation, and the punishment for such crimes is much higher.



Keywords

criminal law, helplessness, victim of crime, preteen age, sleepy state, alcohol intoxication, characteristic of helplessness, evaluative characteristics.

Citation: Barysheva K.A. (2016) Collisions in Legal Interpreting the Victim Helplessness Signs in Different Crimes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 118–128 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.118.128



References

- Bulikeeva D.Zh. (2013) Problemy primeneniya kvalifitsiruyushchego priznaka «inoe litso, zavedomo dlya vinovnogo nakhodyashcheesya v bespomoshchnom sostoyanii» [Determining Sign of Helpless Condition]. *Vestnik Chelyabinskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 17 (308), vyp. 37, pp. 54–57.
- Davtyan, D.V., Lobanova L. V. [2008] Eshche raz o bespomoshchnom sostoyanii poterpevshego pri ubiystve i v prestupleniyakh protiv polovoy svobody i polovoy neprikosnovennosti [Re Helpless Condition in Murder and Sexual Integrity Crimes]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 20, pp. 16–18.
- Dolgova S.V. (2008) K voprosu o sodержanii ponyatiya «otstavanie v psikhicheskom razvitiy, ne svyazannoe s psikhicheskim rasstroystvom» [On the Concept of Retarding not connected with Mental Disorder]. *Vestnik Baltiyskogo federal'nogo universiteta*, no 9, pp. 79–84.
- Dianov M.A. (ed.) (2015) *Zdravookhranenie v Rossii*. Moscow: Statistika, 174 p. (in Russian)
- Esakov G.A. (ed.) (2017) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 736 p. (in Russian)
- Isaev N.A. (2015) Zhertva prestupleniya v bespomoshchnom sostoyanii: sostoyanie zakonodatel'stva i voprosy pravoprimenitel'noy praktiki [Crime Victim in Helpless Condition as Issue in Judicial Practice]. *Evroziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 2 (81), pp. 162–163.
- Konovalov N.N. (2013) Bespomoshchnoe sostoyanie poterpevshego litsa pri nasil'stvennykh deystviyakh seksual'nogo kharaktera i iznasilovanii [Helpless Condition in Violent Actions in Rape]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 14, pp. 19–22.
- Kozlov S.P., Shikula I.R. (2013) *Kriminal'noe nasilie v otnoshenii lits, nakhodyashchikhsya v bespomoshchnom sostoyanii* [Criminal Violence against People in Helpless Condition]. Moscow: MGOU Press, 194 p. (in Russian)
- Lopashenko N.A. (2002) Eshche raz ob otsenochnykh kategoriyakh v zakonodatel'nykh formulirovki prestupleniy v sfere ekonomicheskoy deyatel'nosti [Re Evaluative Categories in the Legislative Provisions on Economic Crimes]. *Ugolovnoe pravo*, no, 2, pp. 42–45.
- Naumov A.V. (1973) *Primenenie ugolovno-pravovykh norm* [The Application of Criminal Law Rules]. Volgograd: VSSH MVD SSSR, 173 p. (in Russian)

Popov A. (2002) *Bespomoshchnoe sostoyanie poterpevshego dolzhen osoznavat' ubiytsa, a ne poterpevshiy*. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 11, pp. 57–58.

Rarog A.I. (2001) *Pravovoe znachenie raz'yasneniy Plenuma VS RF* [Legal Meaning of the Commentaries on the Plenum of RF Supreme Court]. *Gosudarstvo i pravo*, no 2, pp. 51–57.

Shiyani V.I. (2014) *Bespomoshchnoe sostoyanie poterpevshego kak ob'ektivnyy priznak v prestupleniyakh protiv lichnosti, sovershaemykh s primeneniem nasiliya* [Helpless Condition of an Injured Person as a Sign in Crimes against Person]. *Ugolovnoe pravo*, no 5, pp. 103–105.

Skripchenko N.Yu. (2015) *Postanovlenie Plenuma Verkhovnogo Suda RF ot 4 dekabrya 2014 g. № 16 «O sudebnoy praktike po delam o prestupleniyakh protiv polovoy neprikosновенности i polovoy svobody lichnosti»* [The Plenum of RF Supreme Court Decree On Judicial Practice in Sexual Integrity Cases]. *Ugolovnoe pravo*, no 2, pp. 57–62.

Volodin D., Popov A. (2002) *Son i sil'naya stepen' op'yaneniya kak obstoyatel'stva, svidetel'stvuyushchie o bespomoshchnom sostoyanii poterpevshego pri ubiytve* [Sleep and Strong Alcoholic Intoxication as Conditions Showing Helpless Condition of the Victim of Murder]. *Ugolovnoe pravo*, no 3, pp. 43–46.

Подстрекательство: терминологический и квалификационный аспекты



М.А. Саблина

аспирантка кафедры уголовного права факультета права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: maya.sablina@yandex.ru



Аннотация

В статье проводится критический анализ законодательного определения понятия «подстрекатель». Исследованы такие способы вовлечения лиц в совершение преступления, как склонение, вербовка, подкуп, угроза, принуждение и их соотношение между собой. Установлено, что склонение и принуждение являются одноуровневыми понятиями, видовыми по отношению к вовлечению. Критерием отграничения выступает свобода воли подстрекаемого лица. Вербовка и подкуп отвечают признакам склонения, и в основе обоих лежит обещание материальной выгоды. Угроза, в свою очередь, отражает суть принуждения. Отмечен ряд недочетов юридической техники при конструировании различных норм Особенной части Уголовного кодекса РФ, нарушающих единообразие в использовании рассматриваемого понятийного аппарата. Предлагается авторская редакция ч. 4 ст. 33 УК РФ с учетом выстроенной иерархии терминов. Оценены возможные пути квалификации при совершении деяний, подпадающих под статью Особенной части УК РФ и при этом совпадающих с положениями института соучастия. Установлено отсутствие единообразного подхода как на уровне судебной практики, так и среди ученых. Высказываемые в научном сообществе предложения преимущественно относятся к отдельным составам или группам преступлений. Делается акцент на необходимости выработки единого принципа, универсального для всех ситуаций. Автор приходит к выводу, что применение исключительно специальной статьи неоправданно, поскольку в ряде случаев она предусматривает меньшее наказание, чем может быть назначено подстрекателю по основной статье при привлечении его в качестве соучастника. Другим возможным вариантом является использование института совокупности. Однако подобная квалификационная модель является недопустимой, поскольку нарушает принцип справедливости при назначении наказания. В связи с этим единственным выходом, способным обеспечить единообразие в правоприменении, автор считает исключение из Особенной части Уголовного кодекса РФ составов, дублирующих положения о подстрекательстве. При квалификации содеянного следует использовать положения главы 7 Уголовного кодекса РФ о соучастии.



Ключевые слова

Уголовный кодекс РФ, соучастие, исполнитель, подстрекатель, вовлечение, вербовка, подкуп, угроза, принуждение, совокупность.

Библиографическое описание: Саблина М.А. Подстрекательство: терминологический и квалификационный аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 129–139.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.129.139

Лицо, склонившее другое лицо к совершению преступления путем уговора, подкупа, угрозы или другим способом, признается подстрекателем (ч. 4 ст. 33 Уголовного кодекса Российской Федерации; далее — УК РФ). Тем не менее в Особенной части УК

РФ существует немало статей, нормы которых содержат указание на действия, идентичные подстрекательству или сходные с ним, но при этом получившие самостоятельную уголовно-правовую оценку. Встает вопрос, какие из них действительно являются подстрекательством и насколько оправдано такое законодательное решение. Практическая значимость подобного исследования обусловлена необходимостью выработки единообразного подхода при квалификации деяний, которые подпадают под конкретную статью Особенной части УК РФ, а также соответствуют положениям института соучастия. Помимо этого автора заинтересовал вопрос о правильности отнесения тех или иных действий к способам подстрекательства, а также об их соподчиненности между собой.

Для выделения интересующих нас составов обозначим признаки подстрекательства¹. К ним относятся: умышленный характер воздействия, адресность и направленность на вовлечение в совершение преступления. В первую очередь обращают на себя внимания нормы Особенной части УК РФ, диспозиции которых содержат указание на склонение в качестве способа совершения преступления, поскольку именно через этот термин в ч. 4 ст. 33 определяется подстрекательство.

Применительно к уголовно-правовой универсальной определению склонения сформулировал А. Бриллиантов. По его мнению, оно выражается в «любых действиях, стимулирующих формирование у лица стремления участвовать в совершении преступления»². В судебной практике такое понимание встречается в отношении ст. 230 УК РФ³. Верховный Суд Российской Федерации указал, что склонение к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов может выражаться в любых умышленных действиях, в том числе однократного характера, направленных на возбуждение у другого лица желания их потребления (в уговорах, предложениях, даче совета и т.п.), а также в обмане, психическом или физическом насилии, ограничении свободы и других действиях, совершаемых с целью принуждения к потреблению наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов лицом, на которое оказывается воздействие⁴. Такое определение подходит скорее к понятию «вовлечение». Так, например, в качестве его способов (а не склонения) обозначены обман, обещания, угрозы, насилие и иные действия в ст. 150 УК РФ.

Вопросу о соотношении ст. 150 и ч. 4 ст. 33 УК РФ посвящено множество работ и, вероятно, в науке уголовного права он надолго останется дискуссионным. Абстрагируясь от социальной обусловленности существования ст. 150 УК РФ, оценим его исключительно с позиции института соучастия. Как отметил в диссертационном исследовании Н.П. Шевченко, вовлечение в контексте ст. 150 УК РФ может иметь три формы:

- неконкретизированную, когда несовершеннолетнему прививается преступный образ жизни, осуществляется вербовка в ряды преступного мира;
- конкретизированную в виде подстрекательства в классическом его понимании;
- конкретизированную, когда несовершеннолетний привлекается в качестве соисполнителя или пособника⁵.

¹ Для исследования были отобраны основные признаки, выделяемые большинством ученых. Правильность такого выделения какому-либо критическому анализу не подвергалась.

² Бриллиантов А. Вопросы соучастия при квалификации содействия террористической деятельности // Уголовное право. 2008. № 3. С. 25.

³ В данном случае склонение подстрекательством не является, поскольку отсутствует признак направленности на вовлечение в совершение преступления.

⁴ П. 27 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15.06.2006 № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами» // Российская газета. 2006. 28 июня.

⁵ См.: Шевченко Н.П. Уголовная ответственность за вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления: дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2003. С. 77.

При этом необходимо учитывать, что независимо от формы ответственность за вовлечение наступает только в случае воздействия с целью совершения несовершеннолетним конкретного преступления. При этом преступление, предусмотренное ст. 150 УК РФ, будет считаться оконченным при любой стадии реализации преступного умысла несовершеннолетним⁶.

Выделение третьей формы в качестве самостоятельной неоспорно, поскольку, как и вторая, она представляет собой подстрекательство в классическом виде. Разница заключается в роли, которую играет вовлекающий: сторонний наблюдатель или непосредственный участник преступного посягательства. Однако в любом случае мы наблюдаем пересечение с положениями института соучастия, которые являются общими для всех норм УК РФ. В связи с этим представляется, что уголовно-правовая оценка вовлечения несовершеннолетнего в преступную деятельность может иметь отражение в Особенной части УК РФ, но только если законодатель намерен криминализировать такое воздействие взрослого, которое не охватывается подстрекательством. В законе эту мысль можно отразить, изменив диспозицию нормы ч. 1 ст. 150 УК РФ следующим образом: «Вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления, не образующее подстрекательства, совершенное лицом, достигшим восемнадцатилетнего возраста».

Остановимся подробнее на квалификационном аспекте. Верховный Суд Российской Федерации в п. 42 упомянутого выше Постановления указал на необходимость применения ст. 150 УК РФ в совокупности с основной статьей⁷ Особенной части УК РФ со ссылкой на ч. 4 ст. 33. Поддерживается такой подход и большинством исследователей. Однако следует отметить, что судами данное правило соблюдается не всегда. Например, М., заставившая сына поджечь здание магазина, чтобы не выплачивать задолженность, была осуждена только по ч. 2 ст. 150 УК РФ. Квалификация ее деяний по ч. 3 ст. 30 ч. 2 ст. 167 УК РФ относится к другому эпизоду, а именно к предшествующей ее попытке самой поджечь магазин⁸.

Ряд авторов обращает внимание на возможность и достаточность использования п. «д» ч. 1 ст. 63 УК РФ для ужесточения ответственности взрослого, что служит аргументом в пользу ненужности ст. 150 УК РФ⁹. Однако редакция указанного пункта ст. 63 УК РФ в таком случае требует изменения. В качестве отягчающего обстоятельства необходимо признавать не только привлечение лиц, не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность, но всех несовершеннолетних.

С учетом вывода, сделанного в отношении вида, в котором ст. 150 УК РФ не будет дублировать положения об институте соучастия, судам в первую очередь необходимо устанавливать, каким именно способом было осуществлено вовлечение несовершеннолетнего. Если имело место склонение или принуждение, то содеянное следует квали-

⁶ П. 42 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 01.02.2011 № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» // Российская газета. 2011. № 29.

⁷ Здесь и ниже под основным преступлением (статьей, составом) понимается состав преступления, описывающий действия, которые с позиции института соучастия являются сугубо исполнительскими, т.е. не могут быть расценены как деятельность организатора, подстрекателя или пособника. При соотвествии такой деятельности преступления (статьи, составы) будут именоваться специальными.

⁸ Приговор Исетского районного суда Тюменской области от 21.01.2013 по делу № 1-7/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁹ См., напр.: Морозов А. Проблемы толкования и применения статьи 150 УК РФ // Уголовное право. 2013. № 1. С. 56; Киришин В., Багаутдинов Ф. Дифференциация уголовной ответственности за преступления против несовершеннолетних // Законность. 2010. № 4. С. 35; Чапурко Т.М. Уголовно-правовые средства предупреждения преступлений несовершеннолетних: дис... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 59–60.

фицировать по ч. 4 ст. 33 УК РФ как подстрекательство к основному преступлению с применением п. «д» ч. 1 ст. 63 (в измененной редакции). Если вовлечение осуществилось другим способом, то правильной уголовно-правовой оценкой будет вменение виновному действий, криминализованных в соответствующей части ст. 150 УК РФ. Если при этом взрослый сам впоследствии участвовал в реализации объективной стороны состава основного преступления, то он подлежит привлечению к ответственности как исполнитель по основному преступлению и по совокупности по соответствующей части ст. 150. И, наконец, если имели место подстрекательские действия и дальнейшее совместное исполнение, то правильной будет оценка содеянного с учетом обеих форм соучастия по статье, предусматривающей основное преступление.

Теперь перейдем к анализу ст. 205¹, 282¹ и 282² УК РФ, где склонение употребляется наряду с вербовкой и иным вовлечением. Прилагательное «иное» позволяет сделать вывод, что в контексте данных статей склонение рассматривается в качестве разновидности вовлечения, что в очередной раз доказывает, что последнее — более широкое понятие.

Вызывает вопрос указание вербовки наряду со склонением. Как отметил П.П. Алехин, «...под склонением понимается внушение другому лицу мысли о неизбежности, выгоды, полезности, значимости или желательности совершения террористического преступления»¹⁰. Довод о выгоде вполне подходит для склонения лица путем вербовки. Соответственно, самостоятельное выделение последней излишне.

В связи с вышеизложенным рассматриваемое «трио» понятий ст. 205¹, 282¹ и 282² УК РФ будет правильнее заменить на «склонение и иное вовлечение» либо на «вовлечение», возложив обязанность по конкретизации действий на судей. К сожалению, порой суды не делают этого и сейчас, при наличии альтернативных вариантов. Так, Шалинским городским судом Чеченской Республики установлено, что Г.Р.А.Р. виновен в «склонении, вербовке или ином вовлечении лица в совершение преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 208 УК РФ»¹¹. Однако из материалов дела следует, что действия обвиняемого выразились в демонстрации потерпевшему видеороликов, на которых были запечатлены бои между правительственными войсками Сирии и повстанцами, которые пытаются свергнуть ее правительство, и беседах на эту тему. С учетом изложенного выше подобные деяния следует квалифицировать как склонение при этом без элементов подкупа или вербовки.

Умысел вовлекающего в рассматриваемых составах направлен на совершение другим лицом преступления террористической направленности (ст. 205, 206, 208, 211, 277, 278, 279, 360 УК РФ) либо на привлечение его к участию в деятельности экстремистского сообщества (организации) (ч. 2 ст. 282¹, ч. 2 ст. 282² УК РФ).

Если сравнить санкции ч. 1 ст. 205¹ УК РФ с размером наказания по простым составам основных преступлений, то мы увидим, что за вовлечение они в большинстве случаев мягче. С учетом обусловленности появления ст. 205¹ УК РФ желанием законодателя ужесточить ответственность за совершение преступлений террористической направленности становится очевидным неправомерность квалификации содеянного исключительно по специальной статье.

Таким образом, единственным вариантом, соответствующим воле законодателя, следует признать применение совокупности. Однако подобный подход нарушает принцип справедливости, закрепленный в ст. 6 УК РФ. Последнее уже на протяжении долго-

¹⁰ Алехин В.П. Подстрекатель в террористической деятельности // Общество и право. 2008. № 1. С. 137.

¹¹ Приговор Шалинского городского суда Чеченской Республики от 25.02.2014 по делу № 1-36/14г.57002 // СПС КонсультантПлюс.

го времени выступает предметом обсуждений в научных кругах¹². Опуская подробное исследование этого вопроса, обратим внимание на важный момент. Применительно к поставленному вопросу ученые в большинстве своем рассматривают квалификационный аспект сугубо в отношении конкретного состава, статьи или небольшой группы преступлений, кладя в основу рассуждений соображения об общественной опасности того или иного деяния. Однако упор необходимо делать на выработку общего подхода, универсального для всех ситуаций. Как будет показано ниже, составов, идентичных по своей сути подстрекательству, в УК РФ достаточно, однако в отношении многих из них дискуссии о необходимости применения совокупности даже не поднимаются, и не только на уровне судебной практики, но и в научных кругах. Примером могут служить подстрекательские действия в ст. 183, 283¹, 309, 359 УК РФ. Следует также не забывать о существовании составов, где самостоятельное значение получили организаторские и пособнические действия, для которых поднятый вопрос не менее актуален.

Другим моментом, заслуживающим внимания, является судебная практика, а, точнее, отсутствие в ней единообразия даже вопреки сформулированным Верховным Судом РФ рекомендациям. Такое положение дел свидетельствует о наличии недостатков в существующем подходе и необходимости выработки единого принципа, критерия, в соответствии с которым будет осуществляться квалификация подобных деяний.

При решении вопроса о целесообразности самостоятельной уголовно-правовой оценки вовлечения в совершение преступлений террористической направленности или в участие в деятельности экстремистского сообщества (организации), представляется возможным руководствоваться выводами, изложенными в отношении ст. 150 УК РФ, а именно — оставить уголовно-наказуемым вовлечение, не образующее подстрекательства.

Несколько статей УК РФ устанавливают ответственность за вербовку. Определение этого понятия содержится в Модельном законе о противодействии торговле людьми¹³. Данное деяние образуют незаконные поиск, отбор и прием по найму лиц для выполнения за материальное вознаграждение в интересах нанимателя или иных лиц каких-либо работ, оказания услуг либо осуществления иной деятельности, включая противоправную, в том числе на территории иностранного государства. Исходя из этого определения, обязательным признаком вербовки выступает коммерческая основа данной деятельности. Такой тезис поддерживается большинством авторов, занимающихся исследованием настоящего вопроса¹⁴. Однако существуют и другие мнения¹⁵.

Обобщая анализ различных источников, автор пришел к выводу, что в литературе вербовке придается разная окраска в зависимости от конкретной статьи УК РФ. Так, применительно к ст. 359 УК РФ авторы единодушно высказываются о наличии коммер-

¹² Достаточно полно, анализируя аргументы «за» и «против» и разбирая позиции отдельных ученых, исследовал этот вопрос Д. Молчанов. Подробнее см.: *Молчанов Д.* Содействие террористической деятельности // Уголовное право. 2011. № 4. С. 35–41.

¹³ «Модельный закон о противодействии торговле людьми» (Принят в г. Санкт-Петербурге 03.04.2008 Постановлением № 30-11 на 30-ом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ) // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 2008. № 42. С. 301–353.

¹⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: научно-практический (постатейный) / Н.И. Ветров, М.М. Дайшутов, Г.В. Дашков и др.; под ред. С.В. Дьякова, Н.Г. Кадникова. М., 2013. С. 280, 903; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 тт. (постатейный) / А.В. Бриллиантов, Г.Д. Долженкова, Э.Н. Жевлаков и др.; под ред. А.В. Бриллиантова. М., 2015. Т. 2. С. 47.

¹⁵ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: научно-практический... С. 525; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Т.К. Агузаров, А.А. Ашин, П.В. Головенков и др.; под ред. А.И. Чучаева. М., 2013. С. 231.

ческой основы взаимоотношений нанимателя и вербуемого лица. Более того, в примечании к ст. 359 УК РФ законодатель четко прописал, что наемником признается лицо, действующее в целях получения материального вознаграждения.

В отношении ст. 205¹ УК РФ¹⁶ такого единодушия среди ученых относительно правовой природы вербовки нет. Отчасти это можно объяснить неудачностью формулировки п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности»¹⁷, поскольку в нем дано единое определение для склонения, вербовки и иного вовлечения, и указание на какое-либо материальное основание отсутствует. Более того, в «Комментарии к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам» под редакцией В.М. Лебедева вознаграждение рассматривается лишь в качестве одного из возможных аргументов для вовлечения лица: «Вербовка представляет собой поиск лиц и привлечение их к участию в какой-либо организации (в том числе за вознаграждение) в целях дальнейшего склонения их к участию в совершении хотя бы одного из названных преступлений (запись желающих, направление к месту обучения и т.п.)»¹⁸.

Если исключить предложение вознаграждения как элемент вербовки, становится неясным его отличие от иных форм склонения. Подобным умозаключением руководствуются и судьи. Так, Верховный суд Татарстана исключил из обвинения всех подсудимых квалифицирующий признак «вербовка в совершение преступления, предусмотренного статьей 278 УК РФ», поскольку стороной обвинения не предъявлено доказательств того, что кто-либо из подсудимых вербовал, т.е. нанимал других лиц для совершения преступлений.

Совместно с вербовкой рассмотрим подкуп, поскольку в основе последнего также лежит материальная или иная выгода. Для разграничения данных понятий следует принимать во внимание перспективу дальнейшей вовлеченности лица, которому делается предложение. Как отметила В.А. Казакова, вербовка предполагает поиск участников на более или менее длительную перспективу¹⁹. Действительно, если обратиться к статьям УК РФ, где встречаются подкуп и вербовка, то увидим, что последняя в основном предполагает вовлечение в деятельность (например, экстремистскую) или участие в длительном процессе (боевых действиях, военном конфликте). Подкуп же направлен на совершение разового действия: разглашение информации, оказание влияния на результат конкурса или соревнования, дачу ложных показаний и т.д.

Важен и характер деятельности лица, от которого исходит предложение о совершении преступления за плату. Как отмечается многими авторами, вербовка — систематический поиск и подбор лиц²⁰. Это своего рода профессиональная деятельность. Подкуп, в свою очередь, совершается для достижения разового результата.

¹⁶ Вероятно, аналогичное понимание применимо к ст. 282¹, 282² УК РФ.

¹⁷ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 09.02.2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» // Российская газета. 2002. 17 февраля.

¹⁸ Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам / Н.И. Бирюков, О.Н. Ведерникова, С.А. Ворожцов и др.; под ред. В.М. Лебедева. М., 2014. С. 386.

¹⁹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В.П. Верин, О.К. Зателепин, С.М. Зубарев и др.; науч. ред. А.С. Михлин, В.А. Казакова. М., 2008. С. 348.

²⁰ См., напр.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Г.Н. Борзенков, А.В. Бриллиантов, А.В. Галахова и др.; отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2013. С. 502; Кудрявцев В.Л. Склонение, вербовка или иное вовлечение лица как альтернативные действия объективной стороны содействия террористической деятельности // Адвокат. 2012. № 5. С. 23; и др.

Наконец, вербовку, как правило, осуществляет один из членов преступного формирования в ее интересах и в соответствии с исповедуемой идеологией. Подкуп же направлен на получение результата, в котором заинтересовано непосредственно лицо, предлагающее вознаграждение.

Подкуп в ст. 183 и 309 УК РФ приводит к совершению преступлений, предусмотренных ч. 2–4 ст. 183 и ст. 307, 308 УК РФ соответственно. За получение сведений, составляющих охраняемую законом тайну (ч. 1 ст. 183), предусмотрено максимальное наказание в виде двух лет лишения свободы, что на треть меньше верхнего предела ответственности за разглашение подобных сведений. Ответственность за деяния, криминализованные в ч. 1 ст. 309 УК РФ, идентична предусмотренной ст. 307 и 308. Сравнение подтверждает довод о нецелесообразности использования исключительно специальной нормы при квалификации рассматриваемых деяний.

В качестве замечания в отношении юридической техники следует отметить ошибочность включения подкупа в ч. 1 ст. 184 УК РФ. Последний в ч. 4 ст. 33 фигурирует как способ склонения; соответственно, поскольку оно также образует состав преступления, самостоятельное выделение подкупа в данном случае ошибочно.

Помимо подкупа и уговоров в качестве способа склонения в ч. 4 ст. 33 упоминается угроза. Данное понятие фигурирует во многих статьях УК РФ, при этом значение его разнообразно. В рамках настоящего исследования нас будет интересовать угроза, направленная на вовлечение лица или группы лиц в совершение конкретного преступления. Такая ситуация имеет место в ст. 150, 183, 283¹. Подобная выборка основана на том, что в остальных случаях угроза не приводит к совершению лицом, которому угрожают, преступления.

В ст. 150 УК РФ законодатель в зависимости от вида угрозы устанавливает различную ответственность за вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления. Так, если лицо угрожает применить насилие, такое деяние расценивается как тяжкое преступление и влечет более строгое наказание.

В ст. 183 и 283¹ УК РФ установлена ответственность за получение сведений, составляющих охраняемую законом тайну. При этом в ч. 1 ст. 283¹ в отличие от ст. 183 содержится указание только на насильственный вид угрозы. Тем не менее перечень способов в ч. 1 ст. 283¹ оставлен открытым, соответственно, уголовно-наказуемой будет и простая угроза. Интересно также, что вопреки традиционной связке насилия и угрозы его применения законодатель в ст. 283¹ УК РФ поместил их в разные части, установив за первое вдвое более строгую ответственность. Однако применительно к ст. 183 данные деяния обладают одинаковой степенью общественной опасности. Чем руководствовался при этом законодатель, по-разному формулируя нормы, регулирующие сходные правоотношения, остается непонятным.

Абстрагируясь от законодательного регулирования, а именно, от формулировки ч. 4 ст. 33 УК РФ, автор пришел к заключению, что угроза по своей природе отлична от склонения и не может рассматриваться в качестве его способа. Более того, применительно к подстрекательству правильнее говорить не об угрозе, а о шантаже. Его иначе можно выразить словами «условная угроза», так как реализация последней зависит от действий лица, на которого оказывается воздействие. Склонение характеризуется свободой в принятии решения подстрекаемым. В случае угрозы лицо соглашается совершить преступление не по своей воле. Такая картина характерна для принуждения.

Указание на принуждение как способ подстрекательства другого лица к совершению преступления в ч. 4 ст. 33 отсутствует. Не выделяют его, как правило, и авторы комментариев к УК РФ. Можно сослаться на открытость перечня в указанной норме, однако речь в ней идет об альтернативных способах склонения. Как было обосновано выше, склонение

имеет ненасильственную природу и выражается в убеждении, чего нельзя сказать о принуждении. В подтверждение самостоятельности данных понятий можно привести ст. 184 и 309 УК РФ, где они использованы в качестве альтернативных друг другу.

В поддержку иной позиции Е.Г. Веселов выразил мнение, что «принуждение (как физическое, так и психическое) вполне подпадает под признаки угрозы или другого способа», соответственно оно может рассматриваться в качестве подстрекательства²¹. Представляется, что данное утверждение ошибочно в части определения главного и зависимого понятий — угроза является разновидностью принуждения, а не наоборот. Доказать это просто. Если признать принуждение видовым понятием по отношению к угрозе, то в таком случае все способы первого также должны иметь отношение к угрозе. Очевидно, что в отношении насилия, ограничения свободы и т.д. такого вывода сделать нельзя.

Примеры признания принуждения разновидностью подстрекательства можно найти в судебной практике. Так, обвинение настаивало на квалификации действий П. по ч. 4 ст. 33, ч. 2 ст. 228 УК РФ, поскольку он принудил подсудимого к участию в сбыте наркотиков путем угроз²². Хабаровский краевой суд признал Р.В.В. подстрекателем к убийству, поскольку он склонил Г.А.В. к совершению преступления путем уговоров, с угрозой причинением вреда здоровью, т.е. применив психическое принуждение²³. В последнем случае о принуждении правильно говорить только в отношении угроз, но не уговоров, поскольку уговоры — это способ склонения.

Лексический анализ статей УК РФ, в которых использовано понятие «принуждение», показал, что оно на текущий момент не имеет строго определенного содержательного наполнения. В одних случаях, когда речь о принуждении идет опосредованно (ст. 150, 205¹, 282¹, 282²), к нему можно отнести любые способы воздействия, подавляющие волю принуждаемого. В других — некоторые способы принуждения приобретают самостоятельное значение (например, насилие в п. «б», ч. 2 ст. 283¹ УК РФ; шантаж, угроза убийством, причинение вреда здоровью, уничтожение или повреждение имущества в ч. 2 ст. 309 УК РФ). Причем единообразного подхода к такой дифференциации нет.

Итак, исследование различных способов воздействия на лиц с целью привлечения их к совершению преступления позволило выявить специфику каждого из них.

Вовлечение — это наиболее общее понятие, охватывающее все возможные способы воздействия. Для установления факта вовлечения достаточно доказать причастность лица к определенной деятельности в результате оказанного на него влияния.

Под склонением следует понимать ненасильственный способ воздействия, в результате которого лицо самостоятельно принимает решение относительно готовности совершить преступление, не опасаясь наступления неблагоприятных последствий в случае отказа со стороны склоняющего. Склонение реализуется через убеждение, уговоры, обман (но не в отношении сути предполагаемого действия) или обещание каких-либо благ, получения иной выгоды от лица, оказывающего воздействие.

Согласие совершить преступление, обусловленное обещанными благами, свидетельствует о реализации вербовки или подкупа. Объединяет их то, что в обоих случаях подстрекаемое лицо получает материальную или иную выгоду, обещанную еще до начала совершения преступления. Отличие вербовки от подкупа заключается в том, что последний в большинстве случаев совершается лично заинтересованным в преступном

²¹ Веселов Е.Г. Физическое или психическое принуждение // СПС КонсультантПлюс.

²² Приговор Первомайского районного суда Омска от 20.04.2012 по делу № 1-100/2012 // СПС КонсультантПлюс.

²³ Приговор Хабаровского краевого суда от 24.02.2014 по делу № 2-12/2014(2-104/2013 // СПС КонсультантПлюс.

результате лицом для совершения подстрекаемым конкретного действия (или воздержание от него), а не для участия в деятельности. Также для подкупа не характерен такой признак, как систематичность.

Угроза наряду с насилием, ограничением свободы, уничтожением и повреждением имущества, использованием зависимого положения лица с целью его вовлечения в преступную деятельность образуют принуждение. Характерная особенность данного вида воздействия — принятие принуждаемым лицом решения совершить преступление в результате оказываемого на него давления и в связи с желанием избежать неблагоприятных последствий в случае отказа.

Ввиду того, что принуждение не может считаться способом склонения и угроза является разновидностью первого, ч. 4 ст. 33 предлагается изложить в следующей редакции: «Подстрекателем признается лицо, вовлекшее другое лицо путем склонения или принуждения в совершение преступления».

Подстрекательские действия в широком смысле (включая принуждение), получили самостоятельный статус в ст. 150, 183, 205¹, 282¹, 282², 283¹, 309, 333 и 359 УК РФ. При этом дискуссии относительно квалификационной модели (по совокупности или нет) ведутся преимущественно в отношении ст. 150 и 205¹ УК РФ. Применительно к остальным составам подобный вопрос, как правило, не поднимается не только на уровне правоприменения, но в научных кругах. Представляется, что решение должно быть единообразным как в отношении конкретных составов, так и при их сравнении между собой. Достичь такой цели позволит исключение дублирующих положения института соучастия норм из Особенной части УК РФ. Подобный подход позволит избежать нарушения принципа *non bis in dem*, сохраняя при этом в полной мере возможность привлечения нарушителей к ответственности с использованием норм главы 7 УК РФ. Проблемы привлечения к ответственности при отсутствии исполнения основного преступления или ее ужесточение следует решать за счет реформирований положений Общей части УК РФ, но не за счет введения новых специальных составов в Особенную часть.

Результаты исследования понятийного аппарата могут быть восприняты законодателем для улучшения юридической техники при конструировании норм Особенной части УК РФ.



Библиография

Алехин В.П. Подстрекатель в террористической деятельности // Общество и право. 2008. № 1. С. 137–139.

Бриллиантов А. Вопросы соучастия при квалификации содействия террористической деятельности // Уголовное право. 2008. № 3. С. 25–30.

Веселов Е.Г. Физическое или психическое принуждение (Подготовлен для системы КонсультантПлюс, 2008) // СПС КонсультантПлюс.

Киришин В., Багаутдинов Ф. Дифференциация уголовной ответственности за преступления против несовершеннолетних // Законность. 2010. № 4. С. 32–35.

Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда Российской Федерации по уголовным делам / Н.И. Бирюков, О.Н. Ведерникова, С.А. Ворожцов и др.; под общ. ред. В.М. Лебедева. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2014. 816 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. (постатейный) / А.В. Бриллиантов, Г.Д. Долженкова, Э.Н. Жевлаков и др.; под ред. А.В. Бриллиантова. 2-е изд. М.: Проспект, 2015. 704 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: научно-практический (постатейный) / Н.И. Ветров, М.М. Дайшутов, Г.В. Дашков и др.; под ред. С.В. Дьякова, Н.Г. Кадникова. 2-е изд. М.: Юриспруденция, 2013. 912 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В.П. Верин, О.К. Зателепин, С.М. Зубарев и др.; науч. ред. А.С. Михлин, В.А. Казакова. 2-е изд. М.: Проспект, 2008. 704 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Г.Н. Борзенков, А.В. Бриллиантов, А.В. Галахова и др.; отв. ред. В.М. Лебедев. 13-е изд. М.: Юрайт, 2013. 1069 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Т.К. Агузаров, А.А. Ашин, П.В. Головненков и др.; под ред. А.И. Чучаева. М.: Контракт, 2013. 672 с.

Кудрявцев В.Л. Склонение, вербовка или иное вовлечение лица как альтернативные действия объективной стороны содействия террористической деятельности // Адвокат. 2012. № 5. С. 21–25.

Молчанов Д. Содействие террористической деятельности // Уголовное право. 2011. № 4. С. 35–41.

Морозов А. Проблемы толкования и применения статьи 150 УК РФ // Уголовное право. 2013. № 1. С. 54–59.

Чапурко Т.М. Уголовно-правовые средства предупреждения преступлений несовершеннолетних: дис ... канд. юрид. наук. М., 1998. 176 с.

Шевченко Н.П. Уголовная ответственность за вовлечение несовершеннолетнего в совершение преступления: дис ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2003. 206 с.

Incitement: Terminology and Qualification Aspects



Mayya Sablina

Postgraduate Student, Department of Criminal Law and Criminalistics, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: maya.sablina@yandex.ru



Abstract

The paper presents a critical analysis of legislative definition of *abettor*. Such ways of involving persons in crime committing as abetment, recruiting, bribery, threat, enforce and their relationship to each other are examined. It was established that abetment and enforcement are single-level terms which are part to the concept of involvement. Free will of an incited person is a criterion for distinguishing. Recruiting and bribery meet the criteria for abetment and based on a material gain promise. In turn, the threat reflects the essence of enforcement. A number of legal technique shortcomings are identified in the design of particular Specific Part provisions of the Criminal Code which violate consistency using of the considered conceptual construct. The author's version is offered for amending p. 4 Art. 33 of the Criminal Code taking into account the formed terms hierarchy. A possible qualification ways of actions both covered by a specific article of the Criminal Code and coinciding with the complicity institute provisions are considered. The lack of uniformity is revealed in the approach both at the level of judicial practice and opinions among the scholars. The views expressed in the scientific community predominantly relate to specific crime components or groups of crimes. The paper emphasizes the need for a single principle universal for all situations. The author concluded that the exclusive application of a specific article is unnecessary as in some cases it provides a smaller penalty than can be assigned to an abettor by using an article according to which they can be considered as accomplices. Another option would be an application of the cumulative crime institute. However, this qualification model is unacceptable as it violates the principle of fairness in sentencing. In this regard, the only solution capable of ensuring uniformity in the enforcement is the exception of legally defined crimes which duplicate provisions of incitement from the Special Part of the Criminal Code. The provisions of Chapter 7 of the Criminal Code of complicity should be used in such situations.



Keywords

Russian Federation Criminal Code, crime complicity, involvement, committer, inciter, recruiting, bribery, threat, enforcement, cumulative crime.

Citation: Sablina M.V. (2016) Incitement: Terminology and Qualification Aspects. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 129–139 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.129.139



References

Alekhin V.P. (2008) Podstrekatel' v terroristicheskoy deyateli'nosti [Inciter in Terrorism]. *Obshchestvo i pravo*, no 1, pp. 137–139.

Brilliantov A.V. (2008) Voprosy souchastiya pri kvalifikatsii sodeystviya terroristicheskoy deyateli'nosti [Involvement in Qualifying Perpetration in Terrorism]. *Ugolovnoe pravo*, no 3, pp. 25–30.

Brilliantov A.V. (ed.) (2015) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the RF Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 704 p. (in Russian)

Chapurko T.M. (1998) *Ugolovno-pravovye sredstva preduprezhdeniya prestupleniy nesovershennoletnikh: (Diss....kand. jurid. nauk)* [Criminal Law Tools to Prevent Juvenile Crimes. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 176 p.

Chuchayev A.I. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to RF Criminal Code]. Moscow: Kontrakt, 672 p. (in Russian)

D'yakov S.V., Kadnikov N.G. (eds.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii: nauchno-prakticheskiy (postateynny)* [Commentary to the RF Criminal Code for Practice and Research]. Moscow: Yurisprudentsiya, 912 p. (in Russian)

Kirshin V., Bagautdinov F. (2010) Differentatsiya ugolovnoy otvetstvennosti za prestupleniya protiv nesovershennoletnikh [Differentiating Criminal Liability for Crimes against Minors]. *Zakonnost'*, no 4, pp. 32–35.

Kudryavtsev V.L. (2012) Sklonenie, verbovka ili inoe вовлечение litsa kak al'ternativnye deystviya ob»ektivnoy storony sodeystviya terroristicheskoy deyateli'nosti [Incitement, Recruiting and other Involvement in Terrorism]. *Advokat*, no 5, pp. 21–25.

Lebedev V.M. (2014) *Kommentariy k postanovleniyam Plenuma Verkhovnogo Suda Rossiyskoy Federatsii po ugolovnym delam* [Commentaries to the Decisions of the RF Supreme Court on Criminal Cases]. Moscow: Norma, 816 p. (in Russian)

Lebedev V.M. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to the RF Criminal Code]. Moscow: Yurayt, 1069 p. (in Russian)

Mikhlin A.S., Kazakova V.A. (eds.) (2008) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynny)* [Commentary to the RF Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 704 p. (in Russian)

Molchanov D. (2011) Sodeystvie terroristicheskoy deyateli'nosti [Abetting Terrorist Activity]. *Ugolovnoe pravo*, no 4, pp. 35–41.

Morozov A. (2013) Problemy tolkovaniya i primeneniya stat'i 150 UK RF [Issues of Interpreting and Applying Art. 150 of the RF Criminal Code]. *Ugolovnoe pravo*, no 1, pp. 54–59.

Shevchenko N.P. (2003) *Ugolovnaya otvetstvennost' za вовлечение nesovershennoletnego v sovershenie prestupleniya: (Diss....kand. jurid. nauk)* [Criminal Liability for involving a Minor in a Crime (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Stavropol', 206 p.

Veselov E.G. (2008) *Fizicheskoe ili psikhicheskoe prinuzhdenie* [Physical and Psychic Coercion]. SPS Konsul'tantPlyus.

Legal Basis for Transformation of Public Property and Russian Legislation on Privatization in the 1990s



Alexander Kozyrin

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



Abstract

The article discusses the history of the legislation on privatization in Russia and features of use of privatization as a regulator of the modern economic policy in the Russian Federation. The author shows the unique experience of privatization in Russia in the 1990s, which allowed rapid creation of private sector in the Russian economy. Privatization as a paradigm of modern economic policies of developed countries has now become truly universal. Having replaced the strategy of state intervention in the economy, the policy of privatization rapidly covered the majority of foreign countries in the early 1970s. In Russia, privatization has become one of the key elements in the system of market reforms and decentralization of the economy. In contrast to countries with developed market economies, where the transfer of the state-owned property into private ownership helped increase the effectiveness of individual enterprises, privatization in Russia was intended to provide a radical shift in property relations. The article analyses different approaches to defining privatization, including the approaches provided for in the legislation in regards to this term, highlights the main stages of the Russian legislation development in the field of privatization. The legislation on the “first wave” of privatization had been launched in 1992, when Russia began the “voucher” privatization (1992-1994) featured by using vouchers as means of payment (hence, this stage was called “voucher” privatization). A privatization voucher did not certify its owner’s right to the share in the public property. It was a kind of government security, the yield of which was dependent on the method of its use by the owner. By purchasing shares for privatization vouchers, their owners could earn income through the sale of shares or in the form of dividends to be paid. After the voucher privatization, the government moved towards a new model, known as “monetary privatization”. Main reason for transition to monetary privatization was urgent need for federal budget revenues and the need for investment for structural transformation of the Russian economy. The article describes mortgaging auctions, which were among the non-standard forms of privatization used in practice at that period. Individual privatization projects can also be referred to the nonstandard forms. They included measures aimed at privatization of public property particularly important for the state, region or industry, and providing for the pre-sale preparation of the property with assistance of an independent financial consultant.



Keywords

transformation of public property, privatization, Russian legislation, proceeds from privatization, voucher privatization, mortgaging auctions.

Citation: Kozyrin A.N. (2016) Legal Basis for Transformation of Public Property and Russian Legislation on Privatization in 1990 s. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 140–151 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.140.151

Privatization as a paradigm of modern economic policies of developed countries has now become truly universal. Having replaced the strategy of state intervention in the economy that had prevailed since the First World War and had even intensified after the global economic crisis of the 1929-1933, the policy of privatization rapidly covered the majority of foreign countries in the early 1970s. It worth noting that until the 1970s there was no concept of privatization in the legal, economic and political lexicon, and there was no mention of it in the dictionaries and reference books of that time. Now, privatization, similar to taxes, is addressed among the most important directions in the election programs of political parties; whole branches of law emerges around it, etc. Privatization has even reached Cuba and other “orthodox” countries with planned economies.

The privatization boom took off in the first half of 1990s. Many countries were actively using the experience of the UK, the “pioneer” of privatization, in their privatization programs. Each country has formed its own set of privatization tools and techniques, taking into account the specifics of the prevailing economic, social and political realities, and coming from the needs of reforming the national structure of ownership¹.

In the countries of Southern Europe (Italy, Spain, Portugal and Greece) privatization policies were influenced greatly by the urgent need to cover the budget deficit rather than by neoliberalism. There was a different situation was in the north of Europe. In Sweden, Finland, Norway and Denmark, the privatization boom was driven not by fiscal considerations, but primarily by the interests of economic policy: in countries with a traditionally high share of public sector in the economy, privatization was conditioned by the need for structural economic reforms, which were hoped to improve the competitiveness of national industries in global markets and to support rapid transition to high-tech industries.

In countries with developed federalism (for example, in Canada) privatization was carried out mainly at the regional level. Some countries used privatization to fit quickly into the globalization processes of economic relations. Specifically privatization itself was considered in some countries as tool for the formation of a transnational market environment.

Developing countries of the Third World (in Africa, Latin America, Asia-Pacific region), basing their economic policies on the strong public sector, under the influence of the world financial institutions (especially, the World Bank) have adopted the proposed privatization programs and have taken significant cuts in the national public sector.

In Russia, as in most post-Soviet countries, privatization has become one of the key elements in the system of market reforms and decentralization of the economy. “Privatization in Russia was unprecedented not only in scale, but also in content”, says the policy brief of the Accounts Chamber of the Russian Federation. “In contrast to countries with developed market economies, where the transfer of the state-owned property into private ownership helped increase the effectiveness of individual enterprises, privatization in Russia was intended to provide a radical shift in property relations, that is, to meet the challenge of changing the economic basis of society”².

However, implementation of privatization programs in the post-socialist space differed in their effects. While in some countries (China, Baltic countries) privatization caused relatively low socio-economic losses, in Russia, Ukraine and the Central Asian states the privatization campaigns were accompanied by enormous economic and social upheaval.

¹ Privatization: Global Trends and National Specifics. V.A. Vinogradov, ed. Moscow, 2006. P. 24.

² Analysis of the State-Owned Property Privatization Process in the Russian Federation for the period of 1993–2003 (expert analytical arrangement). S.V. Stepashin, ed. Moscow, 2005. P. 10.

About the Concept of Privatization

In scholar discourse, the term “privatization” is used in different meanings.

Privatization in the broad sense is defined as “the process occurring in the national economic system for reducing the public sector, as well as structural redistribution of property rights in favor of private capital by reducing the share of the state in the gross national product”³.

The official documents of the US Government contain reference on privatization as a long term strategy to expand the private sector by reducing the public sector.

Privatization, understood in this way, is an element of the state policy of economy deregulation, the implementation of which leads to an increase in the contribution of the private sector to the economic development of society.

Privatization at the macro level involves the transformation of a significant number of economic agents that ultimately leads to considerable changes in the ownership structure of the means of production, reduction in government consumption of goods and services, and strengthening the role of private institutions in socio-economic development.

In the narrow sense of the word, privatization is “the process of limiting the powers of the state as a subject of ownership, management and/or administration, which is initiated by the state and institutionalized by the relevant legislative acts”⁴.

In this meaning, privatization can be understood in different ways. For example, in the UK, privatization means the reduction of state participation in the capital of the company to less than 50%, and in Turkey, privatization is recognized as fulfilled even if the state reserves the greater part of the property in its ownership⁵.

In the model law on privatization offered by the World Bank, privatization refers to transactions resulting in the sale of state-owned enterprises, a substantial part of state property to private entities, or the transfer of control over state enterprises or a substantial part of other state property to individuals (Article 2)⁶.

The legislation of the Russian Federation contains several definitions of privatization. So, according to Article 1 of the Federal Law of December 21, 2001 No. 178-FZ “On Privatization of the State-owned and Municipal Property”, privatization is understood as the paid acquisition of property owned by the Russian Federation, subjects of the Russian Federation, municipalities in the property of physical and (or) legal entities for compensation (Article 1).

A similar definition of privatization can be found in the Civil Code of the Russian Federation of November 30, 1994 No. 51-FZ: “Privatization is the process of transfer of the property in the state or in municipal ownership into the ownership of the citizens and of the legal entities in the order, stipulated by the laws on privatization of the state and municipal property» (Article 217).

Doctrinal definitions of privatization in some cases may differ from the legislated ones. Some Russian and foreign scientists, defining privatization, mean not only the process of transferring public property, but also the implementation of measures to reduce the impact of the public sector and, accordingly, to strengthen the position of the private sector in the economy and to promote business activity in the country⁷.

³ Vinogradov V.A., Veselovskiy S.Ya. Privatization in the Global Context. Moscow, 1998. P. 15.

⁴ Ibid. P. 14–15.

⁵ The State Property Management / V.V. Koshkin, V.M. Shupyro, eds. Moscow, 1997. P. 249.

⁶ Law on Privatization. Prepared by the Legal Reform and Private Sector Development Unit, Legal Department, The World Bank // http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTICE/Resources/privatization_civil.pdf (accessed: 12.12.2012)

⁷ See: Paschenko A.V. Purposes of the Legal Regulation of Privatization // Reforms and Law. 2012. No. 2. P. 15, 16.

This concept of privatization allows, for example, distinguishing between privatization of property (*proprietary privatization*), the object of which is the ownership right, and privatization of functions (*functional privatization*), when certain functions of the state and competencies of public authorities are transferred to institutions of private law (various associations, unions, self-regulatory organizations, and so on) within the framework of liberalization of public administration and state regulation⁸.

When defining privatization, the historical features of public property formation and augmentation in some post-socialist states should be also taken into account.

Currently, such concepts as gratuitous transfer of state-owned and municipal property have emerged in their legislation, establishing the legal framework for public property. Obviously, this legal model of public property alienation is not privatization in the above sense, and it resembles the “return” of state-owned property in cases when restitution tools are not used.

Examples of such specific cases of public property transfer in the Russian Federation are presented in the legislation on privatization of the state-owned and municipal housing fund⁹, as well as in the Special Procedure for the transfer of religious buildings and constructions with related land and other state-owned or municipal property of religious purposes into the ownership of religious organizations for use in their respective order¹⁰.

Development of Legislation on Privatization in Russia: Economic Reforms and Improvement of Public Finances

The objectives of privatization in the Russian Federation differed significantly from those of privatization campaigns in the West.

Privatization in Russia has become one of the ways of denationalizing economy and transitioning to a market economy. Without solving this initial task, the Russian Government would not be able to move on to the “classic” purposes of privatization (economic reforms, improvement of public finances, and so on).

The origins of the modern legal model of privatization in Russia should be sought in the second half of the 1980s. At this historical stage of privatization, which is called “creeping”¹¹ (“free”¹²,

⁸ Parker D. Privatization Ten Years on: a Critical Analysis of its Rationale and Results”. <https://dspace.lib Cranfield.ac.uk/bitstream/1826/606/2/SWP4091.pdf> (accessed: 12.12. 2012)

⁹ The legislative regulation of privatization of the housing fund in the state and the municipal ownership is characterized by, firstly, being carried out in accordance with the “own” law on privatization, Law of the Russian Federation of July 10, 1991 No. 1541-1 “On Privatization of the Housing Fund in the Russian Federation”, and, secondly, being closely connected with the Russian housing legislation.

¹⁰ In accordance with the Federal Law of June 25, 2002 No. 73-FZ “On the Objects of Cultural Heritage (monuments of history and culture) of the Peoples of the Russian Federation”, the objects of cultural heritage of religious purpose may be transferred to religious organizations’ property only in compliance with the order established by the legislation of the Russian Federation (Para 2, Article 50). The relevant procedure is provided for in the Federal Law of September 26, 1997 No. 125-FZ “On Freedom of Conscience and on Religious Associations”, which stipulates the principle of a gratuitous transfer of religious buildings and constructions with related land and other property of religious purpose owned by the state and municipalities into the ownership of religious organizations (Para 3, Article 21). It is also regulated by the Federal Law of November 30, 2010 No. 327-FZ “About Transfer of the State-owned or Municipal Property of Religious Purposes to Religious Organizations”, which establishes procedures of a gratuitous transfer of this type of public property into ownership.

¹¹ Privatization in Russia / A.B. Chubais, ed. Moscow, 1999.

¹² Alekseev S.S. Property Right. Issues in Theory. 3rd ed. Moscow, 2010.

“bureaucratic”¹³) privatization, the economic relations on privatization began to develop de facto. However, they were not regulated legislatively.

The legislative framework of privatization began to emerge in the early 1990s. The Law of the RSFSR of July 3, 1991 No. 1531-1 “On Privatization of State-owned and Municipal Enterprises in the RSFSR” provided the first legal definition of privatization: “Privatization of state-owned and municipal enterprises is a purchase by citizens, joint stock companies (partnerships) from the government and local Councils of People’s Deputies of enterprises, workshops, factories, departments, other independent divisions of these companies; equipment, buildings, constructions, licenses, patents and other tangible and intangible assets of liquidated companies and their divisions; shares (stocks) of the state and local Councils of People’s Deputies in the capital of joint stock companies (partnerships); shares (stocks) of privatized companies in the capital of other joint stock companies (partnerships), associations, concerns, unions and other consolidated companies” (Article 1).

Along with the previously mentioned Law of the RSFSR “On Privatization Of State-owned and Municipal Enterprises in the RSFSR” the legislation on the “first wave” of privatization included two more laws: the Law of the RSFSR of December 24, 1990 No. 443-1 “On Ownership”, and the Law of the RSFSR of December 25, 1990 No. 445-1 “On Enterprises and Entrepreneurial Activity”.

In pursuance of the legislation on privatization and aiming to accelerate privatization processes the Supreme Council of the Russian Federation adopted the Resolution “On differentiation of the state-owned property in the Russian Federation between federal property, public property of the republics in the structure of the Russian Federation, territories, regions, autonomous regions, autonomous districts, Moscow City and Saint-Petersburg City, and municipal property” (December 27, 1991 No. 3020-1).

The legislation on the “first wave” of privatization had actually been launched in 1992, when Russia began the “voucher” privatization (1992-1994).

Mass privatization started in Russia in accordance with the Decree of the President of the Russian Federation of July 1, 1992 No. 721 “On organizational measures for transformation of the state-owned enterprises, voluntary associations of state-owned enterprises into joint stock companies”.

The first stage of privatization was featured by using vouchers as means of payment (hence, this stage was called “voucher” privatization). In compliance with Para 1 of the Presidential Decree of August 14, 1992 No. 914 “About Enacting the System of Privatization Vouchers in the Russian Federation” (hereinafter Decree No. 914), the system of privatization vouchers was introduced in the country starting from October 1, 1992 “in order to accelerate the transfer of public property to citizens of Russia and to involve public at large into privatization processes”.

According to Decree No. 914 every citizen of the Russia was granted the right to receive one privatization voucher of equal nominal value per issue. Voucher issues were released on the basis of decrees of the President of the Russian Federation. Para 3 of the Decree contained a rule prohibiting “the issuance of securities or the creation of other systems for unpaid transfer of the state-owned and municipal property into the ownership of citizens of the Russian Federation and their associations in republics, territories, regions, autonomous region, cities of Moscow and St.-Petersburg, districts and cities”.

Decree No. 914 approved the Regulations on Privatization Check, according to which, privatization checks become the tools of “the mechanism of unpaid transfer to citizens of the Russian Federation of enterprises, their divisions, stocks and shares in joint stock companies and partnerships”, being in federal ownership and in the ownership of subjects of the Russian Federation in the course of privatization.

¹³ Economic History of the USSR and Russia in the late 20th century (1985–1999). A.A. Klishas., ed. Moscow, 2011. P. 117.

A privatization check was recognized as a special-purpose non-reusable government security: once used to purchase privatized property it was then cancelled and redeemed from circulation.

Each privatization voucher had a validity determined at its release by the Government of the Russian Federation and indicated on the voucher. The validity could not be less than one year and could not exceed two years. Upon expiration of validity, the privatization checks were considered cancelled and were redeemed from circulation.

According to the Regulations on the Sale of Shares in the Course of Privatization and the Regulations on Private Subscription, approved by the State Property Committee of the Russian Federation, the value of privatization objects could be paid in full or in part by privatization checks¹⁴.

When buying a whole enterprise, as well as assets of liquidated enterprises at auction, competitive or investment tender, a buyer was obliged to make part of the payment in privatization checks within the limits of proceeds from privatization to be directed to the federal budget according to the rates established by the state privatization program.

The Russian Federal Property Fund or other institution, acting as a representative of the seller of the privatization object, was obliged to accept privatization checks at their face value as legal means of payment.

We should also note that, when issuing vouchers, there was no calculation stipulated to determine the share value of privatized enterprises relevant to the value of a privatization check¹⁵.

A privatization voucher did not certify its owner's right to the share in the public property. It was a kind of government security, the yield of which was dependent on the method of its use by the owner. By purchasing shares for privatization vouchers, their owners could earn income through the sale of shares or in the form of dividends to be paid.

A privatization check gave the holder the right to buy shares of privatized enterprises in the whole territory of the Russian Federation, as well as shares of the check investment funds.

In order to create necessary conditions for vouchers' circulation, the Decree of the President of the Russian Federation of October 7, 1992 No. 1186 "On Measures for organization of securities market during the process of privatization of the state-owned and municipal enterprises" provided for the establishment of check investment funds — CIFs, which were to accumulate privatization checks for subsequent investments in shares of privatized enterprises. The CIFs accepted privatization checks (vouchers) from the population in exchange for shares of the funds. For vouchers they purchased shares of various privatized companies, and paid dividends to their stockholders from the sum of dividends received on the shares of the invested enterprises.

Presidential Decree of February 12, 1993 No. 216 "On Measures to Regulate the Circulation and Redemption of Privatization Checks" established that privatization checks could be bought and sold without restriction as to number. The prices of privatization checks were determined by consensus between parties.

According to the State Program of privatization of state-owned and municipal enterprises in the Russian Federation, approved by Presidential Decree of December 24, 1993 No. 2284, small enterprises were to be sold at auctions and tenders. Privatization of large enterprises was carried out after reorganizing them into joint stock companies. In this case, the workers were entitled to preferential buyout of certain percentage of shares of privatized companies by private subscription.

¹⁴ Directive of the State Property Committee of Russia of July 27, 1992 No. 308-r "On Adoption of Regulations on Private Placement of Shares in the Privatization Process of the State-Owned and Municipal Enterprises"; Directive of the State Property Committee of Russia of November 4, 1992 No. 701-r "On Adoption and Introduction of Regulations on Sale of Shares in Process of Privatization and Regulations on the Special Check Auctions".

¹⁵ Ministry of Economic Development of the Russian Federation. Letter, April 16, 2009 No. D06-1043.

Citizens of the Russian Federation, who were not the employees of enterprises to be privatized, had the opportunity to participate in privatization of enterprises through specialized voucher auctions and CIFs. The number of shares to be sold for one privatization voucher was determined by specialized voucher auctions.

It should be mentioned that sale and purchase operations with privatization vouchers and acquiring securities in exchange for vouchers, including shares of the check investment funds and shares of privatized enterprises, were not subject to taxation. In addition, the cost of privatization vouchers issued to the persons entitled to receive them in accordance with the Russian legislation was not included in the taxable gross income of citizens and was not subject to income tax on individuals. Personal income obtained in the form of the difference between the share value of the check investment funds at its initial placement and its value at subsequent sale at a higher price was also not subject to tax.

As already noted, the funds raised from privatization were distributed according to the standards set in the State Privatization Program.

The proceeds from privatization of federal property or the property of subjects of the Russian Federation, after payments made to members of labor collectives, were to be distributed as follows: 45% of the funds were directed to the budget of the constituent entity of the Russian Federation, 30% — to the federal budget, and 10% — to the local budget. The remaining 15% of proceeds were allocated among the Federal Entrepreneurship Development Fund (5%), the State Property Committee (1.7%)¹⁶, the Russian Federal Property Fund (0.3%), the regional agency of the State Property Committee (4.5%) and the Regional Property Fund¹⁷ (3.5%).

In the case of privatization of municipal property, the norms of distribution were changed in favor of local budgets: 45% of the funds were directed to the local budget, 25% — to the budget of the subject of the Russian Federation, and 20% — to the federal budget. The remaining 10% was distributed among the State Property Committee (1.7%), the Russian Federal Property Fund (0.3%), the regional agency of the State Property Committee (4.5%) and the Regional Property Fund (3.5%).

Proceeds from the sale of property in the operative management of the Armed Forces, the Federal Counterintelligence Service, and the Ministry of Internal Affairs were transferred in full (100%) to the federal budget. One per cent of the funds were used to stimulate activity of the organizers of the privatization process.

“Voucher” privatization is probably one of the most controversially and ambivalently assessed pages of the modern economic history of Russia. On the one hand, vouchers contributed to the denationalization of the economy, the creation of the institution of private property, and the formation of the corporate sector and the corporate securities market. As of July 1, 1994, the share of the private sector in the consumer goods industry accounted for 48%, 47% in the food industry, 35% in construction, 42% in mechanical transport and vehicle repair, 55% in retail trade, 47% in public catering, and 55% in domestic services¹⁸.

On the other hand, vouchers were not able to ensure equitable and fair privatization of state-owned property. Methods of voucher privatization were inherently non-economic, and fierce debates on its “predatory essence” still continue to this day.

¹⁶ At least 50% of funds from privatization received by the State Property Committee were directed to conducting the voucher auctions. If as a result of the check auctions and check investment tenders, the lack of monetary component for the transfer to the privatization bodies according to the established standards was detected, the missing funds were financed by the local budget. These funds were managed by a team, consisting of representatives of the State Property Committee of Russia and the Russian Federal Property Fund.

¹⁷ The Fund of the state national, territorial national and administrative territorial formations.

¹⁸ *Radygin A.D. Reform of Property in Russia: On the Way from the Past to the Future.* Moscow, 1994. P. 155.

The initial mechanism of privatization had a combined nature. Privatization for all, being assumed to distribute privatization coupons (vouchers) among the entire population, was combined with the distribution of property among a company's employees. The elements of non-paid privatization were closely interwoven with the basics of paid privatization. This mixed model of privatization has provoked the emergence of a number of serious economic problems (lack of required investments, valuation of property by the residual method, and so on)¹⁹ and has eventually led to the fact that a significant number of shares have never been sold.

After the failure of voucher privatization, the government moved towards a new model, known as "monetary privatization". The main reason for the transition to monetary privatization was the urgent need for budget revenues at the federal level and the need for investment for structural transformation of the Russian economy.

Presidential Decree of July 22, 1994 No. 1535 "On the Main Provisions of the State Privatization Program of State-owned and Municipal Enterprises in the Russian Federation after July 1, 1994" has become the starting point in the formation of new regulators of privatization. It established the following main goals of privatization after the expiration of privatization vouchers:

- Efficiency improvement of the Russian economy in general and the activity of individual companies;
- Formation of a broad stratum of private owners and support to the emergence of strategic private owners;
- Promotion of industrial investments, including foreign ones;
- Support to implementation of social protection and the protection of private property owners' (shareholders') rights.

Three years after the beginning of monetary privatization, Federal Law of July 21, 1997 No. 123-FZ "On Privatization of the state-owned property and the Principles of municipal property privatization in the Russian Federation" was adopted. As conceived by the legislator, the emphasis in the new law is shifted towards privatization of the public property shares in joint stock companies.

Article 4 of the Federal Law No. 123-FZ provided for the adoption of the federal law on the state privatization program of state-owned property, which should establish priorities for state-owned property privatization in the Russian Federation, privatization restrictions, the order of transfer of state-owned property into the ownership of physical and legal persons, and the principles of municipal property privatization.

The State Privatization Program was designed to respond quickly to changes in economic policy. For these purposes, it was provided that the Government of the Russian Federation, when submitting the annual draft law on the federal budget to the State Duma, should also submit a draft federal law on introducing amendments to the privatization program.

In practice, however, this federal law was not adopted, and privatization continued to be based on revisions to the previously accepted programs — the State Privatization Program of state-owned and municipal enterprises in the Russian Federation, approved by Presidential Decree of December 24, 1993 No. 2284, and the Main Provisions of the State Privatization Program of state-owned and municipal enterprises in the Russian Federation after July 1, 1994²⁰, approved by Decree of July 22, 1994 No. 1535.

Federal Law No. 123-FZ provided that the funds gained from privatization should be distributed in accordance with the standards established by the privatization program, and respectively be transferred to the federal budget, the budgets of subjects of the Russian Federation and

¹⁹ Economic History of the USSR and Russia in the late XX century... P. 122-123.

²⁰ The official date of completion of voucher privatization.

local budgets (Article 13 of the Federal Law No. 123-FZ). The legislator has fixed the binding nature of the payments and granted exemption from taxation.

In case of delay in transfer of funds from privatization, the tax authorities had the right to withdraw such funds from the accounts of the state property sellers on an uncontested basis. In this situation, the sellers of the public property had to also pay a fine for each day of delay at the rate of 1/300 of the refinancing rate of the Bank of Russia on the date of the seller's monetary liabilities to the budget.

As in the case of voucher privatization, monetary privatization faced the need for regulatory adjustments due to economic factors, the extent of which has not been addressed by lawmakers: enterprises, going through default of payments and enormous debt, including non-payments to the federal budget; the lack of demand for shares in most privatized enterprises, and so on. It should be also taken into consideration that the course of privatization in that period was significantly influenced by political factors associated with the presidential elections of 1996.

And against such a challenging socio-economic and political background, the state demonstrated its intention to increase budget revenues at any cost, selling out public assets.

It is obvious that the practice of privatization was influenced by the aforementioned circumstances. As a result, the so-called non-standard forms of privatization emerged: mortgaging auctions, individual privatization projects, socially oriented commercial tenders²¹ and others.

Mortgaging auctions were among these non-standard forms of privatization used in practice at the end of 1995. The public shareholding of such major companies as "YUKOS", "Norilskiy Nikel", "Sibneft", "Sidanko", "Surgutneftegaz", Novolipetsk Metallurgical Works, Novorossiysk Steamship Company and others passed into the ownership of a number of commercial banks through mortgaging auctions.

Regulation of mortgaging auctions was based on the Presidential Decrees of August 31, 1995 No. 889 "On the Procedure of pledging federal property shares in 1995", of September 30, 1995 No. 986 "On the Procedure of decision-making on the management and disposal of federal property shares", of November 2, 1995 No. 1067 "About the Time-frame of the sale of federal property shares, passed to pledge in 1995", and of December 7, 1995 No. 1230 "Issues of passing federal property shares to pledge in 1995".

In accordance with the scheme of holding mortgaging auctions, the Government of the Russian Federation obtains loans from commercial banks against pledges of shareholdings. It was planned to hold auctions²² for the right to conclude loan agreements with the Russian Federation against pledges of federal property shares. The Ministry of Finance of Russia has entered into loan agreements with the winners of such auctions. Upon the expiry of the set time, the Government had to repay the loans, and in the case of credit default the state-owned shareholdings passed into the ownership of the creditors. The Government of the Russian Federation has not repaid the loans, and the public shareholdings have been transferred to the ownership of the banks, the winners of the mortgaging auctions.

The income gained from pledging the federal property shares was distributed according to the standards approved by the Decree of the President of the Russian Federation of August 31, 1995 No. 889: 80% of total revenues were transferred to the federal budget, 15% — to the budgets of subjects of the Russian Federation, and 5% — to local budgets.

Individual privatization projects can be also referred to the nonstandard forms. They included "measures aimed at privatization of federal property particularly important for the state, region or industry, and providing for the pre-sale preparation of the property with assistance of

²¹ Economic History of the USSR and Russia in the late 20th century... P. 124.

²² Regulations for auctions were approved by the Presidential Decree of August 31, 1995 No. 889 "On the Procedure of Passing Federal Property Shares to Pledge in 1995".

an independent financial consultant”. The implementation procedure of such individual privatization projects was approved by the Resolution of the Government of the Russian Federation of April 1, 1997 No. 363.

Along with investment promotion, necessary for the production, technological and social development of privatized enterprises, and the improvement of privatized property use, the fiscal task was one of the main objectives of implementing the individual privatization projects. They were to “maximize the federal budget income gained from privatization of property through increasing the value of this property as a result of the financial consultant’s activity” (Section 1 of the Procedure approved by the Resolution of the Government the Russian Federation No. 363).

Financial consultants were engaged to assess the market value of the property to be privatized and to develop recommendations regarding restructuring of the property, as well as the time and method of its sale. The selection of financial consultants was carried out by tender considering the characteristics of the proposal, the cost of the consultant’s services and professional capabilities (the financial consultant should have an experience in public offering of securities, including in the international market, and have a staff involved previously in the organization of the privatization process). The list of the federal property to be privatized through individual projects was approved by the Government of the Russian Federation upon proposal of the State Property Committee (“Karelsluda” Mining and Processing Plant, Taganrog Commercial Seaport, “Mosfilm”, JSC “Rosgosstrakh” and others).

Monetary privatization of the second half of the 1990s became one of the budgetary sources assumed to support the Government to compensate for the tax shortfall to the federal budget.

Financial effect of privatization in the second half of the 1990s can be evaluated by the following aggregated indicators.

6,000 enterprises were privatized in 1995. Income gained from privatization, according to the federal budget, amounted to 4.991 trillion rubles (in current prices), in fact it amounted to 7.319 trillion rubles. Over 70% of the actual income from privatization in 1995 was provided by mortgaging auctions.

5,000 enterprises were privatized in 1996; the budget indicators constituted 12.3 trillion rubles, but, in fact, the budget received only 1.32 trillion.

In 1997, the budget law established 6.525 trillion in revenue from the privatization of 3,000 enterprises, and, actually, the revenues amounted to 18.1 trillion (significant financial results were obtained due to the sale of shares of the “Svyazinvest” holding company).

In 1998, the budget provided for gaining 8.125 billion from privatization transactions. In fact, privatization of 2,583 enterprises brought in 15.442 billion to the budget, of which 12.5 billion Rubles were received from the sale of 2.5% of RAO “Gazprom” shares²³.

It seems that the time has not come yet for final evaluation of the efficiency of privatization proceeds from holding mortgaging auctions. We will confine ourselves to a few evaluative statements on this issue.

Thus, the report of the Accounts Chamber published in 2004, notes that “as a result of mortgaging auctions the alienation of federal property has been carried out at significantly underestimated prices, and the competition actually had an artificial character”²⁴. The report contains facts giving rise to a critical assessment of the results of practicing this nonstandard form of privatization. At only four of twelve auctions held at the end of 1995, the loan amount signifi-

²³ Economics of Transition: Essays of Economic Policy of Post-Communist Russia (1998-2002). Moscow, 2003. P.342-343; Economic History of the USSR and Russia in the late XX century... P. 128.

²⁴ Analysis of the State-Owned Property Privatization Processes in the Russian Federation for 1993-2003 // <http://www.r-reforms.ru/priv22.htm#3> (accessed: 12 November 2012).

cantly exceeded the initial price. Actually, the banks “lent” the state its own money: Ministry of Finance had to transfer funds to the accounts of the consortium member-banks in an amount equal to the loan value, and then the money was to be transferred to the Government as a loan secured by the shares of the most attractive enterprises. Contrary to the rules of auctions, the banks did not transfer the loan funds to the account of the Bank of Russia; the funds were kept in the same commercial banks on special accounts, and so on.

In late 1995, based on the results of an audit, the Accounts Chamber submitted information letters to the Chairman of the Government, heads of the Federation Council and the State Duma, Prosecutor General and the Minister of Justice. The letters justified the conclusion about the ineffectiveness of mortgaging auctions and the requirement to abandon them.

Paul Khlebnikov, commenting on the results of the mortgaging auction for YUKOS, wrote, referring to one of the “oligarchs”, “Buying the state-owned assets through a backroom deal and at such a low price, you run the risk that your rights for the new property will never be reliably protected. Citizens will consider you a fraud, and the state will see you rather custodian than the beneficial owner of assets”²⁵.

There were several attempts to estimate the results of privatization in the 1990s undertaken by different government and political institutions and researchers, economists and lawyers. Almost all of them agreed that the mass privatization in Russia was launched before the necessary organizational and legal basis had been formed. The underdevelopment of legal, regulatory, and institutional prerequisites for carrying out such large-scale reforms of state-owned property [together with?] the lack of effective external control, led to significant abuse, owing to which privatization in the public mind was associated with shady financial transactions.

When trying to give an objective assessment of the privatization campaigns of the 1990s, divergent opinions clash and ultimately lead to ambiguous and contradictory results.

On the one hand, privatization helped radically change the structure of ownership in the Russian Federation. According to the estimates in the abovementioned report of the Accounts Chamber, as of 2003, the share of private property in Russia amounted to 77%. The share of state-owned property comprised 4%, of municipal property, 6%, the rest 13% of property was in combined ownership (state and private)²⁶. The emergence of the institution of private property in Russia led to the development of market economic relations and modern market infrastructure.

On the other hand, the realities of privatization of the 1990s included privatization projects of an “insider” nature, when the state-owned property was transferred to the management (industrial managers) of privatized enterprises on “special terms”. One of the outcomes of privatization of the 1990s in Russia, according to the World Bank, was the world’s highest concentration²⁷ of private property among a small group of individuals, objectively hampering the competitiveness of the Russian economy. It should be also noted that privatization became the second heavy attack on industrial relations after the collapse of the USSR: the conversion of privatized enterprises in some cases led to considerable negative consequences for the economy.

An attempt to summarize the results of privatization of the 1990s was undertaken in the Concept of State Property Management and Privatization in the Russian Federation, approved by the Resolution of the Government of the Russian Federation of September 9, 1999 No 1024. It was stated in the Concept that “despite the fact that 58.9% of enterprises became private due to the mass privatization, some goals were not achieved:

²⁵ *Khlebnikov P.* Case of YUKOS: the Milestone on the Path to Legality. *Vedomosti*. No. 45 (234). 18 November 2003.

²⁶ Analysis of the State-Owned Property Privatization Processes in the Russian Federation for the Period of 1993-2003... <http://www.r-reforms.ru/priv22.htm#3> (Date of access: 12 November 2012).

²⁷ *Economic History of the USSR and Russia in the late XX century...* P. 133.

- the stratum of effective private owners has not been formed;
- the economic restructuring did not lead to the desired improvement of the enterprises' efficiency;
- the volume of investment promoted through privatization is clearly insufficient for industrial, technological and social development of enterprises;
- in some industries, the competitive position of enterprises on domestic and global markets has failed to be maintained”.

To eliminate the negative tendencies of privatization campaigns, it is necessary to develop new approaches addressing the issues related to state property management, and to update the legislation on privatization.



References

- Alekseev S.S. (2010) *Pravo sobstvennosti. Problemy teorii*. [Property Right. Issues of Theory]. 3rd ed. Moscow: Norma, 239 pp. (in Russian)
- Chubays A.B. (ed.) (1999) *Privatizatsiya po-rossijski* [Privatization in Russian Way]. Moscow: Vagrius, 367 pp. (in Russian)
- Gaidar E. (ed.) (2003) *Ekonomika perekhodnogo perioda. Ocherki ekonomicheskoy politiki postkommunisticheskoy Rossii (1998-2002)* [Economics of Transition: Essays of Economic Policy of Post-communist Russia (1998-2002)]. Moscow: Delo, 832 p. (in Russian)
- Khlebnikov P. (2003) Delo «YUKOSA»: vekha na puti k zakonnosti [The YUKOS Case: the Milestone on the Path to Legality]. *Vedomosti*, no. 45 (234).
- Klishas A.A. (ed.) (2011) *Istoriya ekonomiki SSSR i Rossii v kontse XX veka (1985-1999)* [Economic History of the USSR and Russia in the late 20th century (1985-1999)]. Moscow: Moscow State University Publishing, 272 p. (in Russian)
- Koshkin V.V. (ed.) (2002) *Upravlenie gosudarstvennoy sobstvennost'yu* [The State Property Management]. Moscow: Eksmo Publishing, 662 pp. (in Russian)
- Kozyrin A.N. (2012) *Privatizatsiya v Rossii: pravovoe izmerenie* [Privatization in Russia: Legal Dimension] *Reformy i pravo*, no 2, pp. 3–14 (in Russian)
- Kozyrin A.N. (ed) (2012) *Privatizatsiya i pravo* [Privatization and Law] Moscow: HSE Publishers, 231 p. (in Russian)
- Parker D. *Privatization Ten Years on: a Critical Analysis of its Rationale and Results*. Available at: <https://dspace.lib.cranfield.ac.uk/bitstream/1826/606/2/SWP4091.pdf>
- Radygin A.D. (1994) *Reforma sobstvennosti v Rossii: na puti iz proshlogo v budushchee* [Reform of Property in Russia: On the Way from the Past to the Future]. Moscow: Respublika, 159 pp. (in Russian)
- Stepashin S.V. (ed.) (2005) *Analiz protsessov privatizatsii gosudarstvennoy sobstvennosti v Rossiyskoy Federatsii za period 1993-2003 (ekspertno-analiticheskoe meropriyatie)* [Analysis of the State-Owned Property Privatization Process in the Russian Federation for the period 1993–2003 (expert analytical arrangement)]. 2nd ed. Moscow: Olita, 186 pp. (in Russian)
- Vinogradov V.A., Veselovskiy S.Ya. (1998) *Privatizatsiya v global'nom kontekste*. [Privatization in the Global Context]. Moscow: INION Publishing, 120 pp. (in Russian)
- Vinogradov V.A. (ed.) (2006) *Privatizatsiya: global'nye tendentsii i natsional'nye osobennosti* [Privatization: Global Trends and National Specifics]. Moscow: Nauka, 366 p. (in Russian)
- Yalbulganov A. (2012) *Pravovoe regulirovanie privatizatsii zemel'nykh uchastkov* [Institutional and Legal Framework of Land Privatization in the Russian Federation]. *Reformy i pravo*, no 4, pp. 40–47 (in Russian)

Статут Суда ЕАЭС как отражение опасений и сомнений государств-членов Евразийского экономического союза



А.С. Исполинов

доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, Ленинские горы, 1, стр. 13. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

Начало в январе 2015 г. работы Суда Евразийского экономического союза ознаменовало еще одну попытку государств-членов ЕАЭС создать региональный интеграционный суд. В отечественной литературе уже появились исследования, в которых подробно анализируются Статут и Регламент Суда ЕАЭС, в том числе в сравнении как с полномочиями просуществовавшего три года Суда ЕврАзЭС, так и с компетенцией и организацией работы Суда Европейского Союза. Однако пока за рамками исследований остаются вопросы мотивов, которыми руководствовались государства-члены ЕАЭС, принимая решения о создании Суда, а также наделяя его определенной юрисдикцией, которая разительно отличается как от полномочий Суда ЕС, так и от компетенции Суда ЕврАзЭС. Автор настоящей статьи пытается восполнить этот недостаток, анализируя Статут Суда ЕАЭС, с одной стороны как отражение страхов, сомнений и опасений государств-членов в отношении создаваемого ими суда, а с другой, как совокупность мер контроля над созданным судом для того, чтобы избежать или нивелировать нежелательные для них судебные решения. Автор приходит к выводу, что поиски государств-членов ЕАЭС баланса между, с одной стороны, независимостью и эффективностью Суда ЕАЭС, и желательной для них степенью контроля над Судом — с другой, не оказались стратегически удачными и выверенными. Преобладание страхов и сомнений государств при разработке Статута Суда привело к появлению ослабленного суда, что вскоре станет ощущаться на качестве процесса евразийской интеграции. Ограничения юрисдикции Суда не способствуют росту его авторитета и легитимности ни в у национальных судов стран-членов ЕАЭС, ни в глазах потенциальных заявителей, которые могут предпочесть искать судебную защиту своих прав в других международных или национальных судах, оспаривая акты ЕАЭС в ЕСПЧ в ОРС ВТО, в инвестиционных арбитражах, либо в конституционных судах стран-членов ЕАЭС.



Ключевые слова

международные суды, Евразийский экономический союз, Суд ЕАЭС, контроль, юрисдикция, конкуренция судов, частные заявители, эффективность судов.

Библиографическое описание: Исполинов А.С. Статут Суда ЕАЭС как отражение опасений и сомнений государств-членов Евразийского экономического союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 152–166.

JEL: K410; УДК: 341.645

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.152.166

Введение

До начала 1990-х годов международные суды были довольно редким явлением и использовались для разрешения споров между государствами, если государства соглашались передать спор на рассмотрение того или иного суда. При этом максимум, на что соглашались государства при создании судов — их факультативная юрисдикция, при которой определяющим было согласие государства на рассмотрение спора в суде. С середины 1990-х годов начался бурный рост числа международных судов и трибуналов новой формации, отличительной особенностью которых было наличие уже обязательной юрисдикции, что говорило о коренном изменении подхода к роли и значению международных судов¹. Учредительные документы значительной части таких органов предусматривают прямой доступ частных лиц в эти суды с жалобами на те или иные действия государств².

Очевидно, что принимая решение о создании того или иного постоянного международного суда, государства исходят из представления, что плюсы и выгоды, полученные от создания суда, будут превышать те неминуемые неудобства и издержки, связанные с этим³. Крайне влиятельная на сегодня концепция, пришедшая в международное право из теории международных отношений, исходит из того, что государства, создавая суды, выступают в качестве доверителей (*principals*), делегируя судам (агентам) некоторые функции, которые эффективнее реализуются именно судами, а не группой государств⁴. Помимо традиционной функции разрешения споров, государства делегируют судам право контроля актов и решений институтов международных организаций, а также в определенной степени право нормотворчества для устранения пробелов (*gap filling*) и прояснения нечетко сформулированных положений (*clarifying ambiguities*) в международных договорах. Сами международные договоры все чаще рассматриваются в качестве намеренно незавершенных соглашений (*Deliberately Incomplete Contracts*)⁵, когда дипломаты и эксперты договаривающихся государств сознательно используют расплывчатые формулировки, чтобы прийти к компромиссу. Для описания действий государств в ситуации, когда в сжатые сроки необходимо согласовать текст договора и при этом преподнести результат своим парламентам и избирателям как победу, используется весьма красноречивый термин «конструктивная двусмысленность» (*constructive ambiguity*)⁶.

¹ О причинах перехода от факультативной к обязательной юрисдикции международных судов, а также о различных теориях, объясняющих это явление см.: *Romano C. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent // New York University Public Law and Legal Theory Working Papers. 2006. P. 20.*

² *Alter K. Private Litigants and the New International Courts // Comparative Political Studies. 2006. Vol. 39. N 1. P. 22–49.*

³ *Helper L., Slaughter A. Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo // California Law Review. 2005. Vol. 93. P. 1–58.*

⁴ *Alter K. Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context // European Journal of International Relations. 2008. Vol. 14 (1) P. 33–63.*

⁵ *Ben-Shahar O. Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts // Wisconsin Law Review. 2004. N 2. P. 389–428.*

⁶ Об использовании этого термина применительно к международным соглашениям см.: *Bell C., Cavanaugh K. Constructive Ambiguity or Internal Self-Determination? Self-Determination, Group Accommodation, and the Belfast Agreement // Fordham International Law Journal. 1998. Vol. 22. N. 4. Pp. 1345–1371*; о соглашениях ВТО как о незавершенных контрактах в результате конструктивной двусмысленности см.: *Shany Y. Assessing Effectiveness of International Courts. Oxford, 2015. P. 195*; *Trachman J. The Domain of WTO Dispute Resolution // Harvard International Law Journal. 1999. P. 346–350.*

Однако государства, создавая международные суды и понимая, что они должны быть независимы и беспристрастны для эффективного осуществления их функций⁷, старались и стараются предусмотреть различные механизмы контроля над ними. Эти механизмы должны страховать государства от выхода суда за отведенные государствами рамки в процессе толкования и применения судами норм права. Отсутствие универсальных рецептов в этом отношении и каких-либо ограничений приводило к появлению самых разнообразных вариантов. Итоговый выбор во многом определялся как общими представлениями государств (иногда весьма поверхностными) о специфике международного правосудия, так и полученным государствами опытом общения с международными судами. Как показывает практика, различные меры контроля над международными судами могли быть как предварительного характера *ex ante*, т.е. принимаемыми на стадии обсуждения полномочий и организации суда, так и последующего — *ex post*, т.е. уже после вынесения решений, выходящих, по мнению государств, за отведенные суду рамки.

В первую группу входит право государств создавать суды, утверждать их процедурные правила, определять объем полномочий суда и его бюджет, а также проводить отбор и назначение судей. Ко второй группе, когда государства недовольны тем, как суд толкует и применяет нормы права, относятся меры коллективного характера, которые возможны и наиболее эффективны, когда число участников договора о создании суда относительно невелико. К этим мерам можно отнести: (а) внесение изменений в договор, положения которого потом будут толковаться и применяться судом; (б) пересмотр юрисдикции суда в сторону ее сужения и в исключительных случаях приостановление и даже прекращение деятельности суда⁸. К мерам индивидуального характера можно отнести право государства при неблагоприятном для них развитии событий отказаться от юрисдикции суда в дальнейших спорах⁹, а также не исполнять или игнорировать решения международных судов. Эта возможность не приветствуется международным правом, но от этого не становится призрачной¹⁰.

Используя это исключительное положение «творцов договоров» («masters of the treaties»)¹¹, государства стараются (особенно это очевидно в последнее время) сконстру-

⁷ «Судебная независимость признана в качестве существенного фактора в поддержании доверия и легитимности международных судов и трибуналов». См.: *Mackenzie R., Sands Ph. International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge // Harvard International Law Journal. 2003. Vol. 44. N 1. P. 271.*

⁸ Например, после ряда смелых решений, вынесенных против влиятельных государств, несколько африканских субрегиональных судов были либо фактически закрыты (Трибунал Южноафриканского сообщества развития), либо государства пытались с разной степенью успеха ограничить их юрисдикцию (Суд ЕАЭС и Суд Восточноафриканского Сообщества). См. подробнее: *Alter K., Gathii J., Helfer L. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences // The European Journal of International Law. 2016. Vol. 27. N 2. Pp. 293–328; de Wet E. The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa // ICSID Review. 2013. P. 1–19.*

⁹ Так, США после проигрыша ряда дел в Международном Суде ООН вышли из факультативного Протокола к Консульской конвенции 1963 г., предусматривающего обязательную юрисдикцию этого суда по всем спорам, вытекающим из этой Конвенции. См. более подробно: *Quigley J. The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences // Duke Journal of Comparative and International Law. 2009. Vol. 19. P. 263–306.*

¹⁰ Так, США отказались исполнять решение Международного Суда ООН (МС) по делу *Nicaragua v USA*. По инициативе Никарагуа вопрос о неисполнении решения в соответствии со статутотом МС был передан на рассмотрение Совета Безопасности ООН, где и был тихо похоронен. Иран также не исполнил решение МС по делу о захвате заложников в американском посольстве в Тегеране. Великобритания уже более 10 лет игнорирует решение ЕСПЧ по делу *Hirst*.

¹¹ Термин «Masters of the Treaty» прочно вошел в словарь исследователей вопросов международного правосудия. См., напр.: *Alter K. Who are the Masters of the Treaty? European Governments and the European Court of Justice // International Organization. 1998. Vol. 52. N 1. P. 121–147.*

ировать как можно больше страховочных механизмов для минимизации такого рода рисков. Используя концепцию *principal — agent* применительно к международным судам, можно сказать, что государства, принимая решение о создании суда, стараются в той или иной степени проработать как положения своего рода агентского соглашения с судом, так и механизм его возможного пересмотра или даже расторжения в виде прекращения деятельности суда или выхода государства из его юрисдикции.

Трудно в точности сказать, чем именно руководствовались и какие факторы принимали во внимание государства-учредители Евразийского экономического союза (Беларусь, Казахстан и Россия), разрабатывая и принимая Статут Суда ЕАЭС. Даже хронология создания евразийских интеграционных судов показывает, какими серьезными были сомнения и колебания в отношении объема полномочий и дизайна создаваемого суда¹². Безусловно, в пользу создания не просто суда, а именно сильного суда говорил опыт Европейского Союза, самого успешного на сегодня интеграционного объединения, в котором Суд ЕС сыграл определяющую роль как в создании единого внутреннего рынка, так и создании эффективно функционирующего правопорядка ЕС, проделав то, что получило название «судебной интеграции Европы». Как показывает мировой опыт, страны-участники интеграционных объединений создают суды, используя в качестве модели Суд ЕС¹³. С другой стороны, из трех государств-учредителей ЕАЭС только Россия обладала опытом регулярного общения с международными судами в лице Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), и этот опыт нельзя назвать сугубо позитивным. Кроме того, в расчет принималась и неоднозначная практика Суда ЕврАзЭС, деятельность которого вполне можно считать своего рода первичной обкаткой государствами своих идей на практике. Вероятно, государства намеревались получить эффективно действующий суд, но при этом исключить любую возможность его трансформации в крайне влиятельную и весьма независимую структуру, которой стал за 65 лет Суд ЕС.

Именно поэтому за основу была взята модель Суда ЕС, которая подверглась серьезной адаптации, в ходе которой учитывались как опыт ЕС, так и уроки участия России

¹² Договор о создании Евразийского экономического сообщества, подписанный в 2000 г., в ст. 3 содержал положение о создании Суда ЕврАзЭС. Предполагалось, что он будет рассматривать лишь межгосударственные споры, а также давать заключения по запросам государств. Тем не менее, с 2000 по 2003 гг. шагов по созданию этого суда не последовало, и лишь в 2003 г. был утвержден его Статут. Но одновременно государства-члены ЕврАзЭС решили возложить функции создаваемого суда на Экономический Суд СНГ до окончания процесса формирования суда. Но даже такой аутсорсинг правосудия не привел к практическим результатам, Суд СНГ не рассмотрел ни одного дела, поступившего из ЕврАзЭС. В 2010 г. члены ЕврАзЭС утверждают новый, более проработанный Статут Суда, а затем отдельным Договором урегулировали вопросы рассмотрения Судом обращений частных лиц, но только в рамках создаваемого внутри ЕврАзЭС Таможенного союза. Более подробно об истории создания судов евразийской интеграции см.: Евразийская интеграция: роль Суда / под ред. Т.Н. Нешатаевой. М., 2015. С. 47–51.

¹³ Все объединения, входящие в эту группу, берут за основу либо копируют судебную систему Европейского Союза. Юрисдикция создаваемого на постоянной основе Суда в значительной степени напоминает, а иногда идентична юрисдикции Суда ЕС. К числу таких судов относятся: Суд Бенилюкса (1974), Андский трибунал (1984), Суд ЕАСТ (1994), Суд Восточноафриканского экономического и валютного союза (1995), Суд Общего рынка восточноафриканских стран (COMESA) (1998), Суд Восточноафриканского сообщества (ЕАС) (2001), Карибский Суд Справедливости (2004), Суд Экономического сообщества восточноафриканских стран (ECOWAS) (2002), Трибунал Южноафриканского сообщества развития (SADC) (2007), Суд ЕАЭС (2015). По поводу заимствования (иногда некритического) модели Суда ЕС см.: *Baudenbacher C. Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World? // Texas International Law Journal. 2004. Vol. 39. P. 381–400; Alter K. The Global Spread of European Style International Courts // West European Politics. Vol. 35. N 1. P. 135–154.*

в ЕСПЧ. Один из них состоит в том, что на момент вступления России в Совет Европы она не имела возможности влиять на объем юрисдикции Суда и на сложившуюся практику применения им норм Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950) (далее — ЕКПЧ). Большой состав участников ЕКПЧ, равно как и авторитет Суда, заведомо исключали любую инициативу государств по урезанию юрисдикции Суда. Еще один из уроков международного правосудия, который также учитывался при создании евразийских интеграционных судов, состоит в том, что риски, связанные с появлением сильного международного суда, лучше предвидеть и минимизировать заранее, исходя из того, что любой создаваемый суд наиболее уязвим в самом начале своей деятельности. В этом отношении обширный набор ограничений, использованных государствами при создании Суда ЕАЭС, показывает понимание ими этих рисков и желание их максимально исключить. Именно этим объясняются особенности юрисдикции и организации Суда ЕАЭС в сравнении не только с Судом ЕС, но и с предшественником — Судом ЕврАзЭС¹⁴.

Целью настоящей статьи не является детальный анализ всех положений Статута Суда и его Регламента. Оба документа, определяющие работу суда, будут рассматриваться исходя из задачи изучения воплощенных в этих документах намерений государств по контролю за создаваемым ими судом.

Состав и организация Суда

Как и в Суде ЕврАзЭС, Статут Суда ЕАЭС устанавливает, что в состав Суда входят по два судьи от каждого государства-члена, назначаемых на 9 лет решением Высшего межгосударственного совета, принимаемого консенсусом. Здесь мы натываемся на первую несурзность Статута Суда, которая в будущем может создать серьезные проблемы. Отсутствие института ротации судей в действующем Статуте Суда ЕАЭС может привести к ситуации, когда по истечении действующего срока полномочий состав Суда будет полностью обновлен, что существенным образом повлияет на качество рассматриваемых дел и преемственность практики Суда. Необходимо предусмотреть ротацию одной трети состава суда каждые три года (положения такого рода есть в учредительных документах каждого постоянно действующего суда)¹⁵. Введение института ротации судей каждые три года на треть позволит избежать полного обновления состава Суда в 2024 году. Кроме того, желательно предусмотреть положение, что по решению Высшего совета количество судей может быть увеличено. Это даст возможность изменить при необходимости число судей, не меняя сам Статут.

Предусмотренный Статутом порядок назначения судей, равно как и предъявляемые к кандидатам на пост судьи требования в принципе аналогичны правилам, при-

¹⁴ В отечественной литературе уже появились исследования, в которых подробно анализируются Статут и Регламент Суда ЕАЭС, в том числе и в сравнении как с полномочиями просуществовавшего три года Суда ЕврАзЭС, так и с компетенцией и организацией работы Суда Европейского Союза. См., напр.: Соколова Н. Евразийская интеграция: возможности Суда Союза // *Lex Russica*. 2015. № 11. С. 96–103; Кембаев Ж. Сравнительно-правовой анализ функционирования Суда Евразийского экономического союза // *Международное правосудие*. 2016. № 2 (18). С. 30–45; Евразийская интеграция: роль Суда / под ред. Т.Н. Нешатаевой. М., 2015; Кожеуров Я. Институты международного правосудия и право Евразийского Экономического Союза: смотр правовых сил // *Российский юридический журнал*. 2016. № 4. С. 4–16.

¹⁵ Напр., ст. 13 Статута Международного Суда ООН устанавливает, что «члены Суда избираются на девять лет и могут быть переизбраны, с тем, однако, что срок полномочий пяти судей первого состава Суда истекает через три года, а срок полномочий еще пяти судей — через шесть лет». Пункт 9 (b) ст. 36 Статута Международного уголовного суда содержит аналогичные положения.

нятым во многих международных судах. Меняется сам порядок формирования Суда. Если раньше судьи избирались Межпарламентской ассамблеей по представлению Межгосударственного совета, то теперь судьи Суда Союза назначаются решением Высшего евразийского экономического совета (а это главы государств-членов Союза) по представлению государств-членов (ст. 10 Статута). Статус судей это бесспорно повышает. Однако это также и показывает, что правительства намерены контролировать весь процесс назначения судей. Принятие решения по этому поводу консенсусом означает, что состав Суда устанавливается по всеобщему согласию государств.

Процесс выбора кандидатов на должность судей Суда на национальном уровне ничем не урегулирован, и, так же, как в других международных судах, грешит политизированностью и непрозрачностью. В этом отношении перспективным, хотя и явно не первоочередным, видится создание специального квалификационного комитета, действующего под руководством Председателя Суда ЕАЭС, который бы формировался из числа вышедших в отставку судей международных судов и высших национальных судов стран-членов Союза. Задачей такого комитета стала бы оценка профессиональных знаний и опыта кандидатов на должность судьи Суда ЕАЭС (такая процедура принята с 2009 г. в ЕС и с 2010 г. в ЕСПЧ и уже показала свою эффективность)¹⁶. Мнения такого комитета носили бы рекомендательный характер для государств и были бы закрыты для широкой публики. Факт наличия такого органа и необходимости пройти в нем собеседование означал бы серьезное повышение требований к возможным кандидатам.

В соответствии со ст. 70 Статута Суда ЕАЭС, Суд рассматривает дела в составе Большой Коллегии (куда входят все судьи Суда), Коллегии из трех судей и Апелляционной палаты. При этом вызывает серьезные вопросы конструкция апелляционного рассмотрения дел в Суде. В соответствии со ст. 80 Статута Суда Союза (дословно копирующего п. 1 ст. 9 Статута Суда ЕврАзЭС), Апелляционная палата образуется из оставшихся судей Суда, которые не принимали участия в рассмотрении дела по первой инстанции. Таким образом, если в одном деле первая тройка судей будет рассматривать дело по первой инстанции, а вторая тройка — в качестве апелляционной палаты, то в другом деле судьи могут поменяться местами.

Такой порядок формирования апелляционной инстанции в корне расходится с международной практикой, где международные суды действуют либо без апелляционной инстанции, либо, если она создается, то в виде отдельной постоянно действующей палаты Суда с постоянным составом (например, Международный уголовный суд, Суд ЕС, африканские Суд ЕАС и Суд COMESA). На наш взгляд, сегодняшний порядок рассмотрения апелляционных жалоб в Суде чреват серьезным конфликтом интересов. Кроме того, удивительно, что Статут не предусматривает возможности апелляционного обжалования решения первой инстанции Суда об отказе принять дело к рассмотрению. На фоне этого серьезного упущения не так драматично отсутствие у апелляционной инстанции возможности отправить дело на новое рассмотрение в первую инстанцию.

Юрисдикция Суда

В соответствии со Статутом Суд ЕАЭС имеет право рассматривать споры, инициированные либо государствами-членами ЕАЭС, либо частными лицами. Государства являются, без сомнения, привилегированными заявителями. Они не только вправе обжаловать акты или действия (бездействие) Евразийской Экономической Комиссии (да-

¹⁶ *Dumbrovsky T., Petkova B., Van der Sluis M.* Judicial Appointments: Article 255 of TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States // *Common Market Law Review*. Vol. 51. Issue 2. P. 455–482.

лее — ЕЭК), но и ставить вопрос о несоответствии того или иного международного договора, заключаемого в рамках ЕАЭС, Договору о создании Союза, а также обжаловать действия другого государства-члена Союза на предмет соответствия договорам ЕАЭС и решениям институтов Союза. Никаких ограничений прав государств в этом отношении Статут не предусматривает.

В отличие от Статута Суда ЕврАзЭС, Статут Суда ЕАЭС не предусматривает возможности ЕЭК обратиться в Суд с иском против государства, нарушающего свои обязательства по праву ЕАЭС. Очевидно, это показалось государствам излишним, несмотря на то, что тот же Суд ЕврАзЭС мог выносить лишь декларативные решения, признавая только сам факт нарушения со стороны государства. Тем не менее вопросы эффективного контроля над исполнением государствами своих обязательств остается крайне важными для успешного развития любого интеграционного объединения. В этом отношении роль, которую играют наднациональные институты, такие как ЕЭК, трудно переоценить. Поэтому не исключено, что государства-члены ЕАЭС уже в ближайшем будущем вернутся к идее наделить ЕЭК правом обращаться в Суд с исками о неисполнении государствами-членами Союза своих обязательств. Как показывает практика всех интеграционных объединений, обращения в Суд от государств в отношении других государств, нарушивших свои обязательства, чрезвычайно редки (в том же ЕС за все время его существования было рассмотрено всего шесть таких исков). Государства в первую очередь руководствуются политическими соображениями, а не эффективностью функционирования правопорядка интеграционных объединений. Эффективный контроль в этом случае возможен только при наделении такими правами Комиссии. Ограничение круга субъектов, обладающих правом обращения в Суд, только государствами-членами делает контроль неэффективным.

Если же рассматривать статус частных лиц при их обращении в Суд ЕАЭС, то нужно отметить, что тот обширный набор ограничений, использованных государствами при создании сначала Суда ЕврАзЭС, а затем и Суда ЕАЭС, показывает опасения с их стороны как рисков активности потенциальных частных заявителей, так и той роли, которую частные заявители могут сыграть в появлении нежелательных для государств судебных решений.

Во-первых, с самого начала было решено, что заявителями в судах евразийской интеграции могут быть только юридические лица или индивидуальные предприниматели (как из государств-членов Союза, так и из других стран), и лишь при условии уплаты судебной пошлины¹⁷ (крайне редкое ограничение в мировой практике). Во-вторых, обжаловать в эти суды частные лица могли только решения и действия (бездействие) ЕЭК, которые непосредственно затрагивают права и законные интересы заявителя. Требования о возмещении ущерба были исключены из юрисдикции евразийских судов, а обжаловать в апелляционном порядке можно лишь решение Суда ЕАЭС по существу, но не решение об отказе в принятии жалобы к рассмотрению.

Еще одним ограничением на пути заявителя в евразийские суды является требование об обязательном досудебном рассмотрении спора в ЕЭК, впервые появившееся в Договоре об обращении хозяйствующих субъектов в Суд ЕврАзЭС. Статья 4 этого Договора устанавливала, что заявление принимается Судом к рассмотрению только после предварительного обращения хозяйствующего субъекта в Комиссию Таможенного союза. Если Комиссия в течение двух месяцев не приняла мер по поступившему обращению, заявитель получал право обратиться в Суд ЕврАзЭС. Таким образом, требование о

¹⁷ Решением ВЕЭС от 21.12.2015 № 40 утвержден размер пошлины, уплачиваемой хозяйствующими субъектами при обращении в Суд Евразийского экономического союза в 2016 году. Госпошлина составит 39 368 руб.

соблюдении досудебного порядка рассмотрения спора позиционировалось именно как обязательное условие для реализации права на судебную защиту. В статье 43 Статута Суда ЕАЭС это требование сформулировано уже по-другому: «Спор не принимается к рассмотрению Судом без предварительного обращения заявителя к государству-члену или Комиссии для урегулирования вопроса в досудебном порядке путем консультаций, переговоров или иными способами». Таким образом, декларируется не только обязательность процедуры, но и цель такого обращения — досудебное урегулирование, на которое отводится не два месяца, как в Суде ЕврАзЭС, а три.

Если требование о юридическом статусе заявителя и об уплате им пошлины можно отнести к требованиям объективного характера, то положение о том, что оспариваемый акт или действие ЕЭК должны «непосредственно затрагивать» права и законные интересы заявителя, сразу же потребовало толкования со стороны Суда ЕАЭС в силу неопределенности термина «непосредственно». В Постановлении от 1.04. 2015 по заявлению ЗАО «Капри» Суд формулировал критерии того, что именно будет считаться «непосредственно затрагивающим» права и законные интересы заявителя: 1) заявитель должен действовать в той отрасли, которая подпадает под сферу регулирования оспоренного акта ЕЭК; 2) заявитель должен понести реальный ущерб от применения этого акта.

Помимо функции разрешения споров Суд ЕАЭС имеет также консультативную юрисдикцию. О консультативных заключениях говорится в ст. 26 Статута Суда, где указано, что с запросом на такие заключения могут обращаться государства-члены Сообщества, институты Сообщества, а также высшие суды государств-членов. Во многих международных судах помимо функции разрешения споров присутствует именно такая консультативная юрисдикция, суть которой в самом общем виде можно описать как подготовку заключений по вопросам толкования и применения международно-правовых норм по запросам государств или международных организаций. Назовем это классическими консультативными заключениями. Такие заключения не имеют юридической силы и являются рекомендательными. Наиболее известные консультативные заключения (advisory opinions) Международного Суда ООН. Мало кто знает, что такая функция с 1970 г. есть и у ЕСПЧ, который может по просьбе Комитета министров Совета Европы выносить консультативные заключения по юридическим вопросам, касающимся толкования положений Конвенции.

В новом Статуте Суда Союза полностью исключена функция вынесения преюдициальных заключений по запросам национальных судов, которая была у Суда ЕврАзЭС, хоть и в весьма скромном варианте¹⁸. Однако именно преюдициальные заключения Суда ЕС сыграли решающую роль в формировании современного правопорядка Европейского Союза¹⁹. Нет никаких сомнений, что решение государств лишить Суд ЕАЭС преюдициальной юрисдикции стало своеобразным ответом на Решение Большой Коллегии Суда ЕврАзЭС от 10.07.2013 (ставшее первым и единственным преюдициальным заключением Суда ЕврАзЭС), в котором Суд ЕврАзЭС предпринял попытку сделать из своего ответа на запрос белорусского суда норму права²⁰.

¹⁸ Ст. 3 Договора об обращении в Суд ЕврАзЭС хозяйствующих субъектов говорила о заключениях Суда по вопросам применения договоров и решений органов Сообщества по запросам высших судебных органов при рассмотрении ими споров с участием частных лиц, если эти вопросы существенно влияют на разрешение дела по существу.

¹⁹ *de la Mare T., Donnelly C. Preliminary Rulings and EU Law Legal Integration: Evolution and Stasis / The Evolution of EU Law. P.Craig, G.De Búrca, ed.. Oxford, 2011. P. 363–406.*

²⁰ Суд ЕврАзЭС, в частности, постановил, что преюдициальное заключение Суда (в решении Суд называет его «решением») является обязательным, обжалованию не подлежит, вступает в силу после

Представляется, что такой ответ является непропорциональным, так как полностью лишает Суд ЕАЭС возможности диалога с национальными судами, которые применяют акты Союза, непосредственно действующие в национальных правовых системах стран-членов Союза. Напротив, по мере развития евразийского интеграционного проекта все более очевидной становится необходимость наделения Суда правом давать преюдициальные заключения в ответ на запросы национальных судов. Без таких изменений, без диалога Суда Союза и национальных судов, нацеленного на единообразное применение норм права Евразийского Союза всеми национальными судами стран-членов, невозможно создание единого правового пространства и, как следствие, полноценного единого внутреннего рынка.

Отдельно нужно отметить, что Статут нового Суда не предусматривает юрисдикции Суда по трудовым спорам служащих институтов Союза. В соответствии с п. 46 Статута Суда ЕАЭС ему отведена скромная роль органа, который может лишь давать необязательные консультативные заключения по заявлениям сотрудников и должностных лиц органов Союза по вопросам трудовых отношений (в любом случае это нельзя считать преюдициальной юрисдикцией). Право Союза (п. 25 Положения о социальных гарантиях, привилегиях и иммунитетах в Евразийском экономическом Союзе) предельно категорично. Сотрудники не подлежат юрисдикции судебных или административных органов государства пребывания в отношении действий, совершаемых при непосредственном выполнении ими служебных обязанностей. Можно предположить, что все трудовые споры служащих ЕЭК выведены из-под юрисдикции каких-либо судов, что говорит об абсолютной судебной незащищенности сотрудников ЕЭК и других институтов Союза.

Такой порядок разительно отличается от юрисдикции региональных судов других интеграционных объединений, каждое из которых обладает правом рассматривать трудовые споры сотрудников органов и институтов этих объединений. Это, безусловно, является на сегодня одним из слабых мест правового порядка ЕАЭС. Существующая система защиты прав сотрудников ЕЭК по меньшей степени проблематична и уж точно не соответствует международным стандартам. В этом отношении для ЕАЭС самое прямое отношение имеет устоявшаяся практика ЕСПЧ применительно к трудовым спорам служащих международных организаций. Первым знаковым делом стало решение ЕСПЧ от 1999 г. по делу *Waite and Kennedy*²¹, где ЕСПЧ впервые признал иммунитет международных организаций от юрисдикции национальных судов относительно и зависящим от нескольких условий, в том числе и от доступной и эквивалентной альтернативы у заявителей. Последовавшая за ним практика европейских стран показывает, что национальные суды стали отказываться принимать во внимание нормы о судебном иммунитете международных организаций при рассмотрении трудовых споров их сотрудников, если суды не уверены, что на уровне организации есть адекватная защита прав сотрудников.

Позволительно предположить, что судебная незащищенность сотрудников институтов ЕАЭС в скором времени приведет как к решениям ЕСПЧ по этому вопросу, так и поставит в трудное положение российские суды, куда будут обращаться сотрудники ЕЭК за своей защитой. Их отказ принимать такие иски к рассмотрению расценен ЕСПЧ как отказ заявителю в правосудии, с учетом отсутствия адекватной защиты на

его провозглашения и действует непосредственно на территории государств-членов Таможенного союза. Суд также заявил, что суды государств-членов Таможенного союза должны учитывать правовые позиции, изложенные в решении Суда.

²¹ ECHR, *Waite & Kennedy v. Germany*, App. No. 26083/94, 30 Eur. Ct. H.R. 261 (1999).

уровне ЕАЭС. К сожалению, в своем первом Заключении²² на обращение сотрудников ЕЭК, вынесенном в июне 2016 г., Суд не дал оценки полноты судебной защищенности сотрудников ЕЭК с точки зрения современной международной практики. Суд ограничился утверждениями, что у Комиссии по этике, созданной в ЕЭК для целей разрешения конфликтных ситуаций, имеется «существенный правовой потенциал для разрешения конфликтных ситуаций», а у обращений сотрудников в эту Комиссию есть «правовая перспектива».

Правовые последствия решений Суда ЕАЭС и их исполнение

В соответствии с п. 111 Статута Суда ЕАЭС действие решения ЕЭК, признанного Судом не соответствующими Договору, продолжается и после вступления в силу соответствующего решения Суда до исполнения Комиссией данного решения. Действие оспоренного решения ЕЭК может лишь приостанавливаться по решению Суда. Таким образом, установлен даже более жесткий подход, чем в случае с Судом ЕврАзЭС²³. Это не только дает еще меньше оснований считать процедуру оспаривания актов ЕЭК процедурой аннулирования (наподобие существующей в Суде ЕС), но и ясно говорит о намерении государств видеть в ней именно проверку акта ЕЭК на соответствие Договорам ЕАЭС и не более того. Также можно говорить о некоем ответе государств на практику Суда ЕврАзЭС, которая показала им неприемлемой. Так, в получившем известность Постановлении Большой коллегии Суда ЕврАзЭС от 8 апреля 2013 г.²⁴ было дано разъяснение о правовых последствиях решения Суда об оспаривании актов ЕЭК. Столкнувшись с саботажем своего решения по заявлению ОАО «Южный Кузбасс», Суд ЕврАзЭС заявил, что признание Судом оспариваемого акта не соответствующим договорам об образовании Сообщества влечет за собой его ничтожность (недействительность) с даты его принятия, если иное не установлено самим Судом, а затем строго указал: «Правоприменительную практику судов государств-членов Таможенного союза в отношении ОАО «Южный Кузбасс»²⁵, а также в отношении аналогичных дел (!), привести в соответствие с настоящим решением». Как мы видим, речь шла не об устранении Судом лакуны или об уточнении неясного положения, а о полной замене нормы договора нормой, созданной судом. При этом из аргументов Суда вытекало, что факт создания Суда на основе договора априори предопределяет обязанность государств принимать нормотворчество Суда. В новом Статуте Суда ЕАЭС государства дали ответ Суду, перекрыв тем самым его выводы в решении по «Южному Кузбассу».

Помимо закрепления в Статуте Суда своего представления о том, что влечет за собой признание акта ЕЭК не соответствующим положениям договоров ЕАЭС, государства

²² Консультативное заключение Суда ЕАЭС от 3.07. 2016. Available at: <http://courteurasian.org/page-24161> (дата обращения: 1.10.2016)

²³ В соответствии с п. 2 ст. 11 Договора об обращении хозяйствующих субъектов успешно оспоренные решения ЕЭК должны быть приостановлены с даты вступления в силу решения Суда и до приведения Комиссией этого пункта в соответствие с положениями договоров Сообщества.

²⁴ Постановление Большой коллегии Суда ЕврАзЭС от 8.04. 2013. Available at: <http://www.rg.ru/2013/07/17/evrazes-sitedok.html> (дата обращения: 1.10.2016)

²⁵ Решение Суда ЕврАзЭС по делу ОАО «Угольная Компания «Южный Кузбасс» против Евразийской Экономической Комиссии» от 5.09. 2012. Available at: http://www.rg.ru/pril/70/60/82/Reshenie_ot_5_sentiabria_2012_goda.pdf (дата обращения: 1.10.2016)

постарались вставить в Статут ряд положений, которые позволяют им не исполнять нежелательные им решения или ставить под вопрос легитимность решения Суда. Эти положения — красноречивое предупреждение на случай нежелательного толкования или нормотворчества Суда, расходящегося с интересами государств. К числу таких положений можно в первую очередь отнести положения Статута об исполнении решений Суда ЕАЭС. В соответствии со ст. 99–100 Статута решения Суда являются обязательными для исполнения сторонами спора. Однако далее ст. 114–115 говорят, что в случае неисполнения решения Суда вопрос может быть передан на рассмотрение Высшего Экономического Совета, т.е. политического органа Союза. Это приходится понимать как резервирование государствами возможности избежать нежелательных для них решений Суда через их неисполнение. Высший Совет, состоящий из президентов стран-членов ЕАЭС и принимающий решения консенсусом, и будет в конечном итоге решать вопрос о судьбе решения Суда ЕАЭС.

В качестве более серьезного варианта ограничения нежелательных решений Суда ЕАЭС выступает п. 102 Статута, который устанавливает, что «решение Суда не изменяет и (или) не отменяет действующих норм права Союза, законодательства государств-членов и не создает новых». Смысл этого пункта в том, чтобы дать государствам основания не согласиться с решением и не исполнять его, опираясь при этом на его нелегитимность как результат нарушения Судом данной статьи Статута.

К числу мер, которые государства оставили в своем арсенале для нивелирования последствий нежелательных решений Суда ЕАЭС, относится и предусмотренная ст. 47 Статута возможность совместного толкования государствами-членами ЕАЭС положений Договора о ЕАЭС. Более того, можно предположить, что такое толкование будет, как минимум, иметь больший вес, чем разъяснения, данные Судом в его решениях или заключениях. Статут ничего не говорит об обязательности такого толкования, но это не означает, что оно будет для Суда пустой бумажкой. Сегодня такое толкование рассматривается международным правом как последующее соглашение государств. В соответствии с п. 3 ст. 31 Венской конвенции о праве международных договоров (1969), такое соглашение должно как минимум приниматься во внимание судами, созданными для применения таких международных соглашений. Понятно, что порядок совместного толкования еще не определен, и пока трудно понять, как и при каких условиях это будет реализовано. Однако это не исключает того, что данный вариант в принципе не может быть реализован. Много будет зависеть и от позиции самого Суда, для которого было бы фатальной ошибкой игнорировать эту статью и полагать, что только у него есть исключительное право толковать положения Договора о ЕАЭС. Государства Союза недвусмысленно показали, что намерены сохранять за собой последнее слово в вопросах толкования, и уже сейчас зарезервировали такую возможность в Статуте Суда.

Внешние вызовы

По сравнению с действующими сегодня судами интеграционных объединений юрисдикция Суда ЕАЭС сильно ограничена, что может стать серьезным препятствием на пути формирования правопорядка Евразийского Союза. Юрисдикцию нынешнего Суда ЕАЭС сравнима с юрисдикцией Суда Европейского объединения угля и стали (далее — ЕОУС), действовавшего в период с 1953 по 1957 гг. Так же, как в Суде ЕОУС, заявителями могут быть только хозяйствующие субъекты (в суде ЕОУС — предприятия), оба суда лишены преюдициальной юрисдикции. Однако в отличие от Суда ЕАЭС, Суд ЕОУС с

самого начала обладал правом судебного контроля в отношении актов исполнительного органа Сообщества. Как уже указывалось, Суд ЕАЭС не может рассматривать трудовые споры служащих Союза, лишен права рассматривать любые требования о возмещении ущерба, безотносительно к тому, идет ли речь об ущербе, причиненном оспоренным актом ЕЭК, либо ущербе, возникшим из-за неосторожного причинения вреда, либо ущербе, вызванном незаконным увольнением служащего органов Союза. Такие ограничения сужают поле деятельности Суда, не способствуют росту его авторитета и легитимности суда ни у национальных судов, ни у потенциальных заявителей, которые могут предпочесть судебную защиту в других международных или национальных судах, оспаривая акты ЕАЭС в ЕСПЧ, в ОРС ВТО, в инвестиционных арбитражах, либо в конституционных судах стран-членов ЕАЭС26.

При этом не должно вводить в заблуждение то, что согласно Договору о создании ЕАЭС Суд Союза является единственной судебной инстанцией в части обжалования частными лицами актов и решений ЕЭК. По факту Суд ЕАЭС уже сейчас конкурирует как с национальными судами стран-членов Союза (в первую очередь, с их конституционными судами), так и с другими международными судами, которые также могут признать свою юрисдикцию (пусть и косвенно) в отношении актов Союза. В этом отношении красноречив опыт немецкой компании «Фольксваген», которая сначала пыталась обжаловать антидемпинговые пошлины, введенные ЕЭК, в Суде ЕвразЭС, но в итоге предпочла убедить свое правительство подать на Россию жалобу в ОРС ВТО. Иностранцы могут также попытаться обжаловать акты ЕЭК в инвестарбитраж, апеллируя при этом к положениям межгосударственных соглашений о защите инвестиций, заключенных Россией. Еще одним вариантом для потенциальных частных заявителей остается ЕСПЧ, который будет только рад протестировать судебную систему Евразийского Союза на предмет соответствия своим стандартам.

Конкуренция Суда ЕАЭС и Конституционного Суда России (далее — КС) из разряда теоретических вопросов уже стала реальностью. Так, в нескольких решениях КС постановил, что действующий в ЕАЭС Таможенный кодекс Таможенного союза применяется на территории России в толковании, данном КС27. Более того, в определении от 3.03.2015 28 КС заявил о своем праве проверять акты ЕЭК на предмет их соответствия Конституции России, исходя из постулата, что только он решает вопрос о конституционности норм, действующих в правовом порядке России. В этот правовой порядок входят не только национальные нормы, но и нормы международного права, включая Договор о создании Евразийского Союза и решения ЕЭК. Из этого КС сделал вывод о своем праве рассматривать вопросы о конституционности решений ЕЭК, несмотря на то, что такая возможность напрямую не закреплена в законе «О Конституционном Суде» (что не удивительно, так как закон был принят в 1994 г., когда никто еще и не думал о Евразийском Союзе).

²⁶ См. детально по этому поводу: *Кожеуров Я.* Указ. соч. С. 4–16.

²⁷ Определение КС РФ от 17.11. 2011 № 1487-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Худайназарова Мурата Реимназаровича на нарушение его конституционных прав положениями статей 150, 153 и 195 Таможенного кодекса Таможенного союза»; Определение КС РФ от 2.07. 2013 № 1050-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы компании «Team Niinivirta AY» на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 80, пункта 1 статьи 91 и пункта 1 статьи 342 Таможенного кодекса Таможенного союза».

²⁸ Определение КС РФ от 03.03.2015 № 417-О «По запросу Арбитражного суда Центрального округа о проверке конституционности пункта 4 Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза».

По мнению КС, членство в межгосударственных объединениях не должно приводить к нарушению прав человека и не должно создавать угрозу основам конституционного строя. Таким образом, КС указал на два возможных основания для своего контроля над решениями ЕЭК, и главное из них — вопрос о правах человека. По убеждению КС, участие России в ЕАЭС не освобождает Россию от конституционной обязанности защищать права человека. В противном случае основанная на принципе *pacta sunt servanda* обязанность России отдавать приоритет международным договорам при коллизии с национальными нормами может вылиться в «безоговорочное стремление выполнять взятые на себя обязательства» в ущерб правам человека, что, по мнению КС, недопустимо.

Лишь превращение Суда Союза в эффективно действующий и авторитетный механизм позволит решить проблему конкуренции с другими судами. Суду предстоит проявить немалую находчивость и убедительность, чтобы доказать свои преимущества, которые а priori не очевидны, особенно с учетом его усеченной по сравнению даже с Судом ЕврАзЭС юрисдикции. Заинтересованность в сильном суде должны показать также и страны-члены Союза, пойдя на смягчение своей сегодняшней позиции, нашедшей отражение в Статуте Суда ЕАЭС, которую можно назвать сочетанием жесткости и чрезмерных (иногда надуманных) опасений. В случае с Судом ЕАЭС поиски государствами баланса между независимостью и эффективностью суда, с одной стороны, и желательной степенью контроля за судом, с другой, не оказались стратегически удачными и выверенными. Преобладание страхов и сомнений при разработке Статута привело к появлению ослабленного суда, что вскоре станет ощущаться на качестве процесса евразийской интеграции.



Библиография

- Евразийская интеграция: роль суда / под ред. Т.Н. Нешатаевой. М.: Статут, 304 с.
- Кембаев Ж. Сравнительно-правовой анализ функционирования Суда Евразийского экономического союза // *Международное правосудие*. 2016. № 2. С. 30–45.
- Кожеуров Я. Институты международного правосудия и право Евразийского экономического союза: смотр правовых сил // *Российский юридический журнал*. 2016. № 4. С. 4–16.
- Alter K., Gathii J., Helfer L. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences // *The European Journal of International Law*. 2016. Vol. 27. N 2. P. 293–328.
- Alter K. Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context // *European Journal of International Relations*. 2008. Vol. 14 (1). P. 33–63.
- Alter K. Who are the Masters of the Treaty? European Governments and the European Court of Justice // *International Organization*. 1998. Vol. 52. N1. P. 121–147.
- Alter K. Private Litigants and the New International Courts // *Comparative Political Studies*. 2006. Vol. 39. N 1. P. 22–49.
- Ben-Shahar O. Agreeing to Disagree: Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts // *Wisconsin Law Review*. 2004. N 2. P. 389–428.
- Helfer L., Slaughter A.-M. Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo // *UCLA Review*. 2005. Vol. 93. P. 1–58.
- Romano C. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. New York University Public Law and Legal Theory Working Papers, 2006. 20 p.
- Shany Y. Assessing Effectiveness of International Courts. Oxford, 2014. 344 p.
- Trachman J. The Domain of WTO Dispute Resolution // *Harvard International Law Journal*. 1999. N 2. P. 346–350.

Mackenzie R., Sands P. International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge // Harvard International Law Journal. 2003. Vol. 44. N 1. P. 271–295.

Quigley J. The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences // Duke Journal of Comparative and International Law. 2009. Vol. 19. P. 263–306.

Wet E. de. The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa // ICSID Review. 2013. P. 1–19.

Statute of EAEU Court as Reflection of EAEU Members Concerns and Doubts



Alexey Ispolinov

Associate Professor, Head, Department of International Law, Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Vorobyovy Gory, Bldg. 13, Moscow 119991, Russian Federation. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Abstract

The establishment of the Court of the Eurasian Economic Union has marked another attempt of the EAEU members to set up a regional integration court. Russian legal scholars have embarked the analysis of the Court Statute and Rules of the EAU Court, including the comparison with the powers of the EurAsEC court which had operated for three years and the competence and organizational activity of the EU Court of Justice. However, some issues remain outside the scope of research in particular, the motives guided by the EAEU members approving the decision on establishing Court and assigning it with a particular jurisdiction which significantly differs from the EUCH powers and EAEU court competence. The author of the paper attempts to compensate the gap by examining the Statute of the EAEU court on the one hand as the reflection of concern and doubts and concerns of the members on the one hand as the reflection of fears, doubts of the members as to the court being established, and on the other hand as a group of measures to control the new court to avoid or minimize judgments unwanted for them. The author concludes that seeking balance between independence and efficiency of the EAEU court and control over the court have not been strategically justified. The fears and doubts of the states drafting the statute of the Court leads to weakening features of the court, which will be instantly seen in the quality of the process of Eurasian integration. The existing limitations in the court jurisdiction do not promote to the development of its authority and legitimacy either for potential appellants which may seek protection of rights in other international or national courts to challenge the EAEU courts in EUHRC, WTO court, investment arbitrations or constitutional courts of the EAEU members.



Keywords

Eurasian Economic Union, Court of the EAEU, international courts, controls, jurisdiction, competition of courts, private appellants, efficiency of courts.

Citation: Ispolinov A.S. (2016) Statute of EAEU Court as Reflection of EAEU Members Concerns and Doubts. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 152–166 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.152.166



References

Alter K. (1998) Who Are the Masters of the Treaty? European Governments and the European Court of Justice. *International Organizations*, vol. 52, no 1, pp. 121–147.

Alter K. (2006) Private Litigants and the New International Courts. *Comparative Political Studies*, vol. 39, no 1, pp. 22–49.

- Alter K. (2008) Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context. *European Journal of International Relations*, vol. 14, pp. 33–63.
- Alter K., Gathii J., Helfer L. (2016) Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences. *The European Journal of International Law*, vol. 27, no 2, pp. 293–328.
- Ben-Shahar O. (2004) Agreeing to Disagree': Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts. *Wisconsin Law Review*, no 2, pp. 389–428.
- Helfer L., Slaughter A.-M. (2005) Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo. *California Law Review*, vol. 93, pp. 1–58.
- Kembaev Zh. (2016) Sravnitel'no-pravovoy analiz funktsionirovaniya Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza [A Comparative Analysis of EAEU Court Activity]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 2 (18), pp. 30–45.
- Kozheurov Ya. (2016) Instituty mezhdunarodnogo pravosudiya i pravo Evraziyskogo Ekonomicheskogo Soyuz: smotr pravovykh sil» [Institutes of International Justice and Law of the Eurasian Economic Union]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 4, pp. 4–16.
- Mackenzie R., Sands Ph. (2003) International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge. *Harvard International Law Journal*, vol. 44, no 1, pp. 271–295.
- Neshataeva T.N. (ed.) (2015) *Evraziyskaya integratsiya: rol' Suda* [European Integration: Role of Court]. Moscow: Statut, 304 p. (in Russian)
- Quigley J. (2009) The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences. *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 19, pp. 263–306.
- Romano C. (2006) From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent. New York University. Public Law and Legal Theory Working Paper. 20 p.
- Shany Y. (2014) *Assessing Effectiveness of International Courts*. Oxford: Oxford University Press, 344 p.
- Trachman J. (1999) The Domain of WTO Dispute Resolution. *Harvard International Law Journal*, no 2, pp. 346–350.
- Wet E. de (2013) The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa. *ICSID Review*, pp. 1–19.

Влияние основных прав человека на реализацию свобод внутреннего рынка Европейского союза



Е.В. Постникова

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



Аннотация

Единый внутренний рынок — одно из основных достижений Европейского союза в эпоху развития глобализации. ЕС включает не только единый рынок товаров и услуг, но и разделяет ценности, закрепленные в учредительных договорах ЕС, включая Хартию ЕС об основных правах. В частности, уважение основных прав человека входит в составную часть общих принципов права ЕС. Цель статьи заключается в выяснении соотношения принципа защиты прав человека и экономических свобод внутреннего рынка ЕС. Автор выделяет два аспекта такого соотношения, которые служат структурообразующими элементами статьи. Первый аспект заключается в том, что соблюдение прав человека способствует повышению эффективности функционирования внутреннего рынка. Второй аспект — цель защиты прав человека может служить основанием для ограничения экономических свобод внутреннего рынка. Исследование основывается на положениях таких международно-правовых актов, как Договор о Европейском союзе, Договор о функционировании Европейского союза, Хартия ЕС об основных правах, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950), Европейская социальная хартия (1996), а также на практике Суда ЕС. В рамках первого аспекта кратко рассматриваются принцип запрета дискриминации, защита прав потребителей, право на защиту данных личного характера, свобода профессиональной деятельности и право на труд и отмечается их роль в функционировании внутреннего рынка, повышении его эффективности. Что касается второго аспекта, то право ЕС предусматривает возможность ограничения свобод внутреннего рынка государствами-членами для достижения определенных целей. Так, защита прав человека выступает одним из оснований правомерного ограничения экономических свобод внутреннего рынка ЕС. В статье уделяется особое внимание решению Суда ЕС по делу C-112/00 Schmidberger (2003) в сфере свободы движения товаров, в котором было признано, что приоритетное значение свободы мнений и собраний служит оправданием ограничения свободы движения товаров. В итоге отмечается, что пока нельзя утверждать, что Суд отдает предпочтение или правам человека, или экономическим свободам внутреннего рынка. Как правило, национальному суду оставлена свобода усмотрения, и он должен находить справедливый баланс между экономическими свободами и правами человека, учитывая обстоятельства дела.



Ключевые слова

внутренний рынок, Европейский союз, императивные требования общего интереса, общие принципы права ЕС, права человека, право ЕС, принцип недискриминации, свобода движения товаров, Суд ЕС, экономические свободы внутреннего рынка ЕС.

Библиографическое описание: Постникова Е.В. Влияние основных прав человека на реализацию свобод внутреннего рынка Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 167–183.

JEL: K10; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.167.183

Проблема соотношения принципа уважения прав и основных свобод человека, с одной стороны, и экономических свобод внутреннего рынка Европейский союза (далее — ЕС), с другой, является актуальной и неоднозначной. В данной статье будут рассмотрены лишь некоторые ее аспекты.

Внутренний рынок — одно из главных достижений ЕС в эпоху глобализации, создающее условия для большей доступности многочисленных товаров и услуг, обеспечивающее более низкие цены, преимущества на рынке сбыта товаров, а также характеризующееся повышенной защитой окружающей среды¹. Как отметил председатель Европейской комиссии Ж.-К. Юнкер, ЕС включает не только единый рынок товаров и услуг, но и разделяет ценности, закрепленные в учредительных договорах ЕС и Хартии ЕС об основных правах². В предвыборном выступлении в 2014 г. он, с одной стороны, подчеркивал, что «внутренний рынок Европы является ее лучшим козырем во времена усиливающейся глобализации», а с другой — говорил об использовании полномочий Комиссии в целях обеспечения уважения общих ценностей, правового государства и основных прав, учитывая разнообразие конституционного законодательства и культур 28 государств-членов ЕС³. Согласно Отчету Комиссии за 2015 г. ЕС продолжал развивать политику в сферах правосудия, основных прав человека и гражданства, которые опираются на основные ценности как то: демократия, свобода, терпимость и правовое государство⁴. В частности, Комиссия выполнила свои обязательства провести реформу по защите данных в ЕС, направленную на повышение защиты персональных данных граждан и усиления права граждан на защиту персональных данных, являющегося одним из основных прав ЕС.

Первоначально Договоры, учреждающие Европейские Сообщества, практически не содержали положений, касающихся прав человека и их защиты. Вопрос о необходимости защиты прав и свобод человека встал в процессе повышения уровня интеграции в ЕС, которая стала охватывать новые сферы сотрудничества.

Сегодня право прав человека ЕС располагает собственной системой источников. Вкратце остановимся на ней. Здесь необходимо назвать Договор о Европейском союзе (ДЕС)⁵, Договор о функционировании Европейского союза (ДФЕС), Хартию Европейского союза об основных правах, практику Суда ЕС и иные источники права прав человека. Нельзя забывать о том вкладе, который внес и вносит Суд ЕС в решение проблемы защиты прав человека. Роль Суда является значительной и заслуживает высокой оценки. Что касается обязанности соблюдения государствами-членами ЕС международно-правовых актов, предметом регулирования которых выступают права чело-

¹ См. в том числе: L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne. Commission européenne. Direction générale de la communication. Information des citoyens / Bruxelles. Available at: URL: <http://publications.europa.eu/fr/web/general-report> (дата обращения: 17.03.2016)

² Juncker J.-C. A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change Political Guidelines for the next European Commission Opening Statement in the European Parliament Plenary Session. Strasbourg, 15 July 2014.

³ В июне 2016 года в Великобритании был проведен референдум, по итогам которого она должна выйти из состава ЕС. См. о возможных экономических последствиях выхода Великобритании из ЕС, напр.: The Economic Outlook after the UK Referendum: A First Assessment for the Euro Area and the EU Economic and Financial Affairs. Institutional Paper 032 | July 2016. Available at: URL: http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eaip/pdf/ip032_en.pdf (дата обращения: 27.09.2016)

⁴ L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne.

⁵ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal C 115, 09.5.2008 (далее — OJ).

века, то помимо актов права ЕС следует, в частности, назвать Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод (1950) (ЕКПЧ)⁶, Европейскую Социальную Хартию (1996)⁷, Всеобщую декларацию прав человека (1948), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966).

По ст. 2 ДЕС «Союз основан на ценностях уважения человеческого достоинства, свободы, демократии, равенства, правового государства и соблюдения прав человека, включая права лиц, принадлежащих к меньшинствам. Эти ценности являются общими для государств-членов в рамках общества, характеризующегося плюрализмом, недискриминацией, терпимостью, справедливостью, солидарностью и равенством женщин и мужчин». Также важно упомянуть п. 2 и 3 ст. 3 ДЕС, в которых отмечается, что ЕС «предоставляет своим гражданам пространство свободы, безопасности и правосудия без внутренних границ, в рамках которого обеспечивается свободное передвижение лиц... создает внутренний рынок», «борется с социальной маргинализацией и с дискриминацией, содействует социальной справедливости и социальной защите, равенству женщин и мужчин, солидарности поколений и охране прав ребенка». А в п. 3 ст. 6 ДЕС закреплено, что основные права человека входят в содержание права Союза в качестве общих принципов⁸. Необходимо подчеркнуть, что принцип уважения прав человека является одним из общих принципов права ЕС. Кроме того, ст. 6 ДЕС имеет особенно важное значение с точки зрения роли Хартии ЕС об основных правах и ЕКПЧ для правопорядка ЕС.

Что же касается второго учредительного Договора — ДФЕС, то он содержит целый перечень исключительно важных положений в сфере прав человека. Например, ст. 8 гарантирует принцип равенства, в частности полового. Статьи 10, 15, 16, а также положения части второй «Недискриминация и гражданство Союза», части третьей «Внутренняя политика и деятельность Союза» закрепляют ряд основных прав (например, право на защиту персональных данных, свободу передвижения работников, принцип равенства женщин и мужчин в вопросах оплаты труда, право на доступ к документам и др.). Кроме этого, ДФЕС включает гарантии защиты прав человека от действий институтов и органов ЕС (например, иски в Суд ЕС, жалобы Омбудсмену).

В 2000 г. была принята разработанная Конвентом Хартия ЕС об основных правах, которая включает перечень прав, сформулированный на основе общих для государств-членов традиций и международных обязательств, ДЕС и иных договоров ЕС, ЕКПЧ, социальных хартий, принятых ЕС и Советом Европы, а также практики Суда ЕС и Европейского Суда по правам человека (ЕСПЧ). Первоначально Хартия не имела юридически обязательной силы и фактически была декларацией, хотя Комиссия заявила, что будет следовать положениям Хартии. Вопрос о юридической силе Хартии вызывал тогда оживленные дискуссии, в том числе из-за того, что она являлась актом институтов ЕС, не облеченным в стандартную форму нормативных актов⁹.

⁶ Хотя ЕКПЧ в доктрине относят и к источникам права ЕС. См. в том числе п. 2 ст. 6 ДЕС.

⁷ Европейская Социальная Хартия от 3.05.1996. Available at: URL: <http://base.consultant.ru/cons/CGI/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=120807> (дата обращения: 25.04.2016)

⁸ П. 3 ст. 6 ДЕС: «Основные права, как они гарантированы Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод и как они вытекают из общих для государств-членов конституционных традиций, входят в содержание права Союза в качестве общих принципов».

⁹ Хартия Европейского союза об основных правах: комментарии / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юриспруденция, 2001. С. 49.

Поворотным моментом в судьбе Хартии можно считать принятие и вступление в силу в 2009 г. Лиссабонского договора¹⁰, который придал Хартии обязательную силу, изменив ее статус¹¹. Так, например, П.К. Мюллер-Графф рассматривает признание субъективных прав в ходе развития интеграционных процессов посредством признания за Хартией статуса договора как одно из наиболее существенных нововведений Лиссабонского договора¹². В ст.6 ДЕС предусматривается равная юридическая сила Хартии, адаптированной 12 декабря 2007 г., и учредительных договоров ЕС (ДЕС и ДФЕС). Однако здесь необходимо обратить внимание на то, что в Протоколе №30 к Хартии установлены ограничения ее применения Польшей и Великобританией в той мере, в какой ее применение может отрицательно повлиять на национальную правовую систему этих стран¹³.

Особый интерес в свете рассматриваемой темы также имеют ежегодные отчеты Комиссии о применении Хартии ЕС об основных правах. Например, в 2015 г. Комиссия обнародовала отчет за 2014 год¹⁴. Из него следует, что Суд ЕС в своей практике все чаще стал ссылаться на Хартию ЕС об основных правах. Число решений возросло с 43 в 2011 году до 210 в 2014.

Как подчеркивает Ю.М. Юмашев, рассмотрение механизма регулирования свободы движения товаров было бы неполным без сравнительного анализа влияния основных прав и свобод человека на его функционирование¹⁵. Так что, возможно, уместнее говорить именно о влиянии основных прав и свобод человека на реализацию механизма внутреннего рынка ЕС. В связи с этим можно выделить, в частности, два аспекта такого взаимодействия, условно назвав их «положительным» и «отрицательным». Необходимо подчеркнуть исключительную условность этих категорий. *Первый аспект* заключается в том, что соблюдение прав человека способствует повышению эффективности функционирования внутреннего рынка, т.е. фактически выступает средством достижения данной цели. *Второй аспект* имеет место, когда защита прав человека является основанием для ограничения экономических свобод внутреннего рынка, которые могут рассматриваться как обоснованные и соответствующие праву ЕС, так и противоречащие ему. Существенным является тот факт, что практика Суда ЕС по данному вопросу не является устоявшейся и последовательной.

Теперь рассмотрим соотношение, а точнее роль некоторых основных прав человека в функционировании внутреннего рынка ЕС.

В рамках **первого аспекта** начнем с **принципа недискриминации** или **принципа запрета дискриминации**.

В ЕКПЧ запрещению дискриминации посвящена ст. 14, согласно которой пользование правами и свободами, признанными в Конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии,

¹⁰ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 // Official Journal of the European Union C 306/01, 17.12.2007.

¹¹ См. ст.6 ДЕС.

¹² Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского союза. Пер. с нем. Юмашева Ю.М. // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 95.

¹³ См. выше о членстве Великобритании в ЕС.

¹⁴ 2014 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights // Available at: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/2014_annual_charter_report_en.pdf (дата обращения: 25.04.2016); Annual Report on the Application of the Charter // Available at: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm (дата обращения: 25.04.2016)

¹⁵ Экономическое право Европейского союза / Ю.М. Юмашев, Е.В. Постникова. М., 2015. С. 115.

политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам. Таким образом гарантируется равное обращение при осуществлении других прав, закрепленных Конвенцией. Протокол 12¹⁶ расширил сферу действия данной статьи также в отношении любого права, установленного законом, т.е. включая права, предусмотренные национальными правовыми актами.

Можно еще обратиться к *Рамочной конвенции о защите национальных меньшинств* (ст. 4, 6(2) и 9) и к конвенциям Совета Европы о противодействии торговле людьми (ст. 2(1)), о доступе к официальным документам, о правах человека и биомедицине, в которых также закрепляется защита от дискриминации. К слову, запрет дискриминации — это руководящий принцип некоторых актов, принятых в рамках Совета Европы, и, несомненно, повлиявших на иные его документы.

В основе функционирования внутреннего рынка ЕС (первоначально — общего рынка Европейского экономического сообщества — ЕЭС) лежит **принцип недискриминации**¹⁷. Его смело можно назвать ключевым, краеугольным принципом-инструментом механизма внутреннего рынка ЕС. Принцип недискриминации в правовой доктрине называют, например, наравне с принципом взаимного признания, общим принципом либерализации трансграничных отношений¹⁸. Содержание каждой экономической свободы внутреннего рынка ЕС (свободы движения товаров, свободы движения лиц, свободы оказания услуг и свободы движения капиталов и платежей) сводится к запрету дискриминации на основании происхождения или гражданства, в зависимости от того, о какой свободе идет речь.

Договор об учреждении ЕЭС с самого начала содержал положение о запрете дискриминации. Принцип запрета дискриминации закреплен в целом ряде статей ДФЕС, а также в ст. 2 ДЕС. В ст. 10 ДФЕС закреплено общее правило запрета дискриминации, согласно которому при определении и осуществлении своей политики и деятельности Союз стремится бороться с любой дискриминацией по признакам пола, расы или этнического происхождения, религии или убеждений, инвалидности, возраста или сексуальной ориентации. Статья 18 ДФЕС содержит частное правило данного принципа, согласно которому запрещается любая дискриминация по признаку национального гражданства.

Статья 21 Хартии ЕС об основных правах предусматривает недопустимость дискриминации¹⁹. Важно, что в тексте статьи говорится о запрете всякой дискриминации и перечень оснований дискриминации является открытым. Так, запрещается дискриминация, в частности, по признакам пола, расы, цвета кожи, этнического или социального

¹⁶ Ст. 1 Общее запрещение дискриминации: «1. Пользование любым правом, установленным законом, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам. 2. Никто не может быть подвергнут дискриминации со стороны каких бы то ни было публичных властей по признакам, упомянутым в пункте 1 настоящей статьи.»

¹⁷ В ЕКПЧ запрещению дискриминации посвящена ст. 14, а также ст. 1 Протокола 12.

¹⁸ См.: Четвериков А.О. Нормативная модель либерализации трансграничных отношений в праве Европейского союза: правовые формы и общие принципы создания пространства без внутренних границ в рамках ЕС. М., 2010. С. 12–13.

¹⁹ См. также п. 2 и 3 ст. 52 Хартии. П.2 ст. 52: «Признанные в настоящей Хартии права, которые основаны на коммунитарных договорах или Договоре о Европейском союзе, осуществляются в рамках условий и границ, определенных последними».

происхождения, генетических черт, языка, религии или убеждений, политических или любых других взглядов, принадлежности к национальному меньшинству, имущественного положения, рождения, нетрудоспособности, возраста или сексуальной ориентации. В сфере применения ДФЕС и ДЕС без ущерба для специальных положений названных договоров запрещается всякая дискриминация по национальному признаку. Следует обратить внимание на сам перечень недискриминационных признаков: кроме классических признаков (пола, расы, этноса, религии, социального происхождения, политических взглядов и др.), статья предусматривает и такие признаки, как физические и психические недостатки, генетические черты, сексуальная ориентация²⁰. Таким образом, принцип недискриминации, закрепленный в Хартии, шире по объему, чем закрепленный в ДФЕС. На это следует обратить внимание.

Необходимо сослаться и на ст. 23 Хартии, закрепляющей равенство мужчин и женщин во всех сферах, в том числе применительно к вопросам трудоустройства, трудовой деятельности и оплаты труда. В очередной раз следует напомнить, что о равенстве мужчин и женщин говорится в ст. 2 ДЕС. Данный принцип основывается, в том числе, на Всеобщей декларации прав человека, Международных пактах (1966), Конвенции о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979). *Европейская социальная хартия* предусматривает как право на равные возможности, так и на равное обращение в вопросах трудоустройства и занятости, обеспечивая защиту от дискриминации по половому признаку. К слову сказать, в отчете Комиссии за 2015 г. подчеркивается, что активно велась работа по разработке проекта Директивы, касающейся лучшего соотношения числа мужчин и женщин в органах предприятий²¹.

Правовой основой регулирования экономических свобод ЕС являются также акты вторичного права ЕС, запрещающие дискриминацию как на основании происхождения или гражданства, так и по иным признакам. В качестве примера можно привести директивы: об общих рамках равного отношения в сфере труда²², о принципах равного отношения к людям независимо от расового и этнического происхождения²³, о применении принципа равного отношения к мужчинам и женщинам в том, что касается доступа к товарам и услугам, а также поставки товаров и услуг²⁴, об услугах на вну-

²⁰ Хартия Европейского союза об основных правах: комментарии. С. 99.

²¹ L'UE en 2015 — Rapport général sur l'activité de l'Union européenne.

²² Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a General Framework for Equal Treatment in Employment and Occupation // OJ L 303, 2.12.2000. P. 16–22.

²³ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 Implementing the Principle of Equal Treatment between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin // OJ L 180, 19.7.2000. P. 22–26. Первая закрепила запрет дискриминации на основании сексуальной ориентации, религиозных взглядов, возраста и инвалидности в сфере трудоустройства. Второй директивой запрещена дискриминация в зависимости от расового и этнического происхождения в сфере трудоустройства, а также в доступе к социальному обеспечению, товарам и услугам. В данном случае предметом регулирования выступают те же объекты, что и при регулировании свободы движения работников, свободы движения товаров и свободы предоставления услуг. Речь шла, в частности, о равном доступе к медицинским услугам, услугам в сфере образования при реализации своего права в области трудоустройства. См.: Руководство по европейскому антидискриминационному праву, составленное в рамках программы Совета Европы и Европейского союза. Июль 2010 г. / Агентство Европейского союза по защите основных прав, Совет Европы, Европейский Суд по правам человека. Тверь, 2014.

²⁴ Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services // OJ L 373, 21.12.2004. P. 37–43.

треннем рынке²⁵, об имплементации принципа равных возможностей и равного отношения к мужчинам и женщинам по вопросам труда²⁶, об универсальных услугах и правах потребителей, связанных с сетями и услугами электронных коммуникаций²⁷ («Директива об универсальных услугах»), о мерах, упрощающих реализацию прав работников в контексте свободы их движения²⁸, относительно координации процедур заключения государственных контрактов на выполнение работ, поставку товаров и предоставление услуг («классическая» Директива)²⁹.

Следующее, что мы рассмотрим, это вопрос **защиты прав потребителей**. В ст. 38 Хартии ЕС гарантируется высокий уровень защиты потребителей. В целях содействия интересам потребителей и обеспечения высокого уровня их защиты согласно ст. 169 ДФЕС (бывшая ст. 153) Союз вносит вклад в охрану здоровья, безопасности и экономических интересов потребителей, а также в развитие их права на информацию, на обучение и на самоорганизацию для защиты своих интересов. В 2010 г. для выхода из экономического кризиса была принята Стратегия «Европа 2020», в которой Комиссия зафиксировала семь инициатив. Например, инициатива «Эффективная Европа в использовании ресурсов» включает развитие транспортной и энергетической сфер, а инициатива «Союз для инноваций» направлена на реализацию инновационных идей в производстве товаров и предоставлении услуг. Создание внутреннего рынка постоянно продолжается и, как следует из Стратегии «Европа 2020», составляет неотъемлемую часть программы развития ЕС в свете финансового кризиса.

Ввиду этого Комиссия приняла *«Акт единого рынка 2»*³⁰, который включает 12 приоритетных действий. Одно из направлений — это увеличение преимуществ потребителей. В 2015 г. Комиссией была развита и протестирована *онлайн-платформа урегулирования споров*³¹. Она функционирует с января 2016 г. и позволяет разрешать споры намного быстрее и при меньших финансовых затратах, чем при судебном разбирательстве. В ЕС альтернативные или онлайн-процедуры разрешения споров могут приобре-

²⁵ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market // OJ L 376, 27.12.2006. P. 36–68.

²⁶ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) // OJ L 204, 26.7.2006. P. 23–36.

²⁷ Directive 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive) // OJ L 108, 24.4.2002. P. 51–77.

²⁸ Directive 2014/54/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on measures facilitating the exercise of rights conferred on workers in the context of freedom of movement for workers // OJ L 128, 30.4.2014. P. 8–14.

²⁹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts // OJ L 134, 30.4.2004. P. 114–240.

³⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions «Single Market Act II — Together for new growth», COM(2012) 573 final, Brussels, 3.10.2012.

³¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1051 of 1 July 2015 on the modalities for the exercise of the functions of the online dispute resolution platform, on the modalities of the electronic complaint form and on the modalities of the cooperation between contact points provided for in Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council on online dispute resolution for consumer disputes // OJ L 171, 2.07.2015. P. 1–4.

тать различные формы и именованья: арбитраж, медиация, омбудсмен и т.д.³² В 2013 г. принята Директива об альтернативном разрешении споров с участием потребителей³³, а также Регламент об онлайн разрешении споров с участием потребителей³⁴, во исполнение которого была создана Европейская онлайн-платформа по разрешению споров. Директива обеспечивает доступ потребителей к альтернативной системе разрешения споров с продавцами.

Следует заметить, что не важно, были ли товары и услуги приобретены онлайн или обычным способом, на территории государства-члена, где учрежден потребитель, или на территории иного государства-члена. При этом традиционно исключаются товары и услуги в сфере здравоохранения и высшего образования. Отметим, что цель Директивы заключается именно в том, чтобы посредством достижения высокого уровня защиты прав потребителей обеспечить надлежащее функционирование внутреннего рынка. Это выступает одним из подтверждений непосредственного и положительного влияния реализации прав человека на функционирование единого внутреннего рынка ЕС.

Что касается платформы, то она имеет целью помочь потребителям, купившим товар или услугу онлайн-способом, и имеющиеся в связи с этим определенные проблемы. Посредством платформы спор передается на рассмотрение органам альтернативной системы разрешения споров, соответствующим установленным требованиям и вследствие этого включенным в национальный список. Требования защиты прав потребителей, в том числе, закреплены в Директиве 2009/72, касающейся общих правил внутреннего рынка электричества³⁵.

Затронем еще право на защиту данных личного характера. Данное право гарантировано ст. 8 Хартии ЕС об основных правах, которое в свою очередь основывается на праве каждого на уважение частной и семейной жизни, его жилища и корреспонденции, закрепленное в ст. 7 этой же Хартии. В ДФЕС также предусмотрено это право в ст. 16 (бывшая ст. 286). В связи с этим следует помнить о п. 2 ст. 52 Хартии. Но также важно отметить, что согласно п. 3 ст. 52 Хартии Союз не вправе дополнительно ограничивать право на уважение частной и семейной жизни по сравнению с теми ограничениями, которые допускаются п. 2 ст. 8 ЕКПЧ. Также упомянем Директиву 95/46 о защите лиц при обработке и свободном обращении данных личного характера³⁶.

Подчеркнем важность рассматриваемого права для эффективности *функционирования экономических свобод ЕС*. Выше говорилось о реформе в сфере защиты данных и о вкладе Комиссии в ее реализацию. Реформа была предложена Комиссией в 2012 г. и включает два основных инструмента: общий регламент, касающийся защиты данных,

³² Alternative and Online Dispute Resolution (ADR/ODR) // Available at: http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm (дата обращения: 26.04.2016)

³³ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR) // OJ L 165, 18.6.2013. P. 63–79.

³⁴ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR) // OJ L 165, 18.6.2013. P. 1–12.

³⁵ Directive 2009/72/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC // OJ L 211, 14.08.2009, p. 55–93.

³⁶ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data // OJ L 281, 23.11.1995. P. 31–50.

и директиву о защите данных, предназначенных для полицейских властей и органов уголовного правосудия. Данная реформа является неотъемлемым элементом единого электронного (цифрового) рынка³⁷ и европейской программы безопасности³⁸. В 2015 г. работа над реформированием правового регулирования в данной сфере была интенсифицирована, и в итоге было достигнуто согласие Комиссии с Парламентом и Советом в отношении целостности реформы³⁹. В апреле 2016 г. указанные документы приняты Парламентом и Советом⁴⁰.

Так, в частности, реформа позволит гражданам в большей степени осуществлять контроль над своими персональными данными, а предприятиям — извлекать выгоду из возможностей, создаваемых унификацией норм регулирования единого электронного рынка при сокращении административных формальностей и росте доверия потребителей⁴¹. Реформа в том числе имеет целью обеспечить упрощенный доступ к своим персональным данным; право на передачу данных (например, при реализации свободы услуг); более четкое право на уничтожение персональных данных, как только лицо пожелает этого при отсутствии правовых оснований для их хранения; право быть информированным в кратчайшие сроки о несанкционированном доступе к персональным данным. Также предоставляется единый свод правовых норм, что и удешевит деятельность предприятий; служба «одного окна»; применение норм права ЕС на территории Союза, в том числе и в отношении предприятий, учрежденных в третьем государстве; подход, учитывающий риски; нормы, благоприятные для инноваций⁴².

³⁷ В 2015 г. Комиссия также начала реализовывать стратегию, направленную на устранение препятствий связи в рамках единого электронного (цифрового) рынка, которые лишают граждан ЕС возможности пользоваться преимуществами от выбора товаров и услуг, а предприятия в Интернет-сфере — возможности в полной мере участвовать в будущем развитии сектора цифровых технологий. В декабре 2015 г. Совет и Парламент пришли к соглашению относительно предложенных Комиссией новых правил обеспечения повышенного уровня безопасности сетей и информации. Речь идет о Директиве, касающейся мер по обеспечению общего высокого уровня безопасности интернета и информации в ЕС (Network and Information Security Directive: co-legislators agree on the first EU-wide legislation on cybersecurity // Available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/news/network-and-information-security-directive-co-legislators-agree-first-eu-wide-legislation> (дата обращения: 28.09.2016)

³⁸ См.: Le programme européen en matière de sécurité. Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil Européen et au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Strasbourg, le 28.4.2015. COM(2015) 185 final // Available at: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/basic-documents/docs/eu_agenda_on_security_fr.pdf (дата обращения: 28.09.2016)

³⁹ Protection des données dans l'UE: l'accord sur la réforme proposée par la Commission va booster le marché unique numérique. Commission européenne — Communiqué de presse / Bruxelles, le 15 décembre 2015 // http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6321_fr.htm (дата обращения: 30.09.2016)

⁴⁰ Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA // OJ L 119, 4.5.2016. P. 89–131;

Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119, 4.5.2016. P. 1–88.

⁴¹ Protection des données dans l'UE: l'accord sur la réforme proposée par la Commission va booster le marché unique numérique. Commission européenne — Communiqué de presse / Bruxelles, le 15 décembre 2015.

⁴² Ibid.

В отчете Комиссии о применении Хартии ЕС об основных правах в 2014 г., в том числе, приводится суть дел и решения Суда ЕС по вопросам защиты персональных данных. Например, решения по делам C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Kärntner Landesregierung; C-131/12 Google Spain and Google.⁴³

Отдельный интерес также имеет предусмотренная ст. 15 Хартии ЕС **свобода профессиональной деятельности и право на труд**. Данная статья закрепляет целый ряд прав в этой сфере. Что касается практики Суда ЕС по реализации данного права, то можно назвать, например, решение по делу 4/73 Nold KG v. Commission⁴⁴. В п. 2 ст. 15 закрепляются фактически экономические свободы внутреннего рынка ЕС (свободы движения работников и свобода учреждения, свобода оказания услуг)⁴⁵. С.Ю. Кашкин и Е.А. Чергинцев подчеркивают, что ст. 15 Хартии уже толкует право работников на передвижение, нежели ныне ДФЕС с точки зрения наличия гражданства ЕС⁴⁶. В отчете Комиссии о применении Хартии в 2014 г. отмечается, что Директива 2014/54 о мерах, упрощающих осуществление права работников в контексте их свободы движения, призвана обеспечить лучшее применение на национальном уровне права граждан ЕС на труд в другом государстве-члене ЕС и направлена на устранение препятствий свободе движения работников.

Помимо запрета дискриминации, равенства полов, уважения частной и семейной жизни, свободы профессиональной деятельности и права на труд, **свобода движения работников** очень тесно связана со многими иными правами человека, например, охраной здоровья (ст. 35 Хартии ЕС, ст. 168 ДФЕС, ст. 11 Европейской социальной хартии, косвенно пункты 2 ст. 2, ст. 8, ст. 10, ст. 11 ЕКПЧ), правом на образование (ст. 14 Хартии ЕС, ст. 2 Протокола 1 к ЕКПЧ). Из актов вторичного права ЕС следует назвать в том числе *Директиву* 2004/38 о праве граждан ЕС и членов их семей свободно передвигаться и проживать на территории государств-членов⁴⁷; *Регламент* 883/2004 о координации систем социального обеспечения⁴⁸; *Директиву* 2003/109 о статусе граждан третьих стран, долгосрочно проживающих в ЕС⁴⁹; *Директиву* 2005/36 о признании профессиональных квалификаций⁵⁰.

⁴³ Cases C-293/12 and C-594/12 Digital Rights Ireland and Kärntner Landesregierung // OJ C 175, 10.6.2014. P. 6–7; Case C-131/12 Google Spain and Google // OJ C 212, 7.7.2014. P. 4–5.

⁴⁴ Case 4/73 Nold KG v. Commission [1974] ECR 491. См., в том числе, Case 234/85 Keller [1986] ECR 2897.

⁴⁵ «Каждый гражданин или гражданка Союза свободны осуществлять поиск работы, трудиться, учредить предприятия и предоставлять услуги во всех государствах-членах».

⁴⁶ Хартия Европейского союза об основных правах: комментарии. С. 99.

⁴⁷ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC // OJ L158, 30.4.2004. P. 77–123.

⁴⁸ Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security // OJ L 166, 30.4.2004. P. 1–123 (отменил Регламент 1408/71 о применении систем социального обеспечения в отношении трудящихся и предпринимателей и членов их семей: Regulation (EEC) No 1408/71 of the Council of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community // OJ L 149, 5.7.1971. P. 2–50).

⁴⁹ Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents // OJ L 16, 23.1.2004. P. 44–53.

⁵⁰ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications // OJ L 255, 30.9.2005. P. 22–142. См. также: директивы о свободе осуществления адвокатской деятельности в государстве-члене, ином, чем то, в котором приобрете-

Право ЕС, в частности, ДФЕС и практика Суда ЕС допускают ограничения свобод внутреннего рынка государствами-членами для достижения определенных целей. При этом в зависимости от дискриминационного или недискриминационного характера принимаемых мер право ЕС предусматривает различные основания их правомерности. Вопросы, какие именно меры могут быть оправданы ссылкой на те или иные основания и о содержании дискриминационных и недискриминационных мер, являются чрезвычайно сложными, характеризующимися отсутствием единообразия в судебной практике⁵¹.

Итак, защита прав человека выступает одним из оснований правомерного ограничения экономических свобод внутреннего рынка ЕС. Такие основания закреплены в акте первичного права ЕС (ДФЕС) и были разработаны также в практике Суда ЕС. Что касается ДФЕС, то, например, охрана здоровья и жизни людей выступают основанием правомерного ограничения государствами-членами свободы движения товаров (ст. 36)⁵², а общественное здравоохранение — свободы движения работников (ст. 45), свободы учреждения (ст. 51) и свободы предоставления услуг (ст. 51). По ст. 36 ДФЕС ограничения свободы движения товаров могут быть также оправданы соображениями защиты промышленной и коммерческой собственности⁵³.

В практике Суда ЕС следует выделить решение по делу **120/78 Cassis de Dijon**, поскольку в нем сформулированы общие принципы регулирования не только свободы движения товаров, но и других свобод⁵⁴. В частности, в качестве уступки государствам-членам был разработан критерий — «**императивные требования общего интереса**»⁵⁵, который позволяет учитывать при определенных условиях особенности законодательства государств-членов. Этот критерий является также исключением из свободы движения товаров, которое в последующем распространилось и на другие свободы внутреннего рынка. Причем, в отличие от исключений, закрепленных (ныне) в ДФЕС, список так называемых «императивных требований» не является исчерпывающим. Тем самым, как отмечает Ю.М. Юмашев, Суд хочет подчеркнуть динамичную природу интеграционных процессов⁵⁶.

В начале данной статьи также обращалось внимание на распространение интеграционных процессов на другие сферы межгосударственного сотрудничества. Итак, в качестве **императивных требований общего интереса** могут выступать, например, охрана общественного здоровья⁵⁷, защита интеллектуальной собственности⁵⁸, защита

на квалификация адвоката — 77/249 и 98/5: Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services // Official Journal L 78, 26.3.1977. P. 17–18; Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained // OJ L 77, 14.3.1998. P. 36–43.

⁵¹ См., в том числе: *Postnikova E.V. The Scope of Freedom to Provide Services: Prohibited Restrictions / Working papers of Higher School of Economics. Series "Law". 2013. № 19.*

⁵² См., напр.: *Case C-192/01 Commission v. Denmark [2003] ECR I-09693, C-322/01 Doc.Morris [2003] ECR I-14887.*

⁵³ Здесь можно обратиться к ст. 1 «Защита собственности» Протокола 1 к ЕКПЧ.

⁵⁴ Экономическое право Европейского союза. С. 82.

⁵⁵ Imperative requirements (reasons) relating to the public interest (англ.)

⁵⁶ Экономическое право Европейского союза. С. 83.

⁵⁷ *Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649.*

⁵⁸ *Case 62/79 Coditel [1980] ECR 881.*

прав потребителей⁵⁹, защита прав работников⁶⁰, защита многообразия средств массовой информации⁶¹, защита свободы выражения мнения и свободы мирных собраний⁶², защита прав ребенка⁶³, уважение права на человеческое достоинство⁶⁴. Подчеркнем, что некоторые основания закреплены и в ДФЕС, а также рассматриваются в практике Суда ЕС в качестве императивных требований⁶⁵. Например, в сфере свободы движения товаров следует уделить внимание таким делам Суда ЕС, как C-265/95 *Commission v. France* (1997) и, в особенности, C-112/00 *Schmidberger* (2003).

Решение Суда ЕС по делу **C-112/00 Schmidberger (2003)** можно назвать одним из ведущих прецедентов по вопросу столкновения основных прав человека и экономических свобод внутреннего рынка ЕС. Суть дела сводилась к следующему: суд австрийского города Иннсбрука обратился в Суд ЕС с преюдициальным запросом о толковании ст. 28, 29, 30 вместе со ст. 10 Договора об учреждении Европейского сообщества⁶⁶, а, точнее, в отношении условий ответственности государства-члена за ущерб, причиненный частным лицам нарушением права сообщества. В Иннсбрукский суд с иском к Австрии обратилась немецкая транспортная компания *Schmidberger* о возмещении убытков, причиненных в связи с полным перекрытием австрийской Ассоциацией защиты биосферы Альп на 30 часов движения на Бреннерской автотрассе, основном транспортном пути между Германией и Италией. «Зеленые» мотивировали свои действия, опираясь на основные права человека, и в частности, на *свободу собраний и мнений*. Акция была санкционирована австрийскими властями, поскольку они посчитали обращение к основным правам человека *оправдательным мотивом*. Таким образом, австрийская ассоциация «*Transitforum Austria Tirol*» протестовала с целью привлечь внимание общественности к усиливающейся угрозе здоровью людей и загрязнения окружающей среды из-за постоянно возрастающей интенсивности грузоперевозок между государствами-членами. Деятельность компании *Schmidberger* заключалась в транспортировке леса из Германии в Италию и стали из Италии в Германию в основном по Бреннерской трассе. Действиями экологов данной компании был нанесен материальный ущерб. Транспортная компания в роли истца утверждала, что власти Австрии, разрешив на акцию экологов, ограничили свободу движения товаров, нарушив ст. 28 Договора (ныне ст. 34 ДФЕС).

Суд ЕС, сославшись на решение по делу **C-265/95 Commission v. France (1997)**⁶⁷, подчеркнул, что ст. 28 Договора (ныне ст. 34 ДФЕС) запрещает ограничение торгов-

⁵⁹ Case C-220/83 *Commission/France* [1986] ECR 3663; Case C-252/83 *Commission/Denmark* [1986] ECR 3713; Case C-205/84 *Commission/Germany* [1986] ECR 3755; Case C-206/84 *Commission/Ireland* [1986] ECR 3817; Case C-180/89 *Commission v. Italy* [1991] ECR I-709; Case C-147/86 *Commission v. Greece* ECR [1998] ECR 1637.

⁶⁰ Case 279/80 *Webb* [1981] ECR 3305; Joined cases 62 and 63/81 *Seco* [1982] ECR 223; Case C-113/89 *Rush Portuguesa* [1990] ECR I-1417, Case C-438/05 *Viking Line* [2007] ECR I-10779, Case C-341/05 *Laval* [2007] ECR I-11767.

⁶¹ C-368/95 *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags* [1997] ECR I-03689.

⁶² C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR /I-05659.

⁶³ C-244/06 *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v. Avides Media AG* [2008] ECR/I-00505.

⁶⁴ Case C-36/02 *Omega* [2004] ECR I-9609.

⁶⁵ См.: *Dony M. Droit de l'Union européenne. Troisième édition revue et augmentée / Editions de l'Université de Bruxelles*. 2008. P. 351.

⁶⁶ Ныне ст. 34, 35, 36 ДФЕС и п. 3 ст. 4 ДЕС.

⁶⁷ В деле C-265/95 *Commission v. France* правительство Франции, оправдывая свое бездействие в отношении нарушения частными лицами (фермерами) ст. 28 (ныне ст. 34 ДФЕС), также ссылалось на права человека. Однако оно не смогло доказать, что оно было не в состоянии *предотвратить* всеми имеющимися у него средствами опасность нарушения общественного порядка и внутренней безопасности в результате протестов населения.

ли между государствами-членами не только действиями государств-членов, но также и бездействием государств-членов, когда последние не принимают мер к устранению препятствий свободе движения товаров, которые возникают не в результате действий государства. Суд ЕС квалифицировал акцию экологов как меру, эквивалентную количественным ограничениям и противоречащую обязательствам, вытекающим (ныне) из ст. 34 и 36 ДФЕС, если только отсутствует объективное обоснование такого ограничения. С другой стороны, Суд подчеркнул, что, согласно устоявшейся практике, основные права человека составляют неотъемлемую часть общих принципов права, уважение которых он обеспечивает⁶⁸. Так Суд ЕС *согласился* с ответчиком и признал *правомерным бездействие австрийских властей*, «поскольку основные права... должны уважаться, как Сообществом, так и государствами-членами. Защита этих прав представляет собой правомерный интерес, который в принципе служит *оправданием* ограничению обязательств по праву ЕС, даже тех из них, которые касаются основных свобод Сообщества, гарантированных Римским договором, в частности, *обязательств по обеспечению свободы движения товаров*» (п. 74 Решения).

Таким образом, как подчеркивает А.С. Исполинов, Суд ЕС впервые сделал вывод о своем понимании соотношения прав человека и свобод внутреннего рынка⁶⁹. При этом Суд отметил, что свобода движения товаров может быть объектом ограничения на основании (ныне) ст. 36 ДФЕС, а также согласно устоявшейся практике Суда на основании императивных требований общего интереса. Точно так же и права человека (например, свобода выражения мнения и свобода собраний и объединений, гарантированные в ст. 10 и 11 ЕКПЧ) могут быть ограничены в общественных интересах при условии закрепления таких исключений в законодательстве, соблюдения принципа пропорциональности, и что эти исключения не являются неприемлемым вмешательством, ослабляющим суть прав⁷⁰. Было подчеркнуто, что некоторые права человека наравне со свободами внутреннего рынка не являются абсолютными. Реализация основных прав и свобод граждан не носит абсолютного характера и может быть ограничена «императивами высшего государственного интереса» при условии, что принимаемые в этой связи меры *не противоречат принципу пропорциональности и не искажают самую суть гарантированных основных прав граждан*⁷¹.

Учитывая все это, Суд ЕС призвал национальные суды находить справедливый баланс между экономическими свободами внутреннего рынка и правами человека, учитывая все обстоятельства каждого дела. Судом было отмечено, что в данном случае обстоятельства дела совершенно иные, нежели те, которые были в деле *Commission v. France*. Австрия убедила Суд ЕС, что сделала все возможное для предотвращения выступлений граждан. Ее власти приняли необходимые административные меры, чтобы уменьшить ущерб трансграничному автодвижению, указали объездные пути и даже предупредили соседние страны о готовящихся протестах. Итак, блокирование автотрассы в Австрии было санкционировано уполномоченными органами; оно было ограничено во времени и по территории; ему предшествовало оповещение о месте и времени проведения; це-

⁶⁸ См., напр.: Case C-260/89 ERT ECR I-2925, n. 41; Case C-274/99 Connolly/Commission [2001] ECR I-1611, n. 37; Case C-94/00 Roquette Frères [2002] ECR I-9011, n. 25; Case C-415/93 Bosman [1995] ECR I-04921, n. 79

⁶⁹ Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6. С. 42.

⁷⁰ См.: Case C-368/95 Familiapress [1997] ECR I-3689, n. 26; Case C-60/00 Carpenter [2002] ECR I-6279, n. 42; Case C-62/90 Commission/Allemagne [1992] ECR I-2575, n. 23.

⁷¹ Столь осторожно и витиевато Суд ЕС сформулировал возможность, так сказать, «защитной оговорки» свободы движения товаров. Case 112/00 Schmidberger, n. 80.

лю было не ограничение свободы движения товаров, а публичное выражение мнения. Поэтому Суд решил, что, хотя Австрии не удалось предотвратить митинг «зеленых» на проезжей части автомагистрали, нарушения ст. 28 и 29 (ныне ст. 34 и 35 ДФЕС) *не было*.

В итоге Суд пришел к выводу, что австрийские власти справедливо посчитали, что цель акции (собрания/демонстрации) экологов не могла быть достигнута средствами, менее ограничивающими межгосударственную торговлю. Следовательно, отказ властей государства-члена (в данном случае — Австрии) запретить проведение собрания/демонстрации в данных условиях не противоречит (ныне) ст. 34 и 36 ДФЕС. На решение по этому делу Суд ссылаясь и в последующей своей практике, касающейся, в частности, соотношения защиты прав человека и свободы услуг (C-36/02 Omega, C-341/05 Laval), свободы движения лиц (C-438/05 Viking Line).

Ю.М. Юмашев считает, что «основные права и свободы граждан» можно отнести к «императивным требованиям», расширяющим усмотрение государств, и ведь только в их компетенции поддерживать общественный порядок и обеспечивать внутреннюю безопасность, и именно они должны решать вопрос о балансе конкурирующих интересов — свободы внутреннего рынка и основных прав человека⁷². Таким образом, в данном деле Суд ЕС встал на сторону граждан и оправдал *бездействие* австрийского правительства. И как следствие — признал, что приоритетное значение свободы мнений и собраний служит *оправданием* ограничения свободы движения товаров.

Из практики Суда ЕС следуют выводы: уважение основных прав человека входит в составную часть общих принципов права ЕС; защита прав человека, в свою очередь, может выступать в качестве правомерного «интереса» который в принципе оправдывает невыполнение обязательств государств-членов, вытекающих из права ЕС, даже если речь идет об экономических свободах при условии, что эти меры являются пропорциональными и законная цель не может быть достигнута менее ограничительными средствами. Как экономические свободы внутреннего рынка, так основные права и свободы человека (свобода выражения мнения, свобода собраний, право на уважение человеческого достоинства, право на коллективное действие, включая право на забастовку) не являются абсолютными и могут быть ограничены исходя из общественных целей при условии, что принимаемые меры не противоречат принципу пропорциональности и не искажают сути гарантированных основных прав граждан. Ограничение экономических свобод может быть результатом не только действий государств-членов, но также и действий частных лиц (следовательно, бездействия государств-членов); национальному суду оставлена свобода усмотрения, и он должен находить справедливый баланс между экономическими свободами и правами человека, учитывая обстоятельства дела.

Таким образом, нельзя с уверенностью утверждать, что Суд отдает предпочтение или правам человека, или экономическим свободам внутреннего рынка. Он, как правило, оставляет окончательное решение национальным судам, давая им основные направляющие, подчеркивая необходимость справедливой сбалансированности этих интересов с учетом обстоятельств, и только в исключительных случаях указывает на конкретное с его точки зрения решение.



Библиография

Исполинов А.С. Поиск баланса между свободами внутреннего рынка и правами человека в судебной практике ЕС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 6. С. 38–49.

⁷² Экономическое право Европейского союза. С. 116.

- Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского Союза. // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2008. № 1. С. 80–99.
- Мещерякова О.М. Основные принципы защиты прав человека в праве Европейского Союза // *Евразийский юридический журнал*. 2014. № 4 (71). С. 139–142.
- Мещерякова О.М. Хартия Европейского Союза об основных правах и проблема расширения компетенции институтов ЕС // *Правовая инициатива*. 2013. № 6 // URL: <http://www.49e.ru> (дата обращения: 17.04.2016).
- Хартия Европейского Союза об основных правах: комментарии / под ред. С.Ю. Кашкина. М.: Юриспруденция, 2001. 208 с.
- Четвериков А.О. Нормативная модель либерализации трансграничных отношений в праве Европейского Союза: правовые формы и общие принципы создания пространства без внутренних границ в рамках ЕС. М.: Элит, 2010. 232 с.
- Экономическое право Европейского Союза / Ю.М. Юмашев, Е.В. Постникова. М.: Норма, 2015. 384 с.
- Craig P., de Búrca G. *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford, 2015. 1198 p.
- Dony M. *Droit de l'Union européenne. Troisième édition revue et augmentée* / Editions de l'Université de Bruxelles. 2008. 762 p.
- Douglas-Scott S. A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis // *Common Market Law Review*. Vol. 34. 2006. P. 629–665.
- Douglas-Scott S. The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon // *Human Rights Law Review*. Vol. 11. Issue 4. 2011. P. 645–682.
- European Union Law. Text and Materials* / D. Chalmers et al. Cambridge, 2014. 1220 p.
- Postnikova E.V. Scope of Freedom to Provide Services: Prohibited Restrictions / Higher School of Economics. Working Paper. Series "Law". 2013. №19. 20 p.
- Skouris V. Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance // *European Business Law Review*, 2006, № 17. P. 225–239.
- Westermark H. The Balance between Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the European Community. MA thesis. Lund, 2008. Available at: URL: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1562978&fileId=1566135> (дата обращения: 25.09.2016)

The Influence of Fundamental Human Rights upon Implementation of European Union Internal Market Freedoms



Elena Postnikova

Associate Professor, International Public and Private Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: epostnikova@hse.ru



Abstract

A single internal market is one of the main achievements of the European Union in the epoch of globalization. The EU includes not only a single market of goods and services but shares the values fixed in the EU founding treaties including The EU Charter of Fundamental Rights. In particular, respecting fundamental rights is part of the common EU principles of law. The aim of the paper is to specify the balance of the principle of protecting human rights and economic freedoms of the EU internal market. The author identifies two aspects of the balance. The first aspect is that observing human rights promotes to the increase of effective functioning of the internal market. The second aspect is the aim of protecting human rights may be a ground to limit economic freedoms on the internal market. The research is based on the provisions of the following international law acts: European Union Treaty, Treaty of the Functioning of the European Union, EU Charter of Fundamental Rights, European Convention on Human Rights, European social charter, and the case practice of

the EU Court. The first aspect overviews the principle of the prohibition of discrimination, protection of consumer rights, right to protecting private information, freedom of professional activity and right to labour. The second aspect deals with the EU law which provides for the possibility to limit the freedom of the internal market by member states to achieve some goals. In particular, the protection of human rights is one of the grounds for limiting economic freedoms of the EU internal market. The paper stresses the decision of the EU Court on C-112/00 Schmidberger (2003) on the freedom of movement of goods. The case showed that the primacy of freedom of opinions and gatherings is a justification for limiting the freedom of movement of goods. Overall, it is impossible to state if the Court consider either human rights or economic freedoms of internal market more. National courts are given disposal in trying a case to seek a fairer balance between economic freedoms and human rights.



Keywords

internal market, European Union, peremptory requirements of common interest, EU general principles of law, human rights, EU law, non-discrimination principle, freedom of movement of goods, EU Court, economic freedoms of EU internal market.

Citation: Postnikova E.V. (2016) The Influence of Fundamental Human Rights upon Implementation of European Union Internal Market Freedoms. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 167–183 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.167.183



References

Chetverikov A.O. (2010) *Normativnaya model' liberalizatsii transgranichnykh otnosheniy v prave Evropeyskogo Soyuz: pravovye formy i obshchie printsipy sozdaniya prostranstva bez vnutrennikh granits v ramkakh ES* [Normative model of Liberalizing Transborder Relations in EU Law: Legal Forms and Common Principles to Shape the Space without Internal Borders within the EU]. Moscow: Elit, 232 p. (in Russian)

Chalmers D. et al. (2014) *European Union Law. Text and Materials*. Cambridge, 1220 p.

Craig P., de Búrca G. (2015) *EU Law. Text, Cases and Materials*. Oxford: Clarendon Press, 1198 p.

Dony M. (2008) *Droit de l'Union européenne. Troisième édition revue et augmentée*. Bruxelles : Editions de l'Université, 762 p.

Douglas-Scott S. (2006) A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis. *Common Market Law Review*, vol. 34, pp. 629–665.

Douglas-Scott S. (2011) The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon. *Human Rights Law Review*, vol. 11, issue 4, pp. 645–682.

Ispolinov A.S. (2012) Poisk balansa mezhdru svobodami vnutrennego rynka i pravami cheloveka v sudebnoy praktike ES [In Search of Balance between the Freedoms of Internal Market and Human Rights in EU Judicial Practice]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 6, pp. 38–49.

Kashkin S.Yu. (ed.) (2001) *Khartiya Evropeyskogo Soyuz ob osnovnykh pravakh: kommentarii* [European Union Charter of Fundamental Rights: Commentaries]. Moscow: Yurisprudentsiya, 208 p. (in Russian)

Meshcheryakova O.M. (2013) Khartiya Evropeyskogo Soyuz ob osnovnykh pravakh i problema rasshireniya kompetentsii institutov ES [EU Charter of Fundamental Rights and the Issue of Broadening the Competence in EU Institutions]. *Pravovaya initsiativa*, no 6. Available at: <http://www.49e.ru> (accessed: 17.04.2016)

Meshcheryakova O.M. (2014) Osnovnye printsipy zashchity prav cheloveka v prave Evropeyskogo Soyuz [The Main Principles of Protecting Human Rights in EU Law]. *Evrasiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 4, pp. 139–142.

Myuller-Graff P.-K. (2008) Lissabonskiy dogovor v sisteme pervichnogo prava Evropeyskogo Soyuz [Lisbon Treaty in the System of Primary Law of the European Union]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–99.

Postnikova E.V. (2013) Scope of Freedom to Provide Services: Prohibited Restrictions. *Higher School of Economics. Working Paper. Series "Law"*, no 19, 20 p.

Skouris V. (2006) Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: The Challenge of Striking a Delicate Balance. *European Business Law Review*, no 17, pp. 225–239.

Westermarck H. (2008) *The Balance between Fundamental Freedoms and Fundamental Rights in the European Community. MA thesis*. Lund. Available at: <https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1562978&fileId=1566135> (accessed: 25.09.2016)

Yumashev Yu.M., Postnikova E.V. (2015) *Ekonomicheskoe pravo Evropeyskogo Soyuzu* [European Union Economic Law]. Moscow: Norma, 384 p. (in Russian)

Право на забастовку в праве Международной организации труда: кризис признания?¹

 **Е.С. Герасимова**

Доцент, заведующая кафедрой трудового права и права социального обеспечения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», директор Центра социально-трудовых прав, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: egerasimova@hse.ru

 **С.Г. Колганова**

эксперт по правовым вопросам Российского профсоюза моряков. Адрес: 125319, Российская Федерация, Москва, Большой Коптевский пр., 6. E-mail: kolganova@sur.ru

 **Аннотация**

В статье рассматриваются: понимание права на забастовку как неотъемлемого права человека, сложившееся в течение XX века; его место среди других прав человека; нормативное закрепление права на забастовку на международном и национальных уровнях, а также его значение для трудовых отношений и трудового права. Центральное место в статье уделено исследованию кризиса признания права на забастовку, вызванного заявлениями группы работодателей на Международной конференции труда 2012 года. Во время конференции представители группы работодателей сделали заявление об отказе обсуждать в Комитете конференции по применению стандартов ранее согласованный трехсторонними партнерами список дел по странам, не выполняющим обязательства, вытекающие из ратифицированных конвенций, отобранный на основании доклада Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций. Заявление было обосновано тем, что право на забастовку прямо не предусмотрено в Конвенции № 87, а Комитет экспертов, делающий заключения о нарушении права на забастовку некоторыми государствами-членами МОТ, вышел за пределы своего мандата. Это поставило вопрос не только о пересмотре складывавшегося в течение десятилетий права на забастовку, но и о мандате Комитета экспертов в целом. Для понимания современных рамок признания права на забастовку в нормах МОТ исследуется история обсуждения и принятия конвенций и рекомендаций МОТ, относящихся к праву на забастовку; проводится анализ развития толкования Конвенции № 87 контрольными органами МОТ, в частности, Комитетом по свободе объединения и Комитетом экспертов МОТ; исследуются пределы мандата этих органов по интерпретации содержания конвенций, а также роль групп работодателей, работников и правительств в признании и развитии этих толкований. Рассматриваются усилия, предпринятые в рамках МОТ для преодоления кризиса, его современное состояние и перспективы урегулирования разногласий.

 **Ключевые слова**

свобода объединения, право на забастовку, Международная организация труда, группа работников и работодателей, контрольный механизм МОТ, мягкое право, мандат Комитета экспертов.

Библиографическое описание: Герасимова Е.С., Колганова С.Г. Право на забастовку в праве Международной организации труда: кризис признания? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 184–197.

JEL: K31; УДК:

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.184.197

¹ Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 15-03-00628.

Понимание и регулирование права на забастовку

Право на забастовку получило широкое признание в XX в., было закреплено в ряде международных договоров, национальных конституциях и регулируется в законодательстве. Оно гарантировано в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. (далее — Пакт) и Европейской социальной хартии 1996 г., ратифицированной Россией в 2009 г.² (далее — ЕСХ). Подпункт «d» п. 1 ст. 8 Пакта обязывает участвующие государства обеспечить право на забастовку при условии его осуществления в соответствии с законами каждой страны. Пункт 3 статьи предусматривает, что государства, на которые распространяется действие Конвенции Международной организации труда (далее — МОТ) № 87 «О свободе ассоциации и защите права на организацию» 1948 г. (далее — Конвенция № 87), должны применять Пакт таким образом, чтобы не уменьшать гарантий, предусмотренных Конвенцией. ЕСХ закрепляет «право работников и предпринимателей на коллективные действия в случае конфликтов интересов, включая право на забастовку» (ч. 4 ст. 6).

В актах МОТ право на забастовку прямо не закреплено, однако оно рассматривалось в качестве неотъемлемого элемента свободы объединения. Признается, что право на забастовку следует из ст. 3 Конвенции № 87, согласно которой организации трудящихся и работодателей имеют право самостоятельно организовывать свою деятельность и формулировать свою программу действий. О значении принципа свободы объединения для улучшения условий труда говорится в Преамбуле к Уставу МОТ (1919). Филадельфийская декларация МОТ (1944), которая рассматривается в качестве приложения к Уставу МОТ, среди четырех провозглашенных в ней принципов в п. «б» § 1 устанавливает, что «свобода слова и свобода объединения являются необходимым условием постоянного прогресса». Свобода объединения и действительное признание права на ведение коллективных переговоров признаются в Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда (1998) в качестве одного из четырех основополагающих принципов и прав человека в сфере труда. Регулированию свободы объединения посвящено значительное количество конвенций МОТ, важнейшими (фундаментальными) из которых являются конвенции № 87 и № 98³.

В дальнейшем МОТ разработала внушительный массив толкований положений о свободе объединения, в том числе права на забастовку. Первостепенная роль в этом процессе принадлежала трехстороннему Комитету по свободе объединения (далее — КСО), рассматривающему жалобы на нарушения свободы объединения; Комитету экспертов по применению конвенций и рекомендаций (далее — КЭ), осуществляющему регулярный контроль над соответствием законодательства государств-членов МОТ ее стандартам, а также трехстороннему Комитету Международной конференции труда по применению стандартов (далее — Комитет конференции), который ежегодно рассматривал на Конференции 20–25 наиболее существенных нарушений конвенций МОТ, выявленных Комитетом экспертов. Регулярно публикуется сборник решений КСО, а КЭ готовит Общий обзор; содержащиеся в них толкования являются готовыми руководствами для формирования политики в области свободы объединения, в том числе права на забастовку. В результате этих шагов контрольные органы МОТ разработали так называемую «либеральную интерпретацию свободы объединения»⁴.

² Федеральный закон от 3.06.2009 № 101-ФЗ «О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 г.» // СПС КонсультантПлюс.

³ Конвенция № 98 «Относительно применения принципов права на организацию и заключение коллективных договоров» (1949).

⁴ Garaway T. Freedom of Association: Battering Ram or Trojan Horse? // Review of International Political Economy. 2006. Vol. 13 (2). P. 210–219.

Положения о праве на забастовку в настоящее время содержатся в конституциях как минимум 95 государств–членов МОТ, включая Россию; более 150 стран регулируют забастовки в общем законодательстве (о труде, занятости, государственной службе), в уголовных кодексах и т.д.). Около 50 стран приняли отдельные законодательные акты по этому вопросу (о забастовках, об «основных службах» и т.д.). Нередко отсутствие признания забастовки в законодательстве не означает, что нельзя бастовать на практике⁵.

Право на забастовку понимается в нескольких значениях. В таких странах, как Франция и Италия, оно рассматривается как часть политической традиции, право человека, присущее демократическому обществу, когда человек имеет право прекратить работу на любом законном основании, даже если оно никак не связано с его трудовыми отношениями (например, чтобы оказать давление на правительство). В других странах, например, в Германии, Великобритании, США, право на забастовку рассматривается исключительно как экономическое право, крайнее средство воздействия со стороны работника на работодателя в трудовых отношениях, существенная составляющая права на ведение коллективных переговоров и способ разрешения разногласий в трудовых отношениях⁶. Многие исследователи указывают, что право на забастовку следует рассматривать в качестве одного из прав человека⁷, фундаментального права⁸; его относят к основополагающим правам второго поколения, т.е. социальным правам человека.

Вместе с тем право на забастовку принципиально отличается от других прав человека в силу ряда особенностей: оно не является самоцелью, а является (как и право избирать) инструментом для достижения цели, способом защиты интересов работников; оно не обладает такими свойствами, присущими другим правам человека, как неотчуждаемость и обязательность, поскольку оно может быть ограничено мирными обязательствами, принимаемыми на период действия коллективного договора профсоюзом или налагаемыми государством; это право должно быть сбалансировано с другими правами человека, когда забастовка угрожает здоровью и безопасности других лиц или оказывает влияние на жизненно важные сферы, и в этих случаях устанавливается (дис)пропорциональность ограничения права на забастовку; это индивидуальное право, но возможность его реализации зависит от согласия других лиц⁹. В то же время признание права на забастовку в качестве права человека влечет такие последствия, как то, что оно более не воспринимается как зависимое от коллективных переговоров; обладает индивидуальной и коллективной составляющей; его цель не ограничена заключением коллективных договоров или соглашений, что сокращает различия между «экономическими» и «политическими» забастовками; признаются «вторичные» забастовки, в частности, с целью признания профсоюза или в защиту социальных и экономических прав работников; на государство налагается обязанность защищать и обеспечивать возможность реализации права на забастовку¹⁰.

⁵ Background Document for the Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention, 1948 (N 87), in Relation to the Right to Strike and the Modalities and Practices of Strike Action at National Level (revised). Geneva, 2015 // URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_344248.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

⁶ *Hepple B.* The `Freedom to Strike and its Rationale / Laws against Strikes. The South African Experience in an International and Comparative Perspective. Ed. by Hepple B. Milano, 2015. P. 30.

⁷ *Barnard C.* et al. The Future of Labour Law: Liber Amicorum for Sir Bob Hepple. Oxford, 2003. P. 46.

⁸ *Гусов К.Н., Лютов Н.Л.* Международное трудовое право. М., 2012. С. 271.

⁹ *Hepple B.* Op. cit. P. 41.

¹⁰ *Ibid.* P. 42–43.

Сформировавшиеся в XX в. подходы к признанию права на забастовку, казалось бы, не оставляли сомнений в прочности основы его признания и реализации. Этот подход пользовался всеобщей поддержкой государств–членов МОТ, а также трехсторонних групп, действующих внутри МОТ, применялся при обсуждениях конвенций, в том числе экспертными и трехсторонними органами МОТ. Поэтому неожиданностью для всех оказалось заявление Группы работодателей о непризнании права на забастовку, сделанное на Международной конференции труда (далее — МКТ) в 2012 г.

Отказ Группы работодателей от признания права на забастовку

Впервые группа работодателей затронула вопрос о признании права на забастовку в начале 1990-х годов, однако на сессии МКТ в июне 2012 г. произошло открытое наступление на него¹¹. В ходе сессии представитель Группы работодателей неожиданно заявил, что работодатели не будут обсуждать список из 25 стран, нарушителей ратифицированных конвенций (так называемый «черный список»). Список ежегодно готовится для рассмотрения на МКТ на основании доклада Комитета экспертов и подлежит утверждению Комитетом МКТ по применению стандартов¹² с последующим утверждением Конференцией. В предложенном в 2012 г. для обсуждения на Комитете конференции списке (как и в другие годы) фигурировали нарушения права на свободу объединения, в том числе права на забастовку. Список был согласован с Группой работодателей, но в ходе конференции Группа поставила под сомнение возможность обсуждения списка в сформированном виде, сославшись на то, что право на забастовку прямо не предусмотрено в Конвенции № 87, а КЭ, осуществляя интерпретацию Конвенции, вышел за пределы своего мандата¹³.

Группа работников, представители нескольких правительств¹⁴, представитель Генерального директора МОТ¹⁵ не согласились с подобной интерпретацией. В ответ Группа работодателей заявила, что вся надзорная система МОТ находится в кризисе¹⁶, и призвала к ее пересмотру¹⁷.

В истории МОТ это заявление и сам подход стали беспрецедентным шагом, приведшим к блокированию обсуждения дел в Комитете по применению стандартов в 2012 г. и

¹¹ См.: *Томашевский К.Л.* Влияние глобализации на международные и национальные источники трудового права // *Российский ежегодник трудового права.* 2012. № 8. С. 493–496.

¹² Комитет по применению стандартов — трехсторонний орган МКТ, состоящий из представителей работодателей, работников и правительств. В его задачи входит анализ мер, принимаемых странами-членами по соблюдению конвенций МОТ, и подготовка рекомендаций правительствам государств-членов МОТ с целью повышения эффективности выполнения ратифицированных ими конвенций.

¹³ *Provisional Record No. 19, ILC, 101st Session, Geneva, 2012, Part 1 Rev., p. 19/48-9; Hofmann C.* (The Right to) Strike and the International Labour Organization. Is the System for Monitoring Labour and Social Standards in Trouble? // Available at: URL: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/10775.pdf> (дата обращения: 02.11.2016)

¹⁴ *Ibid.* P. 19/24, 19/42-3.

¹⁵ *Ibid.* P. 19/44-5.

¹⁶ ILO. *Matters Arising out of the Work of the International Labour Conference* (2013), Governing Body, 317th Session, GB.317/INS/4/1, para 19–20.

¹⁷ *International Trade Union Confederation (ITUC). The Right to Strike and the ILO: the Legal Foundations.* March 2014. P. 7–8 // Available at: URL: <http://www.ituc-csi.org/the-right-to-strike-and-the-ilo?lang=en> (дата обращения: 02.11.2016)

поставившим вопрос о наличии самого права на забастовку. Более того, поставлена под угрозу система надзора за соблюдение стандартов МОТ, поскольку КЭ является «сердцем» этой системы¹⁸.

Подобный шаг вызвал обоснованное возмущение профсоюзов и специалистов в области трудового права¹⁹. К сожалению, проблема не нашла быстрого решения и остро стоит до настоящего времени. Работодатели устранились от участия в процедуре, предусмотренной ст. 37 Устава МОТ о передаче разногласий в толковании Устава и конвенций в Международный Суд ООН²⁰.

В 2013 г. при посредничестве правительства Швейцарии состоялись три безрезультатных встречи Группы работников и Группы работодателей²¹. Удалось согласовать лишь список кейсов для обсуждения в Комитете по применению стандартов МКТ, и только благодаря тому, что в списке не было случаев, касающихся права на забастовку. Группа работодателей настояла на том, чтобы указать в заключении Комитета по применению стандартов, что «Комитет не рассматривал дела, связанные с правом на забастовку, поскольку работодатели не согласны с тем, что право на забастовку признается Конвенцией МОТ № 87»²². Несмотря на эту уступку, Группа работодателей выступила с новыми заявлениями, в частности, сославшись на то, что КЭ выходит за пределы своего мандата и в других вопросах, например, расширительно понимая добросовестное ведение коллективных переговоров, поскольку слово «добросовестно» не используется в Конвенции МОТ № 154²³.

В 2014 г. Группа работодателей снова потребовала включения оговорки об отсутствии права на забастовку в Конвенции № 87 в заключение Комитета по применению стандартов в отношении Алжира, Камбоджи и Свазиленда, включенными в список для обсуждения в связи с нарушением Конвенции № 87. Это требование было единогласно отклонено Группой работников, которая указала на опасность разногласий в отношении Конвенции № 87, поскольку подобные разногласия могут появиться и в отношении других конвенций МОТ, если мнение работодателей разойдется с мнением Комитета экспертов²⁴. Согласие не было достигнуто, и 19 случаев, вынесенных на рассмотрение Комитета по применению стандартов, остались без утвержденных заключений²⁵.

Причины разногласий относительно права на забастовку

Почему Группа работодателей, многие десятилетия соглашавшаяся с интерпретацией Конвенции № 87 как предусматривающей право на забастовку и признававшая

¹⁸ См., напр.: *Hofmann C.* Op. cit.

¹⁹ См. об этом: *Люттов Н.Л.* Признание права на забастовку на уровне Международной организации труда: важно ли это для России и других стран? // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 9. С. 119.

²⁰ Устав Международной организации труда (1919) // СПС КонсультантПлюс.

²¹ ITUC. The Right to Strike and the ILO... P.11.

²² Provisional Record No. 16, ILC, 102nd Session, Geneva, 2013, Part 2 Rev. P. 16/30, 45, 50, 57, 64, 71.

²³ Ibid. Part 1 Rev. P. I/31.

²⁴ Report of the Committee on the Applications of Standards. Provisional Record 103rd Session, Geneva, 2014, para 205.

²⁵ Industrial: Работодатели отрицают международное право на забастовку. 19.07.2014 // Available at: <http://www.industrial-union.org/ru/rabotodateli-otricayut-mezhdunarodnoe-pravo-na-zabastovku> (дата обращения: 02.11.2016)

широкий мандат КЭ по интерпретации конвенций МОТ, в 2012 году выступила с подобным заявлением?

Формальные аргументы Группы работодателей сводились к тому, что в Конвенции № 87 не указано право на забастовку. КЭ имеет право комментировать конвенции МОТ, но не интерпретировать их; право осуществлять надзор за выполнением конвенций МОТ и интерпретировать их содержание принадлежит только трехсторонним органам МОТ, в частности, Комитету по применению стандартов и Международной конференции труда²⁶.

Вопрос о признании права на забастовку ранее, вплоть до окончания «холодной войны», внутри МОТ не ставился, поскольку группы работодателей и работников совместно выступали против политики стран социалистического блока, не допускавшей деятельности независимых профсоюзов. Так, председатель Группы работодателей на сессии МКТ (1993) пояснил, что «разногласия, которые работодатели всегда имели с несколькими толкованиями экспертов, в частности в отношении права на забастовку, были приглушены в знак солидарности для сохранения контрольного механизма»²⁷. Однако после окончания «холодной войны» в связи с «колоссальными изменениями отношений в мире, особенно с окончанием борьбы между Востоком и Западом»²⁸ единства в рядах Группы работодателей в их отношении к праву на забастовку стало намного меньше, особенно существенное влияние на это оказала забастовка польской «Солидарности»²⁹.

В 1989 и 1992 гг. Группа работодателей впервые заявила о возражениях против права на забастовку, а в 1994 г., после публикации МОТ Общего обзора КЭ о свободе объединения и праве на ведение коллективных переговоров, Группа выступила с серьезной критикой права на забастовку как развитого в рамках надзорной системы МОТ, и в особенности — Комитетом экспертов МОТ³⁰. Тогда критика касалась не столько того, что толкования конвенций осуществлялись КЭ, сколько того, что за отправную точки Комитетом было взято широкое понимание права на забастовку как неограниченного права³¹. Однако в действительности ни КЭ, ни КСО никогда не рассматривали право на забастовку как неограниченное, напротив, признавали ряд необходимых и допустимых его ограничений. В 1997 г. представитель Группы работодателей заявил о признании права на промышленные акции, включая право на забастовку и на локаут как составляющую принципа свободы объединения, провозглашенного в Конвенции № 87, но уточнил, что критика работодателей «направлена на все подробные аспекты юриспруденции, которая создавалась в последние годы на основе этих принципов»³². Вплоть до 2012 г. не заявлялось о том, что права на забастовку не существует.

Почему заявление о непризнании права на забастовку последовало в 2012 году? Высказывается мнение³³, что причиной стало то, что толкования этого права, разработанные контрольными органами МОТ, ранее безусловно являвшиеся элементами «мягкого права» (soft law), стали приобретать все большее значение и начали все

²⁶ ITUC. The Right to Strike... P. 7–8.

²⁷ Background Document... P. 32.

²⁸ Ibid.

²⁹ Подробнее об этом: Kang S. Human Rights and Labor Solidarity: Trade Unions in the Global Economy. Philadelphia, 2012. P. 33–40.

³⁰ Record of Proceedings No. 25, ILC, 81st Session. Geneva, 1994. P. 25/31–37.

³¹ Background Document... P. 33.

³² Record of Proceedings No. 19, ILC, 85th Session. Geneva, 1997. P. 19/35.

³³ ITUC. The Right to Strike... P. 8–9.

более широко применяться как на международном, так и на национальных уровнях. Действительно, общее признание толкований, данных органами МОТ, очевидно: на национальном уровне толкования надзорных органов МОТ используются судами для определения пределов признания, допустимых ограничений права на забастовку и условий ее проведения; включаются в положения национального законодательства. Толкования контрольных органов МОТ применяются при формулировании таких документов, как руководства кампаний по правам человека, по корпоративному поведению, глобальные рамочные договоры (global framework agreements). Толкования конвенций, разработанные органами МОТ, используются другими международными органами при интерпретации и оценке выполнения иных международных договоров, регулирующих свободу объединения право на забастовку (например, Европейским судом по правам человека и Европейским комитетом по социальным правам³⁴).

Основополагающие принципы МОТ в сфере труда включаются также и во многие торговые соглашения, которые в том числе предусматривают торговые санкции или штрафы за невыполнение стандартов в сфере труда (с учетом их интерпретации контрольными органами МОТ) в законодательстве и на практике³⁵. Постепенно это приводит к тому, что нормы «мягкого» права трансформируются в нормы «жесткого права»³⁶. Также отмечается политическая цель данных действий — снижение авторитета и статуса независимого КЭ за пределами МОТ³⁷.

История признания права на забастовку в МОТ

Разработка и принятие Конвенции МОТ № 87 стала следствием обращения в 1947 г. Секретариата Всемирной федерации профсоюзов (далее — ВФП) и Американской федерации труда в Экономический и социальный совет ООН (далее — ЭКОСОС). ВФП, в которой были сильны позиции советских профсоюзов, пыталась добиться в ООН принятия Социальной хартии, которая бы признавала основные права и свободы трудящихся. Предложения о Социальной хартии, направленные ВФП в ЭКОСОС, включали вопрос о том, «в какой степени право трудящихся и их организаций прибегать к забастовкам является признанным и защищенным». Чтобы избежать дискуссий в ЭКОСОС, где также были сильны позиции СССР (в том числе по вопросу о забастовках, право на которые активно не признавалось тогда большинством капиталистических стран), руководство Совета передало рассмотрение вопроса в МОТ, членом которой СССР в тот момент не являлся³⁸.

Для обсуждения этого вопроса на 30-й сессии МКТ в 1947 г. Международное бюро труда (далее — МБТ) подготовило доклад «О свободе объединения и промышленных отношениях»³⁹. В нем предлагалась резолюция по вопросу «свободы объединения». Право на забастовку было подробно обсуждено в рамках темы добровольного прими-

³⁴ См. об этом: *Люттов Н.Л., Герасимова Е.С.* Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство. М., 2015. С. 20.

³⁵ См. об этом: ILO, *Social Dimensions of Free Trade Agreements*. Geneva, 2013 // Available at: URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_228965.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

³⁶ ITUC. *The Right to Strike*. . . . P. 8.

³⁷ *Вогт Дж.* Право на забастовку// Глобальная трудовая колонка. Вып. 167, 2014. С. 1 // Available at: URL: <http://columnru.global-labour-university.org/2014/06/blog-post.html> (дата обращения: 02.11.2016)

³⁸ СССР возобновил членство в МОТ в 1954 г.

³⁹ Background Document. . . . P. 10.

рения и арбитража как в докладе МБТ, так и в ходе дискуссии на сессии МКТ. Однако на это право не было сделано ссылок в резолюциях и в перечне вопросов, которые легли в основу Конвенции № 87⁴⁰. Было сочтено, что вопрос о праве на забастовку должен обсуждаться применительно к теме добровольного примирения и арбитража, а не свободы объединения.

Вместе с тем акты МОТ не обходят забастовку молчанием. Так, резолюция, касающаяся отмены антипрофсоюзного законодательства государствами-членами МОТ (1957), призывает государства обеспечить «эффективное и неограниченное осуществление профсоюзных прав, включая право трудящихся на забастовку»⁴¹. Резолюция, касающаяся прав профсоюзов и их отношения к гражданским свободам (1970), предлагает Административному Совету поручить Генеральному директору «подготовить доклады о законодательстве и практике в вопросах, касающихся свободы ассоциации и профсоюзных правах и связанных с ними гражданских свобод, входящих в компетенцию МОТ», уделяя особое внимание ряду вопросов, в том числе праву на забастовку⁴². В Конвенции МОТ № 105⁴³ указывается, что запрещено использование принудительного или обязательного труда в качестве наказания за участие в забастовках. В Рекомендации МОТ № 92⁴⁴ предлагается воздерживаться от забастовок и локаутов в течение всего времени переговоров об урегулировании спора (конфликта), в период рассмотрения спора арбитражным органом.

Право на забастовку и толкование Конвенции МОТ № 87

МОТ исходит из того, что право на забастовку является неотъемлемой частью свободы объединения, закрепленной в конвенциях МОТ, реализацией права организовывать свою деятельность (ст. 3 Конвенции № 87)⁴⁵. Как упоминалось выше, эта позиция формировалась в течение длительного времени, в основном благодаря работе КЭ и КСО, однако и другие органы МОТ поддерживали и развивали такое толкование.

Из этих органов только КЭ является независимым экспертным органом, не основанным на трехстороннем представительстве работников, работодателей и правительств⁴⁶. Целью его создания в 1926 г. была помощь Административному Совету МОТ в анализе отчетов членов МОТ о выполнении международных стандартов в сфере труда и о выявлении нарушений. Решение о создании Комитета экспертов было мотивировано тем, что качественное выполнение данной задачи КЭ обеспечивается независимостью и профессионализмом членов КЭ, не связанных мнением делегатов Конференции. КЭ

⁴⁰ Ibid. P. 6.

⁴¹ Ibid. P. 13.

⁴² ILO Law on Freedom of Association. Standards and procedures. Geneva, 1995. P. 113–117.

⁴³ Конвенция МОТ № 105 «Об упразднении принудительного труда» (1957).

⁴⁴ Рекомендация МОТ № 92 «О добровольном примирении и арбитраже» (1951).

⁴⁵ См. об этом: *Люттов Н.Л., Герасимова Е.С.* Указ. соч. С. 38; *Гернигон Б., Одеро А., Гидо Г.* Принципы МОТ, касающиеся права на забастовку // *Международный обзор труда*. Т. 137. 1998. № 3–4; *Петрилайте Д.* Право на забастовку: международно-правовые аспекты // *Вестник трудового права и права социального обеспечения*. 2009. Вып. 4. С. 139–142.

⁴⁶ О мандате Комитета экспертов см., напр.: *Общий доклад — Доклад Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций*, 2016. С.11 // Available at: URL: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/meetingdocument/wcms_453910.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

в своем первом Общем обзоре (1959), анализируя тему свободы объединения, указал, что «запрет на проведение забастовок работникам, за исключением государственных служащих, действующих от имени государственной власти... может иногда представлять значительное ограничение потенциальной деятельности профсоюзов»⁴⁷. В Общем обзоре (1983) КЭ назвал право на забастовку одним из базовых условий, доступным для работников и профсоюзов для защиты их социально-экономических интересов⁴⁸.

КСО, принимающий решения на основании трехстороннего консенсуса и рассмотревший более 3 000 жалоб⁴⁹, многократно делал прямую ссылку на ст. 3 Конвенции № 87 и Устав МОТ. Уже в 1952 г. КСО указал, что право на забастовку является «существенным элементом прав профсоюзов». В 1956 г. по жалобе на СССР (дело № 111) он указывал, что право на забастовку «обычно считается неотъемлемой частью общего права трудящихся и их организаций на защиту своих экономических интересов»⁵⁰. Эта позиция отражена во множестве постановлений КСО⁵¹. Вопрос о праве на забастовку регулярно обсуждался в трехстороннем Комитете МКТ по применению норм на основании доклада КЭ; о праве на забастовку говорилось в четырех из 20 представлений, рассмотренных на основании ст. 24 Устава МОТ, и в шести из 26 жалоб, поданных на основании ст. 26 Устава.

Согласно Уставу МОТ (ст. 37) правом обязательного толкования конвенций обладает только Международный Суд ООН, а не органы МОТ. Таким образом, утверждение Группы работодателей, что толковать содержания той или иной конвенций могут только трехсторонние органы МОТ, но не КЭ, не основано на Уставе МОТ. Вопрос же о праве интерпретации положений международных договоров определяется⁵² исходя из положений Венской конвенции о праве международных договоров (1969)⁵³. Из п. «b» ч. 3 ст. 31 следует⁵⁴, что при толковании международных договоров в процессе правоприменения должен учитываться не только контекст договора, но и последующие соглашения участников переговоров и нашедшая общее признание практика. Кроме того, договор должен рассматриваться как элемент международной правовой системы в свете любых соответствующих норм международного права, применяемых между участниками соглашений⁵⁵. Таким образом, сформулированные надзорными органами МОТ нормы, в том числе в области права на забастовку представляют со-

⁴⁷ *Вогт Дж.* Указ. соч.

⁴⁸ ITUC. The Right to Strike...

⁴⁹ См.: ILO. Freedom of Association Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Geneva, 2006 // Available at: URL: http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-on-freedom-of-association/WCMS_090632/lang--en/index.htm (дата обращения: 02.11.2016)

⁵⁰ Background Document... P. 41.

⁵¹ См.: ILO. Freedom of Association Digest of Decisions and Principles... P. 520–525.

⁵² См. об этом: *Герасимова Е.С.* Процессуальные особенности рассмотрения дел о признании забастовки незаконной: дис... канд. юрид. наук. М., 2002.

⁵³ Венская конвенция «О праве международных договоров» (1969) // Available at: URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 02.11.2016)

⁵⁴ Согласно ч. 1 ст. 31 Венской конвенции: «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора».

⁵⁵ *Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И.* Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. М., 1996. С. 26.

бой «ряд принципов, которые составляют подлинное международное право о свободе объединения»⁵⁶, «своеобразную обычную норму в общем праве вне или за пределами рамок любых конвенций или даже членства в одной или другой международных организациях»⁵⁷.

В данном случае можно говорить об устоявшейся практике как в отношении права на забастовку, так и полномочий КЭ, поскольку в течение десятилетий стороны договора (Конвенции № 87 и Устава МОТ) не оспаривали ни полномочий КЭ, ни позиции в отношении права на забастовку.

Дальнейшее разрешение конфликта вокруг права на забастовку в МОТ

В настоящее время проблема состоит не только в оспаривании позиции МОТ в отношении права на забастовку, но и в оспаривании системы мониторинга нарушений международных стандартов в сфере труда.

В конце 2014 г. сессия Административного совета МОТ приняла решение о неформальной трехсторонней встрече, посвященной праву на забастовку и мандату КЭ⁵⁸. На ней планировалось обсудить пути выхода из ситуации, в частности, предусмотренное ст. 37 Устава МОТ обращение в Международный суд справедливости (далее — Суд) для консультативного заключения по Конвенции № 87 в части права на забастовку, а также создание внутреннего трибунала, утверждаемого Международной конференцией труда по предложению Административного совета. Между тем мандат Суда ограничен толкованием Устава и конвенций МОТ, что не позволяет разрешить вопрос о мандате КЭ.

Встреча состоялась в феврале 2015 г., однако ее ход и результаты оцениваются крайне неоднозначно. Было выпущено совместное заявление представителей работников и работодателей, в котором стороны заявили о признании права на «промышленные акции» работников и работодателей в поддержку их законных интересов⁵⁹. Кроме того, было установлено, что при составлении перечня случаев для рассмотрения Комитетом по применению норм на сессиях МКТ в 2015 и 2016 гг. трудящиеся получают возможность самостоятельно, без согласования с работодателями, определить три приоритетных для них случая. На два года был признан мандат КЭ. При этом указанное заявление действует до очередной сессии Административного Совета МОТ в ноябре 2016 г., после чего подлежит пересмотру⁶⁰.

В 2015 и 2016 гг. на заседании Комитета по применению норм были рассмотрены отобранные случаи нарушений, в том числе касающиеся права на забастовку. При этом Группа работодателей продолжила ставить под сомнение мандат Комитета экспертов МОТ⁶¹, а в

⁵⁶ Законодательство МОТ в области свободы объединения. Нормы и процедуры. Женева, 1998. С. 128–129.

⁵⁷ Там же. С. 129.

⁵⁸ Tripartite Meeting on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948. No. 87, in Relation to the Right to Strike and the Modalities and Practices of Strike Action at National Level. Final Report. P. 1 // Available at: URL:http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_349069.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

⁵⁹ Ibid. P. 2–4 // http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_346764.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

⁶⁰ Ibid. P. 4.

⁶¹ Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings (ILC 2015). P. 14 // http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_412826.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

2016 г. заявила о продолжающейся практике расширительного толкования права на забастовку в контексте Конвенции № 87⁶².

В связи с истечением в ноябре 2016 г. срока действия совместного заявления групп работников и работодателей, достигнутого в 2014 г., Административный совет МОТ вернется к обсуждению путей выхода из ситуации.

Параллельно с этой дискуссией значительно ухудшается законодательство и правоприменительная практика в отношении права на забастовку в большинстве стран, охваченных системой регулярных отчетов МОТ⁶³. Отмечается, что это право так или иначе нарушается в 117 государствах, направляющих отчеты в МОТ. При этом только в последние пять лет 89 государств ввели меры, ухудшающие законодательство или практику в этой сфере.

Помимо ухудшающих положений законодательства и практики, в последние пять лет сужение права на забастовку идет не только через лишение определенных категорий работников возможности использовать данное право, но и через сокращение возможностей организации законодательно разрешенных забастовок⁶⁴. При этом обе тенденции не зависят от уровня экономического развития стран⁶⁵. С серьезными ограничениями права на забастовку сталкивается и Россия⁶⁶.

Таким образом, МОТ столкнулась с серьезным кризисом в части признания разработанных ее органами норм и толкований, а также признания системы ее органов, контролирующей выполнение стандартов. Под вопрос поставлено актуальное и всегда вызывавшее споры право на забастовку, однако дискуссий о нем показали, что под сомнения могут быть поставлены и иные достижения в области понимания пределов признания права на объединение. Дальнейшее развитие событий может оказать значительное влияние на развитие МОТ и будущее национальных норм в сфере труда. Защита и сохранение существующих рамок признания права на забастовку и мандата Комитета экспертов имеет важнейшее значение для сохранения системы трудовых стандартов, разработанных за почти столетнюю историю деятельности МОТ.



Библиография

Алексеева Л.Б., Жуйков В.М., Лукашук И.И. Международные нормы о правах человека и применение их судами Российской Федерации. М.: Права человека, 1996. 432 с.

Вогт Дж. Право на забастовку // Глобальная трудовая колонка. 2014. Вып. 167 // URL: <http://columnru.global-labour-university.org/2014/06/blog-post.html> (дата обращения: 02.11.2016)

⁶² Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings (ILC 2016), P. 16: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_526940.pdf (дата обращения: 02.11.2016)

⁶³ Xhafa E. The Right to Strike Struck Down? FES, 2016 // <http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12827&ty=pdf> (дата обращения: 02.11.2016)

⁶⁴ Ibid. P. 18.

⁶⁵ Ibid. P. 5.

⁶⁶ См.: Герасимова Е.С. Коллективные трудовые споры, забастовки и протесты в России: влияние законодательства и правоприменительной практики на их распространенность и применение // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 55–65; Она же. Коллективные трудовые споры и забастовки в России: распространенность и роль судебной практики в ограничении их применения и эффективности использования / Коллективные трудовые конфликты: Россия в глобальном контексте / под ред. Ю.П. Орловского, Е.С. Герасимовой. М., 2016. 320 с.

- Герасимова Е.С. Коллективные трудовые споры, забастовки и протесты в России: влияние законодательства и правоприменительной практики на их распространенность и применение // Журнал российского права. 2016. № 9. С. 55–65.
- Гернигон Б., Одеро А., Гидо Г. Принципы МОТ, касающиеся права на забастовку // Международный обзор труда. Т. 137. 1998. № 3–4. С. 441–481.
- Гусов К.Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2012. 588 с.
- Лютов Н.Л. Признание права на забастовку на уровне Международной организации труда: важно ли это для России и других стран? // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 9. С. 118–123.
- Лютов Н.Л., Герасимова Е.С. Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство. 2-е изд. М.: Центр социально-трудовых прав, 2015. 190 с.
- Петрилайте Д. Право на забастовку: международно-правовые аспекты // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2009. Вып. 4. С. 140–144.
- Томашевский К. Л. Влияние глобализации на международные и национальные источники трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2012. № 8. С. 37–39.
- Barnard C. et al. *The Future of Labour Law: Liber Amicorum for Sir Bob Hepple*. Oxford: Hart Publishing, 2004. 388 p.
- Edlira X. *The Right to Strike Struck Down? FES, 2016* // Available at: <http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12827&ty=pdf> (дата обращения: 02.11.2016)
- Garaway T. *Freedom of Association: Battering Ram or Trojan Horse?* // *Review of International Political Economy*. 2006. Vol. 13 (2). P. 210–219.
- Hofmann C. (The Right to) Strike and the ILO. Is the System for Monitoring Labour and Social Standards in Trouble? URL: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/10775.pdf> (дата обращения: 02.11.2016)
- Kang S. *Human Rights and Labor Solidarity: Trade Unions in the Global Economy*. Philadelphia, 2012. 336 p.
- Laws against Strikes. The South African Experience in International and Comparative Perspective* / ed. by B. Hepple. Milano: Franco Angeli, 2015. 216 p.

The Right for Strike in ILO Jurisprudence: Crisis of Recognition?



Elena Gerasimova

Associate Professor, Head, Labour Law and Social Security Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences; Director, Center for Social and Labour Rights. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: egerasimova@hse.ru



Svetlana Kolganova

Legal Expert, Seafarers' Union of Russia. Address: 6 Bolshoy Koptevsky Proezd, Moscow 125319, Russian Federation. E-mail: kolganova@sur.ru



Abstract

The article deals with understanding the right to strike as a human right, which was formed during the 20th century, its place among human rights, normative regulation of the right to strike at the international and national levels, as well as its role in labor relations and employment law. The centerpiece of the article is the study of crisis recognition of the right to strike, caused by the Employers' Group's statements at the International Labour Conference in 2012. At this conference the Employers' Group have declared its refusal to discuss list of countries, selected from the report

of the Committee of Experts and earlier approved by tripartite partners, and non-fulfilling obligations arising from ratified at conventions, at the Committee on the Application of Standards of the International Labour Conference. The statement was motivated by the fact the right to strike is not expressly recognized in the Convention-87, and the Expert Committee making conclusions about the violation of the right to strike by some states– ILO members, got beyond its mandate. So was raised question not only on the recognition of the right to strike, which was being developed for decades, but also about the mandate of the Expert Committee as a whole. To understand the scope of the modern recognition of the right to strike, a history of the adoption of the ILO standards concerning the right to strike, and discussions on the content of standards are investigated. The article analyses how the interpretation of Convention-87 developed by the ILO supervisory bodies, particularly by the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts on application of the conventions and Recommendations; explores the limits of the mandate of the mentioned bodies in the interpretation of the conventions' content; the role of Employers', Workers' and Governments' groups in the recognition and development of these interpretations. Efforts undertaken inside the ILO to overcome this crisis also were explored.



Keywords

freedom of association, right to strike, International Labour Organization, Group of Employers and Employees, supervisory mechanism, soft law, mandate of Expert Committee.

Citation: Gerasimova E.S., Kolganova S.G. (2016) The Right for Strike in ILO Jurisprudence: Crisis of Recognition? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 184–197 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.184.197



References

Alekseeva L.B., Zhuykov V.M., Lukashuk I.I. (1996) *Mezhdunarodnye normy o pravakh cheloveka i primeneniye ikh sudami Rossiyskoy Federatsii* [International Norms on Human Rights and their Application in RF Courts]. Moscow: Prava cheloveka, 432 p. (in Russian)

Barnard C. et al. (2004) *The Future of Labour Law: Liber Amicorum for Sir Bob Hepple*. Oxford: Hart Publishing, 388 p.

Edlira X. (2016) The Right to Strike Struck Down? FES. Available at: <http://www.fes.de/cgi-bin/gbv.cgi?id=12827&ty=pdf> (accessed: 02.11.2016).

Garaway T. (2006) Freedom of Association: Battering Ram or Trojan Horse? *Review of International Political Economy*, vol. 13 (2), pp. 210–219.

Gerasimova E.S. (2016) Kollektivnye trudovye spory, zabastovki i protesty v Rossii: vliyaniye zakonodate'l'stva i pravoprimeritel'noy praktiki na ikh rasprostranennost' i primeneniye [Collective Labour Disputes, Strikes and Protests in Russia: Influence on Legislation and Judicial Practice]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 55–65.

Gernigon B., Odero A., Gido G. (1998) Printsipy MOT, kasayushchiesya prava na zabastovku [ILO Principles on the Right to Strike]. *Mezhdunarodnyy obzor truda*, vol. 137, no 3–4, pp. 441–481.

Gusov K.N., Lyutov N.L. (2012) *Mezhdunarodnoe trudovoe pravo* [International Labour Law]. Moscow: Prospekt, 588 p. (in Russian)

Hepple B. (ed.) (2015) *Laws against Strikes. The South African Experience in International and Comparative Perspective*. Milano: Franco Angeli, 216 p.

Hofmann C. (2010) (The Right to) Strike and the International Labour Organization. Is the System for Monitoring Labour and Social Standards in Trouble? Available at: <http://library.fes.de/pdf-files/iez/10775.pdf> (accessed: 02.11.2016)

Kang S. (2012) *Human Rights and Labor Solidarity: Trade Unions in the Global Economy*. Philadelphia: Lippincott, 336 p.

Lyutov N.L. [2015] Priznanie prava na zabastovku na urovne Mezhdunarodnoy organizatsii truda: vazhno li eto dlya Rossii i drugikh stran? [Recognizing the Right to Strike at the ILO Level: Relevance to Russia and other Countries?]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 9, pp. 118–123.

Lyutov N.L., Gerasimova E.S. (2015) *Mezhdunarodnye trudovye standarty i rossiyskoe trudovoe zakonodatel'stvo* [International Labour Standards and Russian Labour Legislation]. Moscow: Tsentr sotsial'no-trudovykh prav, 190 p. (in Russian)

Petrilayte D. (2009) Pravo na zabastovku: mezhdunarodno-pravovye aspekty [Right to Strike: International Law Aspects]. *Vestnik trudovogo prava i prava sotsial'nogo obespecheniya*, issue 4, pp.140–144.

Tomashevskiy K. L. (2012) Vliyanie globalizatsii na mezhdunarodnye i natsional'nye istochniki trudovogo prava [Influence of Globalization on International and National Sources of Labour Law]. *Rossiyskiy ezhegodnik trudovogo prava*, no 8, pp. 37–39.

Vogt D. (2014) *Pravo na zabastovku. Global'naya trudovaya kolonka* [Right to Strike. Global Labour Column. Issue 167]. Available at: <http://columnru.global-labour-university.org/2014/06/blog-post.html> (accessed: 02.11. 2016)

Понятие охраны труда в России и Германии: сравнительный аспект

 **М.О. Буянова**

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

Аннотация

В статье рассматриваются теоретические вопросы охраны труда в России и в Германии. Проводится анализ различных точек зрения о понятии и содержании охраны труда в широком и узком смысле, об охране труда как социальном явлении и как комплексном правовом образовании, а также как институте трудового права. Исходя из формулировки охраны труда, данной в ст. 209 Трудового кодекса РФ, обосновывается вывод, что под охраной труда в качестве института трудового права должна пониматься совокупность норм трудового права, направленная на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. Доказывается, что в целом нормы трудового права, составляющие институт охраны труда, закрепляют: 1) основные функции государства в области его охраны; 2) требования к охране труда; 3) права и обязанности сторон трудовых отношений в области охраны труда; 4) гарантии права работников на труд в условиях соответствующих требованиям охраны труда; 5) систему и правовой статус органов по управлению и контролю за охраной труда; систему гарантий прав работников на охрану труда. Указанные вопросы рассматриваются в сравнительном аспекте в России и в Германии. При этом доказывается, что законодательство ФРГ рассматривает охрану труда как систему мер, направленную на обеспечение безопасности труда и охрану здоровья работников. В статье анализируются следующие компоненты охраны труда в Германии: 1) общая охрана труда; 2) его социальная охрана; 3) техническая охрана труда; 4) медицинская охрана труда. Автор формулирует вывод, что понятие охраны труда в германском законодательстве шире, чем в России, так как оно включает в себя (помимо компонентов, относящихся к собственно охране труда), также меры, направленные на установление обоснованного режима труда, регулирование рабочего времени и времени отдыха.

Ключевые слова

охрана труда, процесс труда, безопасные условия труда, институт трудового права, несчастный случай на производстве, профессиональное заболевание, опасные производственные факторы, средства индивидуальной защиты.

Библиографическое описание: Буянова М.О. Понятие охраны труда в России и Германии: сравнительный аспект // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 198–204.

JEL: K31; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.201.215

Российское трудовое законодательство определяет охрану труда как систему сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия (ч. 1 ст. 209 Трудового кодекса Российской Федерации; далее — ТК РФ)¹. Из этого опре-

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

деления следует, что российский законодатель понимает охрану труда как социальное явление, которое «проявляется в различных сферах жизни общества: экономической, политической, правовой и т.д.»².

Данная формулировка закрепляет понимание охраны труда в широком смысле, как «обеспечение безопасных и здоровых условий труда всеми средствами, т.е. правовыми, экономическими, медицинскими, организационно-техническими и другими»³. Будучи закрепленной в нормах права, охрана труда в широком смысле приобретает форму комплексного правового образования⁴, включающего нормы трудового, административного, гражданского, финансового права, направленные на реализацию и защиту прав работников на достойные условия труда и обеспечение их жизни и здоровья в процессе трудовой деятельности⁵. В качестве комплексного правового образования охрана труда может быть охарактеризована как комплексный, межотраслевой институт права. В научной литературе отмечается, что охрана труда отвечает всем признакам комплексного института права. Подчеркивается, что данный институт «представляет собой совокупность норм различных отраслей общественной жизни, которые не могут рассматриваться отдельно друг от друга, а только во взаимосвязи друг с другом»⁶.

В научной литературе выделяется три группы норм, составляющих межотраслевой институт охраны труда:

1) нормы трудового права, непосредственно содержащиеся в институте охраны труда (нормы, регламентирующие общие положения об охране труда, требования охраны труда, организацию охраны труда, обеспечение прав работников на охрану труда, порядок расследования и учет несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний);

2) нормы трудового права об охране труда отдельных категорий работников, в отдельных отраслях, в случаях особых рисков и смежные с различными институтами трудового права (о трудовом договоре, рабочем времени и времени отдыха, оплате и нормировании труда, гарантиях и компенсациях, профессиональной подготовке и дополнительном профессиональном образовании, защите трудовых прав и свобод);

3) нормы об охране труда, относящиеся как трудовому праву, так и к иным отраслям права, в частности, нормы о возмещении вреда при несчастных случаях на производстве и профессиональных заболеваниях; о контроле (надзоре) за охраной труда; об ответственности за нарушения охраны труда; о финансировании охраны труда; о межгосударственном сотрудничестве в сфере охраны труда⁷.

Обосновывая понимание охраны труда как межотраслевого правового института, ряд авторов указывает, что «вопросы охраны труда регулируются не только нормами трудового права, но и нормами иной отраслевой принадлежности: административного, уголовно-исполнительного права и других отраслей права»⁸. В узком смысле охра-

² *Макевкина А.С.* Понятие охраны труда по российскому трудовому праву: дис... канд. юрид. наук. Барнаул, 2005. С. 12.

³ *Гусов К.Н., Толкунова В.Н.* Трудовое право России. М., 2004. С. 349.

⁴ См.: *Голощанов С.А.* Правовые вопросы охраны труда в СССР. М., 1982. С. 45; *Кряжев Е.В.* Правовые аспекты охраны труда в Российской Федерации: Состояние и перспективы. СПб., 1997. С. 19.

⁵ См.: *Петров А.Я.* Охрана труда: о новой концепции института трудового права России // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2016. № 1. С. 59.

⁶ *Хабибуллина А.С.* Охрана труда как институт трудового права. Оренбург, 2015. С. 20.

⁷ См.: *Неверова А.С.* Сравнительно-правовое исследование законодательства об охране труда Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 7.

⁸ *Кашлакова А.С.* Понятие охраны труда по российскому трудовому праву. Барнаул, 2012. С. 138.

на труда трактуется в юридической литературе как «система правовых мероприятий и средств обеспечения безопасности жизни и здоровья работников в процессе их трудовой деятельности, в том числе и правовых норм по оздоровлению и улучшению условий труда»⁹. Этому подходу соответствует трактовка охраны труда как института трудового права. Однако в научной юридической литературе существуют расхождения в точках зрения на то, какие нормы трудового права составляют институт охраны труда.

Существует мнение, что в институт охраны труда включаются нормы трудового права, направленные на охрану жизни и здоровья работников, компенсацию воздействия вредных производственных факторов, гарантии соблюдения прав работников на охрану труда. При этом к охране труда относится ряд норм трудового права, регулирующих, в частности, перевод на другую работу по медицинским показаниям, оплату труда, рабочее время и дополнительные отпуска лицам, занятым на работах с вредными и/или тяжелыми условиями труда или в особых климатических условиях и т.д.¹⁰ А.Я. Петров относит к охране труда в узком смысле нормы трудового права, непосредственно направленные на защиту работающих от воздействия вредных и опасных производственных факторов, которые могут вызвать травмы или профессиональное заболевание¹¹.

Таким образом, институт охраны труда включает в себя:

- общие нормы по охране труда, правила и нормы по технике безопасности и производственной санитарии (единые, межотраслевые и отраслевые);
- нормы, устанавливающие обеспечение рабочих и служащих средствами индивидуальной защиты и нейтрализации вредных воздействий на работающих производственных факторов (нормы, предусматривающие организацию лечебно-профилактического питания, выдачу молока, мыла, спецодежды и т.д.);
- специальные нормы о труде женщин, несовершеннолетних и лиц с пониженной трудоспособностью¹².

На наш взгляд, исходя из формулировки охраны труда, данной в ст. 209 ТК РФ, охрана труда в качестве института трудового права может пониматься как совокупность норм трудового права, направленных на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. Указанные нормы, во-первых, сконцентрированы в разделе X «Охрана труда» ТК РФ (ст. 209–231), во-вторых, содержатся в разделе XII «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников», в-третьих, могут быть включены в иные законы и подзаконные нормативные правовые акты¹³.

В целом нормы трудового права, составляющие институт охраны, закрепляют:

- основные функции государства в области охраны труда;
- требования к охране труда;
- права и обязанности сторон трудовых отношений в области охраны труда;

⁹ Там же. С. 350.

¹⁰ См.: Лушиников А.М., Лушиникова М.В. Курс трудового права. Т. 2. М., 2009. С. 936.

¹¹ См.: Петров А.Я. Указ. соч. С. 59.

¹² Кряжев Е.В. Указ. соч. С. 20.

¹³ См., напр.: Федеральный закон от 28.12.2013 № 426-ФЗ «О специальной оценке условий труда» // СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. I). Ст. 6991; Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724; Федеральный закон от 10.01.2003 № 17-ФЗ «О железнодорожном транспорте в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 16; Приказ Минтруда России от 07.07.2015 № 439н «Об утверждении Правил по охране труда в жилищно-коммунальном хозяйстве» // СПС КонсультантПлюс; Приказ Минтруда России от 01.06.2015 № 336н «Об утверждении Правил по охране труда в строительстве» // СПС КонсультантПлюс; Приказ Минздрава России от 15.12.2014 № 835н «Об утверждении Порядка проведения предсменных, предрейсовых и послерейсовых медицинских осмотров» // СПС КонсультантПлюс и др.

- гарантии права работников на труд в условиях, соответствующих требованиям охраны труда;
- систему и правовой статус органов по управлению и контролю за охраной труда; систему гарантий прав работников на охрану труда.

Законодательство Федеративной Республики Германии не содержит определения понятия «охраны труда». В то же время п. 1 § 1 Закона об осуществлении мер по охране труда в целях повышения безопасности и здоровья работников на рабочем месте от 7.08.1996¹⁴ (далее — Закон об охране труда 1996 г.) устанавливает обеспечение безопасности и здоровья работников на рабочем месте с помощью мер по охране труда и улучшению его условий. Мерами по обеспечению безопасности труда, согласно п. 1 § 2 Закона об охране труда 1996 г., признаются меры по предотвращению несчастных случаев на производстве и устранению угроз для здоровья работников, в том числе меры гуманной организации труда. Исходя из этих положений, заключим, что законодательство ФРГ рассматривает охрану труда как систему мер, направленную на обеспечение безопасности труда и охрану здоровья работников.

В содержании понятия охраны труда, как оно регулируется законодательством ФРГ, можно выделить различные стороны. По мнению К.С. Харина, «правовое регулирование охраны труда в Германии подразделяется на техническую охрану труда и социальную охрану труда»¹⁵. К технической охране труда автор относит соблюдение правил безопасности выполнения работы и сохранения здоровья лиц, занятых трудом. В социальную охрану труда включается регулирование рабочего времени и времени отдыха.

Несколько иначе дифференцируется содержание понятия охраны труда в других работах, авторы которых выделяют следующие компоненты охраны труда в Германии¹⁶:

- общую охрану труда;
- социальную охрану труда;
- техническую охрану труда;
- медицинскую охрану труда.

При этом в общую охрану труда включаются положения об охране здоровья и жизни работников и общей технике безопасности. К социальной охране труда относят положения об охране труда таких категорий работников, как несовершеннолетние, молодежь, женщины (в том числе матери). Кроме того, к социальной охране труда относят вопросы регулирования рабочего времени и времени отдыха и вопросы обеспечения иных социальных прав работников. В техническую охрану труда включают положения об обращении с опасными веществами (к ним относятся правовые предписания по опасным грузам, по опасным материалам, по взрывчатым веществам, по химикатам, по обращению с сырьем и материалами для оборудования и аппаратов). К медицинской охране труда относятся требования гигиены и вопросы снижения рисков возникновения профессиональных заболеваний и различных проблем со здоровьем, а также вопросы предотвращения несчастных случаев на рабочем месте.

¹⁴ Gesetz über die Durchführung von Maßnahmen des Arbeitsschutzes zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit vom 7. August 1996 (BGBl. 1996. I S. 1246) // Available at: <http://gesetzesweb.de/ArbSchG.html> (дата обращения: 19.12.1998)

¹⁵ Харин К.С. Трудовое право Германии СПб., 2013. С. 262; Он же. Сравнительное исследование трудового права Германии и России. СПб., 2015. С. 356.

¹⁶ См.: Система охраны труда в Германии // ОТиСЗ плюс. 2013. № 9 // <http://gigabaza.ru/doc/5578.html> (дата обращения: 18.04.2014); Охрана труда — важная составляющая любого бизнеса в Германии // Available at: <http://www.cleverinvest.net/news/58-okhrana-truda-vazhnaya-sostavlyayushchaya-lyubogo-biznesa-v-germanii> (дата обращения: 20.04.2016)

Однако при таком подходе к дифференциации компонентов охраны труда в Германии имеет место некоторое пересечение их содержания. Так, например, вопросы профилактики профессиональных заболеваний и предотвращения несчастных случаев, будучи включены в медицинскую охрану труда, одновременно должны квалифицироваться как положения об охране здоровья и жизни работников, т.е. включены в общую охрану труда.

На наш взгляд, позиция К.С. Харина логически более последовательна и в большей степени отвечает подходу германского законодателя к правовому регулированию охраны труда, поскольку Закон об охране труда 1996 г. выделяет среди мер по охране труда, во-первых, меры по предотвращению несчастных случаев на производстве и устранению угроз здоровью работников (что соответствует технической охране труда в трактовке К.С. Харина), во-вторых, меры гуманной организации труда, которые можно трактовать как относящиеся к социальной охране труда.

Сравнив правовое регулирование охраны труда по законодательству Российской Федерации и ФРГ, заключим, что германское законодательство придерживается несколько более широкой трактовки охраны труда. Так, помимо мер, направленных на обеспечение безопасных условий труда на рабочем месте и на профилактику несчастных случаев и профессиональных заболеваний, положения об охране труда в Германии включают также меры, направленные на установление обоснованного режима труда, регулирование рабочего времени и времени отдыха. В российском трудовом законодательстве правовые нормы, регулирующие режим рабочего времени и времени отдыха рассматриваются как самостоятельный институт трудового права¹⁷.



Библиография

Голощапов С.А. Правовые вопросы охраны труда в СССР. М.: Юридическая литература, 1982. 200с.

Гейц И.В. Охрана труда. 2-е изд. М.: Дело и Сервис, 2006. 687 с.

Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовое право России. М.: Проспект, 2004. 496 с.

Кашлакова А.С. Понятие охраны труда по российскому трудовому праву. Барнаул: Азбука, 2012. 144 с.

Кряжев Е.В. Правовые аспекты охраны труда в Российской Федерации: Состояние и перспективы: дис... канд. юрид. наук. СПб., 1997. 173 с.

Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права в 2-х тт. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право. М.: Статут, 2009. 1151 с.

Макевкина А.С. Понятие охраны труда по российскому трудовому праву: дис... канд. юрид. наук. Барнаул, 2005. 170 с.

Неверова А.С. Сравнительно-правовое исследование законодательства об охране труда Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2014. 27 с.

Охрана труда — важная составляющая любого бизнеса в Германии // Available at: <http://www.cleverinvest.net/news/58-okhrana-truda-vazhnaya-sostavlyayushchaya-lyubogo-biznesa-v-germanii> (дата обращения: 20.04.2016)

¹⁷ См., напр.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Ю.П. Орловский. М., 2014 (комментарий к ст. 91); Кодификация российского частного права 2015 / под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2015. С. 372; Трудовое право / под ред. О.В. Смирнова. М., 2010. С. 18; Греченков А.А. Концептуальные вопросы рабочего времени: сравнительно-правовой анализ и возможности совершенствования трудовых кодексов государств-участников Содружества Независимых Государств // Трудовое право в России и за рубежом. 2013. № 2. С. 27; Петров А.Я. Учет рабочего времени: правовые аспекты // Юрист. 2012. № 13. С. 9 и др.

Петров А.Я. Охрана труда: о новой концепции института трудового права России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 58–71.

Петров А.Я. Охрана труда — институт современного трудового права России и его совершенствование // Законодательство и экономика. 2008. № 9. С. 51–56.

Система охраны труда в Германии // ОТиСЗ плюс. 2013. № 9 // <http://gigabaza.ru/doc/5578.html> (дата обращения: 18.04.2014)

Хабибуллина А.С. Охрана труда как институт трудового права. Оренбург: Университет, 2015. 89 с.

Харин К.С. Сравнительное исследование трудового права Германии и России. СПб.: ГУАП, 2015. 520 с.

Харин К.С. Трудовое право Германии. СПб.: ГУАП, 2013. 444 с.

The Concept of Labour Protection in Russia and Germany: Comparative Aspect



Marina O. Buyanova

Professor, Chair, Labour Law and Social Security Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasniitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: mobuianova@mail.ru



Abstract

The article considers theoretical issues of labor protection in the Russian Federation and in Federal Republic of Germany. The analysis of different perspectives on the concept and content of labor protection in broad and narrow sense, the protection of labor as a social phenomenon and as a comprehensive legal education, but also as an institution of labor law. Based on the wording of the labour protection, provided by Article 209 of the Labour Code, the conclusion is justified that, under the protection of labour the institute of labour law should be understood a body of rules of labour law, aimed at preserving the life and health of employees in the workplace. It is proved that in General, the norms of labour law that make up the Institute of protection, fix: 1) the basic functions of the state in the field of labor protection; 2) requirements to labour protection; 3) rights and obligations of the parties to the employment relationship in the field of labor protection; 4) guarantee the right of workers to labor in conditions meeting the requirements of labor protection; 5) system and legal status bodies of management and control over labor protection; 6) a system of guarantees of the rights of workers on labour protection. These issues are addressed in a comparative perspective in Russia and in Germany. Thus it is proved that the German law considers occupational health as a system of measures aimed at ensuring the safety and health of workers. The article analyzes the following components of labour protection in Germany: general labor protection; social protection of labour; technical labour protection; medical protection of labour. The author formulates a conclusion that the concept of labour protection in German law is broader than in Russia, because it includes (in addition to the components related to the actual labor protection), measures to establish a reasonable mode of work, regulation of working time and rest time.



Keywords

protection of labour, process of labour, safe working conditions, institute of labor law, accident, professional disease, occupational hazards, personal protective equipment.

Citation: Buyanova M.O. (2016) The Concept of Labour Protection in Russia and Germany: Comparative Aspect. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 198–204 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.201.215



References

Goloshapov S.A. (1982) *Pravovye voprosy okhrany truda v SSSR* [Legal Issues of Labour Protection in the USSR]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 200 p. (in Russian)

- Geitz I.V. (2006) *Okhrana truda* [Protection of Labour]. Moscow: Delo, 687 pp. (in Russian)
- Gusov K.N., Tolkunova V.N. (2004) *Trudovoye pravo v Rossii* [Labor Law of Russia]. Moscow: Prospect, 496 pp. (in Russian)
- Harin K.S. (2015) *Sravnitelnoye issledovanie trudovogo prava Germanii I Rossii* [Comparative Study in Labour Law in Germany and Russia]. Saint-Petersburg: GUAP Press, 520 pp. (in Russian)
- Harin K.S. (2013) *Trudovoye pravo Germanii* [Labour Law in Germany]. Saint-Petersburg: GUAP Press, 444 pp. (in Russian)
- Kashlakova A.S. (2012) *Poniatie okhrany truda po rossiyskomu trudovomu pravu* [Concept of Labour Protection in the Russian Labour Law]. Barnaul: Azbuka, 144 pp. (in Russian)
- Khabibullina K.A. (2015) *Okhrana truda kak institut trudovogo prava* [Labour Protection as Institute of Labour Law]. Orenburg: University Press, 89 pp. (in Russian)
- Kryazhev E.V. (1997) *Pravovye aspekty okhrany truda v Rossii. Sostoyaniye I perspektivy. Diss. ... kand.jurid. nauk* [Legal Aspects of Labour Protection in Russia: Status and Prospects. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Saint-Petersburg, 173 pp.
- Lushnikov A.M., Lushnikova M.V. (2009) *Kurs trudovogo prava* [Course of Labour Law]. Moscow: Statut, 1151 pp. (in Russian)
- Makovkina A. S. (2005) *Poniatie okhrany truda po rossiyskomu trudovomu pravu. Diss....cand. jurid.nauk* [Concept of Labour Protection in Russian Labour Law. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Barnaul, 170 pp.
- Neverova A.S. (2014) *Sravnitelnoye issledovanie zakonodatelstva ob okhrane truda v Rossiyskoy Federatsii I v Soedinennykh Shtatah: avtoref.diss. cand. Jurid.nauk* [Comparative Study in Legislation on the Protection of Labour in the Russian Federation and the United States of America. Summary of Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 27 pp.
- Occupational Safety is an Important Component of any Business in Germany (2010) Available at: <http://www.cleverinvest.net/news/58-okhrana-truda-vazhnaya-sostavlyayushchaya-lyubogobiznesa-v-germanii> (accessed: 20.04.2016)
- Petrov A. Ya. (2016) Labour Protection: New Concepts of Labor Law in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 58–71.
- Petrov A.Ya. (2008) Labour Protection — the Institute of Modern Labour Law in Russia. *Zakonodatelstvo I ekonomika*, no 9, pp. 51–56.
- System of Labour Protection in Germany. Otiss plus, 2013, no 9 // Available at: <http://gigabaza.ru/doc/5578.html> (accessed: 18.04.2014)

Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах¹



Л.Р. Сюкияйнен

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



Аннотация

Статья посвящена анализу положений конституций арабских стран, касающихся статуса шариата как источника законодательства, и практики их толкования органами конституционного контроля. Конституции практически всех указанных стран провозглашают ислам государственной религией. Такой принцип арабские правоведы понимают неодинаково. Преобладает точка зрения, согласно которой закрепление роли шариата в правовой системе требует его конституционного признания в качестве источника законодательства. Данный статус шариата отражен в арабских конституциях в различных формах. Некоторые из них предусматривают, что шариат является главным источником законодательства, используя в арабском оригинале текста конституции термин «главный источник» в грамматически неопределенном состоянии. В отдельных странах сложилась судебная практика толкования таких статей конституции при рассмотрении исков о конституционности законодательства, противоречащего шариату. Федеральный верховный суд ОАЭ пришел к выводу, что конституционное положение о шариате как главном источнике законодательства обращено к законодателю, а не к суду. Поэтому шариат следует понимать в качестве материального (исторического) источника права. В то же время, ссылаясь на данное предписание конституции вместе с положениями законодательства о судах, орган конституционного контроля ОАЭ обосновал возможность прямого применения норм шариата как формального (юридического) источника права. Собственный опыт конституционного закрепления статуса шариата накопил Египет. Конституция 1971 г. первоначально определяла принципы шариата как главный источник законодательства, но после внесения в нее изменений по итогам референдума 1980 г. стала квалифицировать данные принципы в качестве ведущего источника законодательства. Верховный конституционный суд Египта пришел к выводу, что данное положение конституции обращено к законодателю, а противоречащие шариату законы, вступившие в силу до изменения конституции, продолжают действовать и являются конституционными, поскольку во время их принятия шариат не был признан ведущим источником законодательства. Свообразием отличается роль шариата как источника права в правовых системах Саудовской Аравии и Ливии. В целом место шариата в правовом развитии современных арабских стран зависит от многих факторов. Однако его роль определяется преимущественно законодателем, в первую очередь на конституционном уровне.



Ключевые слова

ислам, шариат, фикх, арабские страны, конституция, законодательство, источник, суд, конституционный контроль, правовая система.

¹ Статья подготовлена в ходе исследования № 16-01-0017 «Исламское государство: правовые основы и современная практика» в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ в 2016–2017 гг. и с использованием субсидии на государственную поддержку ведущих университетов России в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Р. Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 205–222.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.205.222

Исламское право оказало глубокое влияние на становление и развитие правовых систем арабских стран. Сфера его действия и сегодня остается весьма широкой². Более того, с 1970-х гг. во многих из них позиции исламского права усилились, что в значительной степени связано с конституционным признанием ислама государственной религией, а шариата — источником законодательства. Такой статус шариата и его место в современных правовых системах мусульманских стран в последнее время привлекают внимание в связи с обсуждением проблем исламского государства и перспектив возрождения халифата³. Мусульманские праведы видят основной признак исламской власти именно в реализации предписаний шариата, а это напрямую зависит от его конституционного статуса в качестве источника законодательства.

Ислам — государственная религия

Есть несколько критериев отнесения той или иной страны к числу арабских государств. Формальные юридические признаки дают весомые основания считать арабскими те страны, которые являются членами Лиги арабских государств. Сегодня их количество составляет 22. Среди них 18 собственно арабских государств. Кроме того, в данную организацию входит Палестина, не обладающая международно-признанным государственным суверенитетом, а также Джибути, Коморские острова и Сомали, где арабский язык является одним из официальных.

Конституции или документы конституционного характера подавляющего большинства указанных стран устанавливают, что ислам является государственной религией. Самым заметным исключением является конституция Ливана (1926). Еще до недавнего времени население данной страны делилось почти поровну на мусульман и христиан. В последние десятилетия доля мусульман (прежде всего, шиитов) существенно возросла, однако здесь до сих пор сохраняется действие Национального пакта (1943), предусматривающего распределение ключевых государственных постов в определенной пропорции между приверженцами различных религий. Такая специфика конфессиональной карты, политической системы и формирования органов государственной власти Ливана предопределяет отсутствие указания на ислам в конституции страны.

Особенности исторического развития и религиозного состава населения, а также характер политического режима объясняют тот факт, что Конституция Сирии (2012) также не объявляет ислам государственной религией. Вместо этого предусматривается, что ислам является религией президента республики. Конституция Союза Коморских

² О понятии исламского права и его месте в современных правовых системах см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Выпуск 1. 2007. С. 97–106; Он же. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.

³ См.: Сюкияйнен Л.Р. Современная исламская правовая мысль о халифате и гражданском государстве с исламской ориентацией // Северо-Кавказский юридический вестник. 2016. № 2. С. 7–19.

Островов (2001) в соответствии с поправками 2009 г. ссылается на ислам как государственную религию в преамбуле, а не в основном тексте. Конституция Джибути (1992) также первоначально содержала характеристику ислама в качестве государственной религии в преамбуле. Но поправка 2010 г. перенесла это положение в ст. 1 Конституции. Временная конституция Сомали (2012) отличается спецификой, поскольку закрепление ислама в качестве государственной религии она сопровождает запретом на исповедание в стране иной религии (ст. 2). Кроме того, Конституция Мавритании (1991) называет ислам религией не только государства, но и народа, одновременно провозглашая страну исламской республикой (ст. 1, 5). Наконец, конституции ОАЭ (1996) (ст. 7) и Ирака (2005) (ст. 2) квалифицируют ислам как официальную государственную религию. В Ливии после смены режима М. Каддафи конституция до сих пор не принята. Здесь действует Конституционная декларация (2011), в которую неоднократно вносились изменения. Этот акт провозглашает Ливию демократическим независимым государством, религией которого является ислам (ст. 1). Аналогичное положение включено и в проект Конституции, разработанный в 2014 г.

Существенными особенностями отличается Королевство Саудовской Аравии, где роль фактической конституции отводится Основному низаму о власти (1992). Такое необычное название акта, стоящего в одном ряду с конституциями других арабских стран, объясняется особой ролью ислама в политической жизни королевства и его правовой системе. Здесь для обозначения нормативно-правовых актов и принимающих их государственных органов официально не употребляются термины «законодательство» и «законодатель», поскольку единственным истинным законодателем считается Аллах, а законодательством — шариат. Термин «закон» также не используется по той причине, что в арабском языке для его обозначения применяется заимствованное слово «канун», которое ассоциируется с чуждой западной правовой культурой. По такой концепции считается, что Саудовское государство осуществляет не законодательную в точном смысле власть, а обладает лишь регламентарными полномочиями в рамках шариата. Этим объясняется выбор термина, использованного в названии упомянутого акта: одним из значений арабского слова «низам» является «регламент».

Основной низам содержит немало положений, закрепляющих особый статус ислама. В частности, в его ст. 1 говорится, что Королевство Саудовской Аравии является арабским, исламским суверенным государством, чьей религией выступает ислам, а конституцией — Книга Всевышнего Аллаха (т.е. Коран) и Сунна его Посланника. Одновременно установлено, что король обязуется осуществлять власть по этим священным источникам шариата (ст. 6), а саудовское общество строится на основе строгого следования всех его членов воле Аллаха (ст. 11). Государство защищает основы веры ислама, а также несет обязанность призыва к следованию по пути Аллаха (ст. 23). Защита основ исламской веры провозглашена обязанностью каждого гражданина (ст. 34).

Следует иметь в виду, что конституции многих арабских стран ограничиваются провозглашением ислама государственной религией и ничего не говорят о шариате. По вопросу соотношения конституционного статуса ислама и шариата арабские правоведы выражают различные точки зрения. Например, по мнению известного египетского ученого Авада Мухаммада Авада, положение конституции о государственном характере ислама лишено юридического смысла и по существу лишь означает, что большинство граждан данного государства исповедует ислам, признаваемый в таком качестве государством. Недостаток данного предписания заключается в игнорировании особенностей ислама, который является не только религией и образом мысли, но и выступает в

виде системы правовых норм. Указанное же конституционное положение, считает Авад Мухаммад Авад, искусственно отрывает догматические основы и культовые нормы ислама от юридических правил поведения, что не соответствует его природе универсальной системы социального регулирования. Поэтому конституционная формула, закрепляющая лишь государственный характер ислама, провозглашает лишенный правового содержания лозунг, поскольку не обязывает государство брать шариат за основу при подготовке законодательных актов. В итоге там, где конституция не идет дальше объявления ислама государственной религией, правотворческий процесс вполне естественно не ориентируется на соответствие принимаемых законов шариатским критериям⁴.

Некоторые арабские правоведы придерживаются иного толкования положения конституции о государственном характере ислама. Так, сирийский специалист по конституционному праву Ж. Джаббур утверждает, что указанная норма логически предполагает признание шариата источником законодательства. Закрепление данного статуса шариата излишне, если конституция уже придала исламу государственный характер⁵.

Такую точку зрения не разделяет большинство арабских ученых-юристов. Они полагают, что возрождение исламских юридических норм в качестве стержня действующего права предполагает прежде всего сознательную политику, направленную на исламизацию правовой системы. По мнению Мухаммада аз-Зухейли, временное отступление от этой линии оправдано только постепенностью претворения норм шариата на уровне позитивного законодательства той или иной страны, конечно, при условии стремления власти проводить такую политику. Одно провозглашение ислама государственной религией этой задачи не решает. Достижение данной цели требует конституционного закрепления статуса шариата как источника законодательства⁶.

Арабские конституции о шариате

В настоящее время конституции большинства арабских стран предусматривают, что шариат или фикх⁷ являются источником законодательства. Впервые об этом говорилось в сирийской Конституции (1950). Затем аналогичное положение восприняла Конституция Кувейта (1962), а с начала 1970-х гг. по сходному пути пошли конституции и многих других арабских стран. Сегодня конституции 14 из 22 стран-членов ЛАГ в том или ином виде признают шариат источником законодательства.

Важно иметь в виду, что в формах закрепления этого положения наблюдаются заметные расхождения, которые могут иметь серьезное правовое значение и объясняют неодинаковую трактовку указанного статуса шариата в различных арабских странах. В большинстве из них конституции говорят о шариате как главном источнике законодательства с использованием в арабском оригинале текста слов «главный источник» без определенного артикля. Такой на первый взгляд мелкой лингвистической детали, как будет показано, в отдельных странах придается глубокий правовой смысл.

⁴ См.: Авад Мухаммад Авад. Задачи арабского законодателя в свете конституционных статей, признающих исламский шариат источником законодательства // Дирасат кануниййа. Бенгази. 1973. № 3. С. 11–13 (на араб. яз.).

⁵ См.: Джаббур Ж. Арабизм и проявления приверженности иным ценностям в современных конституциях арабских стран. Дамаск, 1976. С. 97–98 (на араб. яз.).

⁶ См.: Мухаммад аз-Зухейли. Права человека в исламе. Сравнительное исследование. Дамаск – Бейрут, 1997. С. 366 (на араб. яз.).

⁷ О различении понятий «шариат» и «фикх» см.: Сюкияйнен Л.Р. О соотношении шариата и фикха // Минарет. Российский журнал исламской доктрины. 2009. № 3-4 (21-22). С. 13–21.

Данная формулировка включена в конституции Бахрейна, Ирака, Катара, Кувейта, ОАЭ, Палестины. Особенностью Конституции Сирии (2012) является то, что главным источником (без определенного артикля) законодательства она признает не шариат, а фикх. Впрочем, выбор между ними не имеет принципиального значения. Вне зависимости от используемого термина рассматриваемое конституционное положение толкуется таким образом, что в соответствующих статьях Конституции речь идет о признании шариата не единственным и даже не ведущим, а лишь одним из тех источников законодательства, которые отнесены к главным. Такая трактовка исходит из понимания шариата и фикха как синонимов.

Например, в пояснительной записке к Конституции Кувейта подчеркивается, что в ее ст. 2 под шариатом, по сути, подразумевается фикх, которому и отводится роль главного источника законодательства. Это означает, что законодатель должен ориентироваться на фикх как приоритетный источник. Однако это не мешает ему при формулировании норм обращаться к другим источникам в поиске решения вопросов, по которым фикх не разработал собственных правил. Более того, такое вполне возможно при разработке законодательства, если использование вместо шариата иных источников вызывается потребностями естественного исторического развития. Например, данная конституционная формулировка позволяет использовать образцы общепринятого современного уголовного законодательства даже при наличии в шариате точно установленных санкций за отдельные преступления⁸.

Такое заимствование нельзя допустить, если в конституции⁹ термин «главный источник» используется с определенным артиклем. Ведь подобная формулировка означает невозможность обращаться к какому-либо другому источнику по любому вопросу, по которому шариат (фикх) предлагает готовую альтернативную норму. Это, в свою очередь, может создать для законодателя большие сложности, когда практическая целесообразность заставляет его временить с обязательным следованием выводам фикха. Например, это касается корпоративного законодательства или введения правовых норм в области страхования, банковской деятельности, кредитных отношений, уголовной ответственности за те преступления, санкции за которые в однозначной форме установлены в шариате, и т.д.

В то же время в документе подчеркивается, что предусмотренная кувейтской Конституцией формулировка открыто и недвусмысленно обязывает законодателя обращаться к нормам исламского шариата в той мере, в какой это возможно. Она не только не препятствует, но способствует включению в действующую правовую систему шариатских норм по всем вопросам, когда законодатель сочтет это своевременным и необходимым¹⁰. В Кувейте неоднократно предпринимались попытки внести изменения в Конституцию, добавив определенный артикль к словам «главный источник» законодательства, в роли которого выступает шариат. В 1973 и 1975 гг. группа депутатов Национального собрания вносила соответствующие законопроекты. В 1980 г. с аналогичным предложением выступили несколько членов комиссии, созданной для разработки изменений в конституции. Однако Национальное собрание ни разу такую идею не поддержало¹¹.

⁸ Об исламском уголовном праве и точно установленных в шариате санкциях см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское уголовное право: от традиционного к современному // Российский ежегодник уголовного права. СПб, 2008. С. 571–596.

⁹ Имеется в виду конституция как документ вообще.

¹⁰ См.: Управление фетв и законодательства. Собрание кувейтского законодательства. Ч. 5. Кувейтская конституция, Пояснительная записка и иные законы. Эль-Кувейт, 1994. С. 59 (на араб. яз.).

¹¹ См.: Ибрахим Дуэдж ас-Сабах. Исламская легитимность и конституционная законность. Каир, 2000. С. 318–327 (на араб. яз.).

В настоящее время при Эмире страны действует образованная в 1990-х гг. Высшая консультативная комиссия по окончательному претворению норм шариата. Однако разработанные ею проекты приведения законодательства в соответствие с шариатом до сих пор не получили официального признания. Лишь отдельные предложения Комиссии были частично учтены при разработке нового законодательства — например, при включении специального раздела об исламских банках в закон о Центральном банке и денежном обращении.

В некоторых других арабских странах конституционное провозглашение шариата главным источником (без определенного артикля) законодательства не вызывает дискуссий, является общим заявлением и не влияет на действующее право. Так, по свидетельству Ж. Джаббура, придание фикху статуса главного источника законодательства конституциями Сирии 1950 и 1973 гг. имело не буквальное значение, а рассматривалось как альтернатива закреплению государственного характера ислама, поскольку последний принцип не отличается смысловой однозначностью¹². Актуальность такой оценки подтверждается тем, что указанная норма, воспринятая и ныне действующей Конституцией Сирии, носит характер декларативного лозунга и не придает исламской направленности правовой системе страны. Наоборот, здесь продолжается курс на заимствование западных моделей законодательства.

Однако позиция сирийского законодателя, фактически игнорирующего шариат вопреки конституционной норме, существенно отличается от правовой политики, проводимой в других арабских странах, чьи конституции закрепляют шариат в качестве главного источника законодательства, формулируя в арабском оригинале слова «главный источник» грамматически в неопределенном состоянии. Среди них есть государства, в правовых системах которых, не в пример Сирии, предписания шариата играют активную роль. Здесь юридическому смыслу конституционных статей о шариате придается большое значение. В отдельных странах сложилась традиция толкования таких статей при рассмотрении исков о конституционности законодательства, противоречащего шариату. Лидером в этом отношении являются ОАЭ. Такой вывод подтверждается судебной практикой.

Шариат — главный источник законодательства: позиция Федерального верховного суда ОАЭ

Судебное толкование конституционного статуса шариата в этой стране имеет нюансы в зависимости от того, идет ли речь о возможности прямого применения норм шариата по вопросам, не урегулированным законом, или об оценке конституционности законодательства, содержащего очевидно противоречащие шариату положения. Приведем типичный пример первого из отмеченных вариантов толкования шариата в качестве источника законодательства органом конституционного контроля ОАЭ.

В 1980 г. апелляционный суд эмирата Абу-Даби рассмотрел жалобу прокурора на решение уголовного суда первой инстанции, который на основании Закона эмирата Абу-Даби № 8 (1976) об алкогольных напитках приговорил лицо, сознавшееся в употреблении спиртных напитков, к телесному наказанию в соответствии с шариатом. При этом уголовный суд сослался на ст. 75 Закона № 10 (1973) о Федеральном верховном суде (далее — Закон о ФВС). В соответствии с ней данный судебный орган должен применять нормы шариата, а также федеральное законодательство и законы эмиратов-субъектов

¹² См.: Джаббур Ж. Указ. соч. С. 101.

федерации при условии их непротиворечия нормам шариата при рассмотрении всех дел, в том числе касающихся оценки конституционности законов. Обращение к этому акту уголовный суд объяснил тем, что Закон о ФВС как высшей судебной инстанции в стране выступает основой всех остальных законов. Поэтому при разрешении указанного дела об употреблении алкоголя надлежит применять нормы шариата. На этом основании он приговорил обвиняемого к телесному наказанию, как того требует шариат.

С приговором не согласился прокурор, который обжаловал его в апелляционный суд, требуя применения по указанному делу не норм шариата, а положений упомянутого Закона об алкогольных напитках. Свою позицию он обосновывал тем, что решение уголовного суда соответствует шариату, но противоречит данному акту. Между тем, по его мнению, указанный суд в качестве общей судебной инстанции вправе применять только предписания закона. Одновременно прокурор напомнил, что на момент подачи жалобы по решению главы государства суды были уполномочены применять нормы шариата лишь за убийство, прелюбодеяние, изнасилование, гомосексуализм и кражу. Употребление спиртных напитков в данный перечень не входит и поэтому должно наказываться по указанному выше Закону.

В ходе рассмотрения жалобы прокурора апелляционный суд обратил внимание, что ст. 8 Закона № 6 (1978) о создании федеральных судов предусматривает применение данными органами норм шариата, федерального и субъектного законодательства, а также обычаев и общих правовых принципов, не противоречащих нормам шариата. В силу этого суды ОАЭ в принципе вправе выносить решения на основе шариата, который за употребление алкоголя предусматривает санкцию в виде телесного наказания (40 или 80 ударов). Установленная Аллахом, она не подлежит замене иной мерой наказания по воле государства. Виновный в данном преступлении не может быть освобожден от шариатской ответственности, поскольку речь идет о посягательстве на права Аллаха, а не его рабов.

Тем не менее Закон № 8 (1976) вместо предусмотренного шариатом наказания установил за употребление алкоголя другую санкцию. В результате возникает противоречие между стоящим на более высокой ступени законом, которым является шариат, и нижестоящим законом одного из эмиратов. Отталкиваясь от такой оценки, апелляционный суд обратился в Федеральный верховный суд с просьбой рассмотреть вопрос о конституционности ст. 17 Закона № 8 Абу-Даби об алкогольных напитках на основании того, что предусмотренные ею меры ответственности противоречат шариату, который в соответствии со ст. 7 Конституции ОАЭ является главным источником законодательства¹³.

В 1981 г. Федеральный верховный суд вынес решение по данному вопросу. В нем он не рассматривал приговор уголовного суда по существу, а оценивал соответствие Конституции указанного Закона об алкогольных напитках в целом и в частности ст. 17, на которую ссылался суд первой инстанции в обоснование применения шариатской санкции. ФВС указал, что ст. 7 Конституции ОАЭ, провозглашая шариат главным источником законодательства, устанавливает тем самым общий принцип, отражающий волю учредителей Конституции. Его обязана соблюдать законодательная власть при принятии законодательства, которое надлежит черпать главным образом из шариата на том основании, что ислам является государственной религией. При этом отражение положений шариата в законодательстве выступает задачей, которую решает исключительно законодательная власть, а не суд. Такой подход предопределяет толкование законодательных актов, а также их оценку как соответствующих или несоответствующих

¹³ См.: «Аль-Адаля». Абу-Даби, 1980. № 24. С. 134–137.

Конституции. Одновременно было подчеркнуто, что законодательная власть ОАЭ настойчиво стремится к тому, чтобы законодательство черпалось непосредственно из положений шариата или соответствовало им.

С этой целью ст. 75 Закона о ФВС предусматривает, что данный судебный орган при осуществлении своих полномочий по рассмотрению дел и оценке конституционности законодательства применяет нормы шариата, а также законы Федерации и эмиратов-членов, которые соответствуют положениям шариата. Исходя из этого, ФВС изучил ст. 17 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках, согласно которой лицо, находящееся в общественном месте или на общей дороге в состоянии очевидного опьянения, наказывается лишением свободы и штрафом. Суд обратил внимание на то, что указанная статья устанавливает уголовную ответственность любого лица вне зависимости от его религиозной принадлежности за факт нахождения в общественном месте в состоянии очевидного опьянения, что само по себе является преступлением. При этом речь не идет об употреблении алкоголя, составляющим самостоятельное преступление, за совершение которого шариат предусматривает для мусульманина санкцию в виде телесного наказания независимо от опьянения и вне связи с нахождением в общественном месте.

С позиции ислама между мерами ответственности за два указанных деяния есть принципиальная разница. Если санкция за употребление алкоголя является точно определенной шариатом, то наказание за нахождение в состоянии опьянения в общественном месте шариат в однозначном виде не предусматривает, а относит его назначение к полномочиям власти.

Федеральный верховный суд пришел к выводу, что мера ответственности, предусмотренная ст. 17 Закона № 8, установлена властью в рамках ее компетенции и не противоречит шариату, который не знает точного наказания за деяние, указанное в данной статье. Поэтому рассматриваемое законодательное положение не нарушает шариата и, следовательно, Конституции ОАЭ. При этом было подчеркнуто, что такую оценку не ставит под сомнение отсутствие в Законе санкции в отношении мусульманина за употребление алкоголя, даже если оно не привело к очевидному опьянению, поскольку мера ответственности за такое преступление может быть найдена в ином законодательстве¹⁴.

Нельзя не заметить, что в данном решении ФВС обошел вопрос о возможности применения санкции за употребление алкоголя мусульманином по шариату в виде телесного наказания, если мера наказания за это преступление прямо не предусмотрена действующим законодательством. Данное упущение, очевидно, объясняется тем, что Суд решал иной вопрос — иск о конституционности наказаний, предусмотренных ст. 17 Закона № 8 об алкогольных напитках, с позиции их соответствия шариату. Однако в другом решении, касающемся оценки иного положения того же Закона, орган конституционного контроля восполнил указанный пробел.

В январе 1983 г. Федеральный верховный суд рассмотрел дело о конституционности ст. 13 упомянутого Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. Поводом обращения к нему явился приговор уголовного суда, который в апреле 1982 г. назначил обвиняемому в употреблении алкоголя наказание в виде лишения свободы. Прокуратура, требовавшая применить санкцию в соответствии с шариатом, обжаловала указанный приговор на том основании, что при его вынесении была допущена ошибка в применении Закона, поскольку имелись все основания для назначения обвиняемому точно установленного шариатом наказания.

¹⁴ См.: Решения Федерального верховного суда. 1973–2013. С. 81–88 // Available at: URL: http://ejjustice.gov.ae/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (на араб. яз.).

В мае того же года в ходе рассмотрения жалобы апелляционный суд Абу-Даби приостановил процесс и обратился в ФВС с иском об оценке конституционности Закона об алкогольных напитках. Иск содержал ссылку на ст. 7 Конституции ОАЭ, ст. 75 Закона о ФВС и ст. 8 закона № 6 (1978) о создании федеральных судов. В своей совокупности эти положения главным источником законодательства признают шариат и закрепляют его приоритет, который означает, что не подлежит применению ни один законодательный акт вне зависимости от того, какой орган его принял, а также ни один обычай или принцип естественного права, если он противоречит нормам шариата.

Апелляционный суд, обратившийся с иском, отметил, что Федеральный верховный суд в 1981 г. уже вынес проанализированное выше решение о конституционности санкций, установленных властью и предусмотренных Законом Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. Однако в том решении орган конституционного контроля уклонился от оценки конституционности ст. 13 данного Закона, согласно которой до принятия закона, определяющего процедуру применения точно установленных шариатом наказаний за совершение отдельных преступлений, предусмотренные в указанном акте санкции являются мерами ответственности, которые, по шариату, назначаются компетентными государственными органами. К тому же в ранее вынесенном решении ФВС не коснулся конституционности применения шариатской санкции за употребление алкоголя. По мнению апелляционного суда, такой вопрос возникает в силу противоречия между приведенной выше статьей, с одной стороны, и положениями Конституции, а также законов о ФВС и создании федеральных судов относительно признания шариата главным источником законодательства и юридическим источником права, имеющим приоритет при применении, — с другой.

Рассматривая иск, ФВС согласился, что разрешение дела, касающегося ответственности за употребление алкоголя и нахождение в общественном месте в состоянии опьянения, предполагает первоочередное рассмотрение преступления, состоящего в употреблении мусульманином алкоголя вообще. Сославшись на собственное решение 1981 г., он подтвердил, что в соответствии с шариатом, в частности, с Сунной Пророка, совершение указанного преступления влечет точно установленное шариатом наказание.

Отталкиваясь от такого подхода, орган конституционного контроля существенно уточнил свое толкование ст. 13 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. В частности, он подтвердил, что оценка предусмотренных в ней наказаний как установленных властью в рамках признанных шариатом полномочий не вызывает споров. В то же время суд напомнил свое решение 1981 г., в котором уже говорилось, что употребление алкоголя мусульманином должно наказываться точно установленной шариатом санкцией.

Развивая этот тезис, в решении 1983 г. ФВС обратил внимание, что содержание указанной статьи не создает преград для применения шариатской меры ответственности за употребление алкоголя. Он подчеркнул, что рассматриваемая статья указывает на очевидное стремление законодателя принять закон, устанавливающий порядок применения точно предписанных шариатом санкций за отдельные преступления. Но, по мнению суда, это не препятствует немедленному применению шариатской ответственности за употребление алкоголя, поскольку процедура исполнения телесного наказания в детальной форме установлена в уголовно-процессуальном кодексе эмирата Дубай, приемлемом для применения во всей стране.

Исходя из этих аргументов, орган конституционного контроля пришел к выводу, что вынесенное им в 1981 г. решение в части, касающейся его очевидной позиции относительно применения точно установленной шариатом санкции за употребление алкоголя

ля мусульманином, может быть сформулировано в иной, расширенной форме. В итоге ФВС постановил, что ст. 13 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках является конституционной, но ее содержание не препятствует применению точно определенной шариатом санкции за употребление алкоголя мусульманином в качестве самостоятельной меры ответственности либо вместе с иным наказанием, установленным властью согласно шариату. Одновременно суд отметил, что данное решение является дополнением к ранее вынесенному решению и его завершением¹⁵.

Обращает на себя внимание, что орган конституционного контроля ОАЭ при обосновании и вынесении обоих рассмотренных решений обращался к шариату, что вполне соответствовало Закону о ФВС, ст. 75 которого обязывает данный суд применять шариатские нормы наряду с законодательством. В частности, орган конституционного контроля недвусмысленно подтвердил, что точно установленной шариатом санкцией за употребление алкоголя является телесное наказание в виде 40 или 80 ударов, зафиксированное Сунной Пророка. Причем, по шариату, такая норма распространяется только на мусульман. Он также согласился с оценкой мер ответственности, предусмотренных Законом об алкогольных напитках, в качестве наказаний, определение которых шариат относит к полномочиям власти. Одновременно суд, придерживаясь выводов фикха, допустил наказание за данное преступление обеими санкциями вместе.

Нельзя также пройти мимо еще одной отличительной особенности рассмотренных решений Федерального верховного суда. В обоснование своей позиции он не только воспроизвел ст. 7 Конституции ОАЭ о шариате как главном источнике законодательства и подтвердил, что она обращена к законодателю, а не к суду. В то же время со ссылкой на данное конституционное положение вместе с соответствующими статьями законов о ФВС и создании федеральных судов ФВС по существу признал за шариатом статус не только материального (исторического), но и формального (юридического) источника права. Об этом свидетельствует его вывод, что при пробельности закона суды ОАЭ могут применять нормы шариата. Такой принцип закрепляет и Гражданский кодекс ОАЭ — Закон № 5 (1985) об имущественных правоотношениях. Ст. 1 данного акта гласит, что в случае его молчания судья применяет нормы шариата.

Однако прямое обращение к шариату невозможно при наличии соответствующего предписания законодательства, даже если оно противоречит шариатским нормам. В четкой форме данный принцип получил отражение в решении ФВС, который в июне 1981 г. рассмотрел вопрос о конституционности ст. 61 и 62 Гражданско-процессуального кодекса Абу-Даби (Закона № 3 (1970)), допускавших уплату процентов при погашении займа, что формально противоречит нормам шариата. Орган конституционного контроля указал, что в соответствии с Законом № 6 (1978) о создании федеральных судов данные органы правосудия при принятии решений обращаются к шариату, а также федеральным и иным действующим законам при соблюдении всех статей указанного акта, в том числе положения о сохранении в силе процессуальных правил, которые применялись на момент принятия данного Закона. Этому не противоречит ст. 7 Конституции ОАЭ, признающая шариат главным источником законодательства, поскольку законодатель последовательно идет к данной цели, о чем свидетельствует формирование комиссий по разработке законодательства, почерпнутого из шариата. Такой курс не может оцениваться негативно из-за того, что он проводится в жизнь осмотрительно и без риска причинения вреда движению к конечной цели.

Одновременно Федеральный верховный суд отметил, что в его компетенцию входит оценка соответствия действующего законодательства Конституции, а не шариату.

¹⁵ См.: Там же. С. 99–107.

В этом отношении следует различать законодательство, принятое до и после вступления в силу Конституции. Все законы, введенные в действие ранее этого момента (к ним относится и указанный Кодекс), в соответствии со ст. 148 Конституции подлежат соблюдению до их официальной отмены или изменения. Это касается и законодательства, противоречащего нормам шариата, поскольку в то время, когда оно принималось, шариат не был признан главным его источником. Такие акты были легитимными и конституционными в момент их принятия. Согласно Конституции, они продолжают действовать, несмотря на противоречие шариату. Приведение их в соответствие с Конституцией — в том числе и с нормой о признании шариата главным источником законодательства — является исключительной прерогативой законодателя¹⁶. В дальнейшем Федеральный верховный суд вынес около 10 решений по искам о признании неконституционными законов, вступивших в силу до принятия Конституции (1971) и противоречащих шариату. Во всех случаях орган конституционного контроля отказал в удовлетворении исков, почти дословно воспроизводя свою позицию, сформулированную в рассмотренном выше решении¹⁷.

Толкование Верховным конституционным судом Египта шариата как ведущего источника законодательства

Интересно сравнить опыт судебного толкования шариата как источника законодательства в ОАЭ с практикой тех арабских стран, которые прибегают к иной модели закрепления статуса шариата в качестве источника законодательства. Их конституции при описании соотношения между ними употребляют термин «главный источник» с определенным артиклем.

О принципиальном значении, которое может иметь этот нюанс, свидетельствует опыт Египта, где с 1960-х гг. неоднократно создавались комиссии для формулирования принципов шариата и систематизации его норм, которые должны быть положены в основу законодательства страны. В 1966 г. при Высшем совете по исламским делам была образована исследовательская комиссия по установлению принципов шариата. Она подготовила ряд научных трудов, посвященных вопросам кодификации фикха. В 1970 г. Центр исламских исследований Аль-Азхара — крупнейший в мусульманском мире исламский образовательный и исследовательский комплекс сформировал Комиссию систематизации шариата. Результатом ее деятельности явилась публикация книг, представляющих собой доктринальную кодификацию норм фикха относительно договора купли-продажи по четырем суннитским толкам фикха: маликитскому, ханафитскому, шафиитскому и ханбалитскому.

В 1971 г. вступила в силу Конституция Египта, которая действовала вплоть до смены режима президента Мубарака в 2011 г. Впервые в истории страны она провозгласила принципы шариата главным источником (без определенного артикля) законодательства. Во исполнение этой нормы в 1972 г. в состав законодательной комиссии Народного собрания (парламента) были введены три шейха — знатока шариата и фикха из Аль-Азхара. Предполагалось, что они будут контролировать соответствие всех законопро-

¹⁶ См.: Там же. С. 75–87.

¹⁷ См. об этом: Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan. The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a // Arab Law Quarterly. Vol. 11, N 3. 1996. P. 219–244.

ектов принципам шариата. Однако в течение ряда лет эти нововведения не отражались на состоянии египетского права, чему в немалой степени способствовало ограничительное толкование указанной конституционной нормы. В 1970-х гг. египетские власти вкладывали в конституционное положение о статусе принципов шариата как главного источника законодательства узкий смысл и не были склонны к исламизации правовой системы. Все же некоторые формальные меры в данном направлении принимались. Так, в 1975 г. министр юстиции принял решение о создании Высшей комиссии совершенствования законодательства на основе норм шариата. Она действовала до середины 1978 г. и подготовила ряд законопроектов для Народного собрания, которое в декабре того же года сформировало специальную Комиссию по кодификации норм шариата. Такая активность свидетельствовала о намерении властей готовить почву для превращения указанных норм в действующее право.

Решающим шагом в этом направлении явился проведенный в мае 1980 г. референдум об изменении Конституции. По его итогам в ст. 2 основного закона к словам «главный источник» был добавлен определенный артикль, что придало принципам шариата значение ведущего источника законодательства. Понимание юридического смысла такой модификации, а также правовое содержание термина «источник» последовательно отражается в египетской судебной практике, прежде всего в решениях органа конституционного контроля — Верховного конституционного суда (ВКС). В частности, рассматривая иск об обоснованности требования уплатить проценты за просрочку предоставления средств на содержание семьи, ВКС отметил, что такой порядок установлен ст. 226 Гражданского кодекса (1948), который вступил в силу задолго до принятия Конституции (1971). На этом основании получение процентов нельзя считать неконституционным, хотя такая практика и запрещена шариатом, принципы которого Конституция объявила главным источником законодательства лишь в 1980 г. Поэтому и указанная статья Кодекса является конституционной¹⁸.

Сходные аргументы Верховный конституционный суд привел при решении вопроса о конституционности ст. 317 Уголовного кодекса Египта (1937), согласно которой за хищение полагается лишение свободы. Отмечалось, что такая санкция, действительно, не соответствует шариату, предусматривающему за данное преступление отсечение руки. Поэтому она формально противоречит конституционному положению о признании принципов шариата главным источником законодательства. Суд, однако, обратил внимание на два обстоятельства. Во-первых, подчеркивалось, что указанная статья Конституции не распространяется на ранее принятое законодательство (к нему относятся и Уголовный кодекс), которое даже при расхождении с нормами шариата является конституционным и подлежащим применению судами. Во-вторых, ВКС заявил, что положение Конституции о статусе принципов шариата как главного источника законодательства адресовано только законодателю, который обязан учитывать содержащееся в нем ограничение в своей последующей нормотворческой деятельности, и не может быть основанием отказа суда применить какую-либо статью действующего закона¹⁹.

Примерно за 15 лет, прошедших после изменения Конституции Египта в 1980 г. и признания шариата ведущим источником законодательства, ВКС вынес более двух десятков решений, в которых воспроизводилась приведенная выше аргументация. Ее основу составляет обоснование принципов шариата, указанных в ст. 2 Конституции, как материального (исторического) источника права, а также вывод, что данное конститу-

¹⁸ См.: Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир, 1987. С. 215–224 (на араб. яз.).

¹⁹ См.: «Аль-Джарида ар-Расмийа». Каир, 14.04.1988.

ционное положение адресовано законодателю, а не судье²⁰. Однако такая позиция нашла поддержку не у всех судей. Например, Махмуд Абдель Хамид Гирав в качестве председателя суда первой инстанции с 1980 по 1985 г. вынес более 30 решений, основанных на нормах шариата вместо действующего законодательства, касающегося, в частности, употребления алкогольных напитков, убийства и причинения телесных повреждений, процентов за просрочку погашения долга. Многие из этих решений обосновывались ссылкой на ст. 2 Конституции, признавшую принципы шариата ведущим источником законодательства.

Все такие судебные решения не вступили в силу. Большинство из них было отклонено на стадии апелляции. Четыре раза суд приостанавливал процесс и обращался в ВКС с просьбой дать оценку подлежащего применению закона с точки зрения его соответствия указанному конституционному положению. Всякий раз орган конституционного контроля отказывал в удовлетворении иска и подтверждал, что ст. 2 Конституции говорит о принципах шариата как материальном источнике права и обращена к законодателю, а не к суду²¹.

Такая позиция органа конституционного контроля остается в силе и после смена режима в Египте в 2011 г. В настоящее время в стране действует Конституция 2014 г., ст. 2 которой повторяет формулировку Конституции 1971 г. в редакции 1980 г. и объявляет принципы шариата ведущим источником законодательства. Преамбула Конституции также воспроизводит данное положение и подчеркивает, что его толкование содержится в решениях ВКС. Однако египетский законодатель следует такому толкованию лишь частично. Конечно, он следит за тем, чтобы вновь принимаемое законодательство формально не противоречило принципам шариата, но не спешит с приведением ранее принятых законов в соответствие с ними. В итоге в стране сохраняется действие немало числа позитивных правовых норм, противоречащих шариату.

Напрашивается вывод, что положение шариата в правовых системах арабских стран жестко не зависит от конституционной формулы закрепления его в качестве источника законодательства. Например, Конституция Египта говорит о принципах шариата, выбрав грамматически определенную форму слов «ведущий источник законодательства». Причем, как уже отмечалось, этому языковому нюансу придается серьезное юридическое значение. Но в правовой системе этой страны шариатские нормы занимают значительно более скромные позиции, нежели в ОАЭ, где при характеристике статуса шариата термин «главный источник законодательства» используется в арабском оригинале текста Конституции без определенного артикля. Дело в том, что здесь такое конституционное положение реализуется вместе с предписаниями текущего законодательства, которые придают нормам шариата статус юридического источника права.

Вместе с тем роль шариата в правовой системе той или иной арабской страны определяется не только нормами законодательства, включая конституцию, но главным образом общей направленностью правовой политики. Именно она нередко наполняет разным содержанием практически совпадающие статьи конституций. Например,

²⁰ См. об этом: Mohamed El-Molla. Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt // Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999; Vogel F. Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999; Hatem Aly Labib Gabr. The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court / Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt. Ed. by K. Boyle and A. Sharif. London, 1996. P. 217–227.

²¹ См.: Махмуд Абдель Хамид Гирав. Исламские нормы как осуждение позитивных законов. Каир, 1986. 455 с. (на араб. яз.).

Основной низам (закон) Султаната Оман (1996) признает шариат основой законодательства. Близкое по смыслу положение закрепляет Конституция Йемена (1991) (с последующими дополнениями и изменениями), которая провозглашает исламский шариат источником всего законодательства. Однако между правовыми системами обеих стран имеются глубокие различия. Если Йемен относится к числу арабских стран, где позиции шариата в правовом развитии наиболее прочны, то Оман, наоборот, отличается широким заимствованием западных образцов законодательства.

Специфика роли шариата как источника права в Саудовской Аравии и Ливии

Связь между закреплением шариата как источника законодательства и приоритетами правовой политики целесообразно проследить на примере Саудовской Аравии и Ливии. Выбор этих стран объясняется заметными особенностями места шариата в их правовом развитии. Саудовская Аравия позиционирует себя как хранителя исламских устоев и строгого последователя шариатских норм в их традиционной форме. Ливия была первой арабской страной, которая в 1970-х гг. встала на путь исламизации правовой системы (ранее ориентировавшейся на европейский опыт) и кодификации выводов фикха.

Нормативно закрепленный статус шариата в Саудовской Аравии контрастирует с опытом остальных арабских стран. В Основном низаме о власти Королевства говорится, что Коран и Сунна Пророка Мухаммада стоят выше всех низамов, включая и сам этот акт (ст. 7). Данный документ гласит, что государство претворяет шариат, реализует предписания Аллаха и предотвращает запрещенное им (ст. 23). Установлено, что все низамы принимаются в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67). Источниками всех выносимых фетв объявлены Коран и Сунна (ст. 45). При рассмотрении дел суды Королевства применяют нормы шариата согласно Корану и Сунне, а также низамы, которые не противоречат шариату (ст. 48). Указанный конституционный акт упоминает солидарную ответственность Совета министров и всех его членов за претворение шариата и низамов (ст. 57).

Такие предписания позволяют сделать вывод, что в Саудовской Аравии закреплен принцип верховенства шариата по отношению к действующему в стране законодательству, источником которого он сам и является. Предусмотренные в Основном низаме положения о шариате характеризуют содержание правовой системы Королевства, которая опирается на шариат как на незыблемую основу всего законодательства, критерий допустимости принятия любых нормативно-правовых актов. Одновременно шариат здесь является юридическим источником права и пользуется приоритетом перед законодательством. Такая иерархия закрепляется низамами относительно судебной системы и правил судебного процесса. Так, Низам о правосудии Саудовской Аравии (2007), закрепляя независимость судей, предусматривает, что их деятельность в судебной сфере находится под властью только шариата и соответствующих низамов (ст. 1). Установлено, что верховный суд осуществляет контроль над правильностью применения норм шариата и принимаемых властью низамов, которые им не противоречат (ст. 11). Низам о гражданском процессе (2013) предписывает судам при рассмотрении дел применять нормы шариата, основанные на Коране и Сунне Пророка, а также принятые властью низамы, не противоречащие этим священным источникам (ст. 1). Точно такое же положение содержат принятые в 2013 г. низамы об уголовном процессе и процессе, применяемом в ведомстве жалоб (административном суде).

Обратимся к опыту Ливии, где после смены режима роль Конституции играет Конституционная декларация, обнародованная в августе 2011 г. Этот документ первоначально провозглашал шариат ведущим источником законодательства, причем термин «ведущий источник» использовался с определенным артиклем. В ноябре 2012 г. Национальный переходный совет, тогда высший орган власти в стране, рекомендовал будущему парламенту — Высшему народному конгрессу — исходить из того, что шариат является ведущим источником законодательства. Одновременно было подчеркнуто, что вопрос не подлежит вынесению на референдум, поскольку указанный статус шариата относится к неизменным основам мусульманского общества.

Осенью 2013 г. приказом министра юстиции была образована Комиссия по инвентаризации действующего законодательства и разработке предложений по приведению его в соответствие с точно установленными нормами и основными принципами шариата, а в декабре 2013 г. министерство юстиции опубликовало своеобразный документ, посвященный претворению норм шариата. В нем говорится, что данные нормы стоят над законодательством, имеют надконституционный характер и пользуются приоритетом в деятельности органов правосудия и в процессе правоприменения. Более того, министерство призвало всех «справедливых судей» Ливии выполнять функцию контроля над отказом применять любые нормы закона, которые утверждают притеснение и входят в столкновение с их религиозными убеждениями и принципами справедливости, защищаемыми шариатом.

Следует также отметить разработанный в 2014 г. проект Конституции страны, который в ст. 5 предусматривает, как и первоначальный текст Конституционной декларации, что шариат является ведущим источником законодательства. Вместе с тем нельзя пройти мимо внесенного в Конституционную декларацию в мае 2015 г. изменения. Теперь ст. 1 этого документа не ограничивается провозглашением шариата ведущим источником законодательства, но гласит, что любое законодательство, принятое с нарушением норм и целей шариата, считается недействительным.

Такие нормативные предписания не остаются пустым лозунгом. Они отражают решимость ливийских властей идти по пути последовательной исламизации правовой системы. Это подтверждает принятое в апреле 2016 г. заявление Всеобщего народного конгресса, в котором перечислены шаги в данном направлении. Среди них — развитие законодательства о завещании, ростовщичестве, браке и разводе, недвижимости, денежной компенсации за убийство и наказании за совершение данного преступления по принципу талиона, финансировании и инвестициях, исламских ценных бумагах и банках, охране общественной нравственности, краже и разбое, внебрачных сексуальных отношениях и ложном обвинении в совершении данного преступления. Эти законодательные меры привели к тому, что в нынешней правовой системе Ливии шариат играет даже более заметную роль, чем во времена М. Каддафи, когда в сфере исламизации права страна стала пионером арабского мира.

Анализ позволяет заключить, что место шариата в правовом развитии современных арабских стран зависит от многих факторов. Однако в целом в наши дни роль шариата здесь определяется преимущественно законодателем, в первую очередь, на конституционном уровне. В этом отношении изучение конституционного статуса шариата как источника законодательства приобрело особое научное и практическое значение.



Библиография

Авад Мухаммад Авад. Задачи арабского законодателя в свете конституционных статей, признающих исламский шариат источником законодательства // Дирасат кануниййа. Бенгази, 1973. № 3. С. 11–13 (на араб. яз.).

Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир: б. и., 1987. 264 с. (на араб. яз.).

Джаббур Ж. Арабизм и проявления приверженности иным ценностям в современных конституциях арабских стран. Дамаск: б. и., 1976. 121 с. (на араб. яз.).

Ибрахим Дуэдж ас-Сабах. Исламская легитимность и конституционная законность. Каир: Дар аш-шурук, 2000. 366 с. (на араб. яз.).

Махмуд Абдель Хамид Гираб. Исламское нормы как осуждение позитивных законов. Каир: Дар ал-итисам, 1986. 455 с. (на араб. яз.).

Мухаммад аз-Зухейли. Права человека в исламе. Сравнительное исследование. Дамаск — Бейрут: Дар Ибн Касир, 1997. 455 с. (на араб. яз.).

Решения Федерального верховного суда Египта. 1973–2013. 336 с. // URL: http://ejustice.gov.eg/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (на араб. яз.) (дата обращения: 01.11.2016)

Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1. С. 97–106.

Сюкияйнен Л.Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.

Сюкияйнен Л.Р. Исламское уголовное право: от традиционного к современному // Российский ежегодник уголовного права. 2008. № 2. С. 571–596.

Управление фетв и законодательства. Собрание кувейтского законодательства. Ч. 5. Кувейтская конституция, Пояснительная записка и иные законы. Эль-Кувейт: б. и., 1994. 327 с. (на араб. яз.).

Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan. The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a // Arab Law Quarterly. 1996. Vol. 11. N 3. P. 219–244.

Hatem Aly Labib Gabr. The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court / Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt. Ed. by K. Boyle. London, 1996. P. 217–227.

Mohammed El-Molla. Islamic Sharia and Constitutional Interpretation in Egypt / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999. P. 507–524.

Vogel F. Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999. P.525–544.

Constitutional Status of Sharia as Main Source of Legislation in Arabic Countries



Leonid Syukiyaynen

Professor, Department of Theory and History of Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: Lsukiayinen@hse.ru



Abstract

The article touches upon the analysis of the constitutions of Arabic countries in terms of the status of Sharia as a source of legislation as well as practice of their interpretation by organs of constitutional control. The constitutions of practically all the mentioned countries declare Islam as a religion of the state. Arabic lawyers understand this principle in a different way. According to the prevailing view, the assertion of Sharia role in the legal system demands its constitutional recognition as a source of legislation. This status is fixed in Arabic constitutions in different forms. Some of them provide for Sharia as a main source of legislation using in original text in Arabic the term *main source* in indefinite form without *al* article. Some countries have already acquired legal practice of interpretation of these constitutional norms while solving claims on legislation which contradicts Sharia and its conformity

with constitution. For example, the Federal Supreme Court of the UAE concluded that constitutional provision about Sharia as a main source of legislation is addressed to the legislature and not to the judicial bodies. That is why Sharia is to be understood as a material or historical source of law. At the same time on the basis of the given constitutional norm together with provisions of laws about judicial power, the organ of constitutional control of UAE justified the possibility of direct implementation of Sharia norm as an official source of law. Egypt has acquired its own experience of constitutional assertion of Sharia status. The Constitution of 1971 initially considered the principles of Sharia as a main source of legislation. However, after an amendment adopted as a result of referendum held in 1980, the modified constitution provided for these principles as the leading source of legislation. The Supreme Constitutional Court decided that this constitutional provision was addressed to the legislature. As for contradicting Sharia laws which had been adopted before the mentioned amendment took place, they are still in force and confirmative to the constitution as Sharia was not considered to be the leading source of legislation at that time. The role of Sharia as source of law has its own features in both Saudi Arabia and Libya. In general, the place Sharia occupies in the legal development of contemporary Arab countries depends upon a number of factors but its role is determined mainly by legislature and first of all at the constitutional level.



Keywords

Islam, Sharia, fiqh, constitution, Arabic countries, legislation, source, court, constitutional control, legal system.

Citation: Siukiyainen L.R. (2016) Constitutional Status of Sharia as Main Source of Legislation in Arabic Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 205–222 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.205.222



References

Avad Mukhammad Avad (1973) Zadachi arabskogo zakonodatelya v svete konstitutsionnykh statey, priznayushchikh islamskiy shariat istochnikom zakonodatel'stva [Objectives of Arab Legislator under Constitutional Provisions on Sharia as a Source of Law]. *Dirasatkanuniyya*. Bengazi, no 3, pp. 11–13 (in Arabic)

Arabskaya Respublika Egipet. Verkhovnyy konstitutsionnyy sud [The Arab Republic of Egypt]. Cairo: n. p., 1987, 264 p. (in Arabic)

Az-Zukheyli M. (1997) *Prava cheloveka v islame. Sravnitel'noe issledovanie* [Human Rights in Islam]. Damask–Beyrut: Dar al-kalim at-tayyib, Dar Ibn Kasir, 455 p. (in Arabic)

Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan (1996) The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a. *Arab Law Quarterly*, vol. 11, no 3, pp. 219–244.

Dzhabbur Zh. (1976) *Arabizm i proyavleniya priverzhennosti inym tsennostyam v sovremennykh konstitutsiyakh arabskikh stran* [Arabism and Values in the Modern Arab Constitutions]. Damask: n. p., 121 p. (in Arabic)

Duedzhas-Sabakh I. (2000) *Islamskaya legitimnost' i konstitutsionnaya zakonnost'* [Islamic Legitimacy and Constitutional Legislation]. Cairo: Dar ash-shuruk, 366 p. (in Arabic)

Girab M. A. Kh. (1986) *Islamskie normy kak osuzhdenie pozitivnykh zakonov* [Islamic Norms as Disapproval of Positive Laws]. Cairo: Dar al-itsam, 455 p. (in Arabic)

Hatem Aly Labib Gabr (1996) The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court. *Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*. Ed. by K. Boyle and A. O. Sharif. London: Murray, pp. 217–227.

Murray J., El-Molla M. (1999) Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt. *Democracy, the Rule of Law and Islam*. The Hague: Kluwer, pp. 507–524.

Resheniya Federal'nogo verkhovnogo suda. (2014) 1973–2013 [Decisions of the Federal Supreme Court]. 336 p. Available at: URL: http://ejustice.gov.ae/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (accessed: 01.11.2016).

Syukiyaynen L.R. (2007) Islamskoe pravo: vzaimodeystvie yuridicheskogo i religioznogo nachal [Islamic Law: Interaction of Religious and Legal Origins] *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii*, vyp. 1, pp. 97–106.

Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe pravo v pravovykh sistemakh musul'manskikh stran: ot doktriny k zakonodatel'stvu [Islamic Law in the Modern Legal Systems of Muslim Countries: From Legal Doctrine to Legislation]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 97–109.

Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe ugovnoe pravo: ot traditsionnogo k sovremennomu [Islamic Criminal Law: Tradition and Modernity]. *Rossiyskiy ezhegodnik ugovnogo prava*, no 2, pp. 571–596.

Upravlenie fetv i zakonodatel'stva (1994) Sobranie kuveytskogo zakonodatel'stva. Ch.5. Kuveytskaya konstitutsiya, Poyasnitel'naya zapiska i inye zakony [Fatwah and Legislations]. El'-Kuveyt: n. p., 327 p. (in Arabic)

Vogel F.E. (1999) Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison. *Democracy, the Rule of Law and Islam*. The Hague: Kluwer, pp. 525–544.

Правовая природа современной компании



С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного управления Президента Российской Федерации. Адрес: 103132, Российская Федерация, Москва, Старая Площадь, 8/5. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Аннотация

В статье рассматривается концепция компании как создателя не только корпоративного блага («акционерной стоимости»), но и общественного (социального) блага. Механизм «благого управления» позволяет учитывать интересы акционеров, совета директоров, сотрудников и общества, достигая конечной эффективности: увеличивая стоимость активов в перспективе (благополучие собственников), а также выполняя общественно-полезную функцию (социальная ответственность перед обществом). Целью статьи является рассмотрение компании через призму создателя блага, путем внедрения механизма благого управления (принципа командного производства). Командное производство подразумевает акт взаимного сотрудничества в атмосфере доверия, взаимной поддержки, с учетом стимулирования участников при решении долгосрочных задач в компании (акционер — правление — сотрудник). Одной из особенностей достижения эффективности принципа командного производства является проведение общих собраний учредителей (акционеров) в рамках действующего корпоративного законодательства с учетом интересов как акционеров, так и членов совета директоров. Другими словами, участник компании осознает не только персональную и командную ответственность при реализации поставленных вопросов. Кроме того, в работе рассмотрен механизм «блокирования активов» (lock-in), с помощью которого можно сдерживать «аппетиты», связанные с изъятием активов из компании со стороны акционеров с краткосрочными интересами. При решении задач, связанных с благом управлением, компания неизбежно сталкивается с агентскими конфликтами между собственниками и руководством. Поскольку у каждого заинтересованного участника имеются экономические интересы, возникают данные конфликты. В результате таких разрушительных конфликтов происходит разрушение корпоративного и социального блага. Другими словами, компания не служит интересам общества, а, напротив, разрушает представление о своей полезности, выступая в роли «монстра Франкенштейна» (создавая мошеннические схемы с целью неуплаты налогов, сокращая штат сотрудников). Автор стремится показать компанию как создателя и справедливого распределителя корпоративных и социальных благ в долгосрочной перспективе (сберегательная и инвестиционная технологии), в том числе с использованием механизма благого управления.



Ключевые слова

совет директоров, благое управление, агентский конфликт, корпоративное благо, социальное благо, акционер, менеджмент, контроль.

Библиографическое описание: Луценко С.И. Правовая природа современной компании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 223–236.

JEL: G30; G38; K12; K20; K22; K 42; УДК: 34

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.223.236

Концепция публичного акционерного общества состоит в объединении и накоплении финансовых ресурсов, в том числе за счет средств физических лиц — инвесторов, включая получения в будущем доходности на вложенный капитал (распределение акти-

вов) любыми способами (с учетом сопутствующих рисков)¹. Намерение акционера–инвестора, определяющего экономическую стратегию компании, направлено на ее развитие и капитализацию (роста биржевой стоимости акций), повышение эффективности корпоративного управления, снижение агентских затрат. Другими словами, собственник стремится создать корпоративное благо, плодами которого он намерен пользоваться в будущем². Под корпоративным благом следует понимать рост биржевой стоимости акции (максимизация благосостояния собственников), повышение качества корпоративного управления и инвестиционной привлекательности, и, в конечном счете, получение конкурентных преимуществ как на внутреннем, так и на внешнем рынках³.

Публичное акционерное общество должно быть подчинено не только корпоративным, но и общественным интересам. Деятельность организации необходимо оценивать в плоскости не только корпоративного, но и социального блага, т.е. справедливого распределения ресурсов в долгосрочной перспективе. Деятельность компании изучается с точки зрения благого управления, т.е. речь идет о том, что при определении интересов юридического лица следует учитывать, не только основную цель деятельности коммерческой организации — извлечение прибыли (п. 1 ст. 50 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ). Эффективное управление подразумевает соблюдение принципов разумности и добросовестности действий органов управления (менеджмента, совета директоров), в том числе непосредственное соблюдение ими императивных и иных условий, регулирующих отношения указанных органов, с целью исключения корпоративного конфликта. В своей деятельности органы управления руководствуются условиями уставных и иных внутренних документов общества, определяющих принципы разумности и добросовестности их поведения, учитывая полномочия по принятию тех или иных корпоративных и управленческих решений.

Для достижения качественного управления необходимо учитывать не только экономические интересы собственников и органов юридического лица, но и работников (служащих компании). Внутри компании необходимо создать конструкцию командного производства, которая будет базироваться на взаимном сотрудничестве и оценке вклада каждого участника (с учетом мотивации) в конечный результат компании.

Отдельно обратим внимание на правовую терминологию (толкование права с учетом позиции правоприменителя), которая используется в статье. Слово «закон» охватывает не только статуты, но и неписаное право, так как игнорирование прецедентного права (судебной практики) подрывало бы корни правовой системы государства. Действенность закона заключается в истолковании компетентными судебными органами в свете новых практических обстоятельств, и если бы суд не принимал во внимание судебную практику, он подорвал бы правовую систему континентальных государств⁴. Качество права должно идти в ногу с меняющимися обстоятельствами. Закон неизбеж-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28.01.2010 № 2-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 372-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 5.

³ См.: Постановление Конституционного Суда от 24.02.2004 № 3-П.

⁴ См.: Постановления ЕСПЧ от 25.11.1996 по делу «Уингроу против Соединенного Королевства», от 24.04.1990 по делу «Крюслен против Франции», от 26.04.1979 по делу «Санди Таймс против Соединенного Королевства».

но излагается в выражениях, которые в большей или меньшей степени неопределенны. Степень определенности определяется прецедентной практикой, что помогает избежать окаменелости национального законодательства.

В действующем законодательстве (ст. 53 ГК РФ) используется термин «орган юридического лица», при этом в состав этого органа может входить исполнительный (менеджмент) или коллегиальный орган юридического лица (наблюдательный совет/совет директоров). Исходя из цели и смысла существования совета директоров, он функционирует как промежуточное звено между акционерами и исполнительным органом общества для целей предотвращения конфликта интересов между менеджментом и акционерами, а также защиты интересов акционеров при возможных неблагоприятных действиях топ-менеджмента не в интересах акционеров⁵. В любом случае речь идет об органе управления или управленческом органе⁶.

Автор рассматривает сходство по своей сути корпоративных отношений (схожей корпоративной природе) в акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью⁷.

Целью эффективного корпоративного управления является не только рост акционерной стоимости активов (извлечение прибыли), но и создание социального блага (программы, направленные на улучшение здоровья общества, просветительская деятельность, реализация инфраструктурных проектов на условиях государственно-частного партнерства). В основе современной компании должны лежать механизмы благого управления в компании и принцип командного производства. В процессе хозяйственной деятельности компания связана обязательствами (социальными программами) с обществом. Организация подчинена не только собственным корпоративным интересам, но и социуму. В связи с этим интересна позиция Верховного Суда США⁸, который отметил, что публичному акционерному обществу в процессе хозяйственной (коммерческой) деятельности помимо основной ее цели (максимизация доходности от инвестиций акционеров) делегируются и обязательства (ответственность), связанные с обеспечением экономического благосостояния общества (создание социальных благ).

Другими словами, компания подчинена принципу командного производства — сотрудничества между участниками компании (прежде всего, между собственниками и органами управлениями) и государством (обязательная уплата налогов, участие в государственно-частном партнерстве и т.д.). Теперь целью деятельности компании становится не только максимизация стоимости активов, но и создание социальной полезности⁹. **В основу современной публичной компании должен быть положен меха-**

⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ от 11.02.2016 № 305-КГ15-19655 по делу № А40-164864/2014, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 08.06.2015 № 09АП-19872/2015 по делу № А40-164864/14.

⁶ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 11.01.2009 по делу № А43-5136/2008-23-112, Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 08.10.2014 № 06АП-4351/2014 по делу № А73-14014/2013, Постановление Второго арбитражного апелляционного суда от 11.09.2009 по делу № А31-3140/2009.

⁷ Постановление Конституционного Суда РФ от 21.02.2014 № 3-П.

⁸ См.: Решение Верховного Суда США от 21.04. 2010 по делу «Citizens United v. Federal Election Commission» // Available at: URL: <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-205.pdf> (дата обращения: 09.06.2015)

⁹ См.: Луценко С.И. Теория командного производства в корпоративном управлении: право на жизнь // Экономические стратегии. 2015. № 1. С. 123.

низм благого корпоративного управления. Данный термин заимствован из решения Европейского суда по правам человека¹⁰.

Под благим управлением применительно к корпоративному управлению понимается эффективное управление с учетом согласования интересов собственников и других участников (принцип командного производства), с использованием демократических процедур, которые будут направлены (имеются в виду интересы собственников) не только на повышение биржевой стоимости акций, но и на создание социального блага, в том числе для будущих поколений. Составляющей благого управления на уровне компании является механизм стимулирования работников компании в целях улучшения их благосостояния, усиление мотивации к добросовестному труду¹¹. В более широком смысле благим управлением является добросовестная реализация компанией общественно-полезной деятельности: уплата налогов и иных обязательных платежей в бюджет в полном объеме, поскольку исполнение масштабных социальных программ, осуществляемых государством, зависит от налоговых платежей компаний. *Уклонение от налогов нарушает принцип справедливого распределения социальных благ и освобождает от социальной ответственности собственников (акционеров) такой компании*¹².

В компании необходимо прививать принцип командного производства: эффективной совместной работы в рамках компании (собственник — менеджмент — работники); создание атмосферы доверия, взаимной поддержки и уважения в команде; реализация условий для осознания участниками личной и командной ответственности при решении задач, в том числе стратегического уровня; стимулирование участников на совместное достижение результатов. В условиях модели командного производства возможна реализация механизма благого управления.

У владельца пакета акций возникает естественное желание повысить доходность своих инвестиций, «возникает ожидаемое стремление проявлять интерес к судьбе своих вложений, то есть получать сведения о деятельности акционерного общества, проверять обоснованность собственных прогнозов относительно прироста цены акций, в том числе посредством анализа раскрываемых акционерным обществом документов, контролировать причитающийся по акциям доход (дивиденды) и т.п.»¹³. Иначе говоря, акционер публичной компании вынужден сотрудничать с другими участниками компании (менеджментом, советом директоров) с целью не только сохранения своих сбережений, но и гарантирования получения доходности от вложений в будущем (инвестирование в долгосрочные проекты).

Модель публичной компании можно рассматривать не только как сберегательную и инвестиционную технологию для граждан-инвесторов¹⁴, но и технологию, в кото-

¹⁰ См.: Постановление Европейского суда по правам человека от 15.09.2009 по делу «Москаль против Польши» // Бюллетень ЕСПЧ. 2010. № 1.

¹¹ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 07.07. 2011 № Ф09-2530/11 по делу № А76-15180/2010-38-335 // СПС КонсультантПлюс.

¹² См.: Постановление Европейского суда по правам человека от 20.09. 2011 по делу «ОАО «Нефтяная компания Юкос» против Российской Федерации» // Российская хроника Европейского Суда. 2012. № 3; Постановление ФАС Поволжского округа от 11.09.2001 № А06-110У-13К/2001 // СПС КонсультантПлюс.

¹³ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 18.06 2013 № 3221/13 по делу № А40-50320/12-138-470 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.08. 2014 № 09АП-28740/2014 по делу № А40-180936/13 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ См.: *Stout L. The Corporation As Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form* // Working Paper. Cornell Law School. 2015. P. 687.

рую может быть вживлен механизм благого управления и которая будет служить интересам будущих поколений, поскольку именно публичное акционерное общество дает возможность объединения ресурсов среди акционеров–инвесторов и их последующее инвестирование. Тем самым на практике реализуются долгосрочные инвестиционные проекты.

Однако существует ловушка. В частности, имеются акционеры в публичной компании, которые не преследуют долгосрочных интересов. Они желают изъять часть активов (например, в виде дивидендов из компании), не дожидаясь реализации долгосрочных проектов. Порой их действия, связанные с получением сиюминутных выгод, могут разрушить компанию¹⁵. Ввиду того, что акционеры наделены правом получения дивидендов, которые выплачиваются только когда это позволяет сделать законодательство и совет директоров объявит об их выплате¹⁶. М. Блэйр предложила механизм «блокирования активов» (lock-in). С помощью данного механизма компания может защитить свои активы от неумных appetites акционеров с краткосрочными интересами (от требований в отношении получения дивидендов в ущерб инвестирования данных средств в развитие компании). Другими словами, активы не могут быть изъяты по желанию собственников компании.

Поскольку акция, которой обладает собственник, является имущественным правом в компании, критерием его оценки служат чистые активы. Стоимость чистых активов общества фактически является тем показателем, по которому оценивается финансовое положение организации, стабильность ее положения на рынке определенных товаров (работ, услуг), рентабельность бизнеса, его привлекательность для покупателей, а также стоимость имущественного права участника на долю в обществе либо стоимость принадлежащих его акционерам акций. Более того, именно от величины чистых активов зависят цена акций компании и ее производная — уровень дивидендных выплат¹⁷. Акционер с краткосрочными интересами ориентируется на цену акций, с постоянным желанием изъятия активов из компании (в виде дивидендов).

В основу корпоративного управления положен принцип устойчивого развития компании и повышения отдачи от инвестиций в акционерный капитал в долгосрочной перспективе¹⁸. Современной публичной компании, возможно, стоит взять на вооружение механизм «блокирования активов» с целью достижения не только долгосрочных корпоративных интересов (изъятие заинтересованными акционерами активов из компании), но и служению обществу (создание социальных благ). В ином случае другие акционеры (незаинтересованные) будут лишены возможности принимать стратегические решения в отношении данных активов и получать выгоды¹⁹.

¹⁵ См.: Blair M. Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century // UCLA Law Review. 2003. Vol. 51. P. 388.

¹⁶ См.: Blair M., Stout L. A Team Production Theory of Corporate Law // Virginia Law Review. 1999. Vol. 85. P. 292.

¹⁷ См.: Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2013 по делу № А58-872/2013; Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 03.08.2012 по делу № А46-15554/2011 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ См.: Письмо Банка России от 10.04.2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40.

¹⁹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.11.2010 № 8366/10 по делу № А10-3714/2009 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 2.

Косвенно механизм «блокирования активов» заложен в конструкцию публичного акционерного общества, поскольку органы управления (совет директоров) помимо прочих властных полномочий контролируют деятельность компании в интересах акционеров, в том числе имеющих долгосрочные намерения²⁰. С другой стороны, как отмечает М. Блэйр, чрезмерный уровень контроля собственников органа управления в отношении «блокирования активов» создает ситуацию, связанную со злоупотреблениями управленческими полномочиями. Концентрация контроля исключительно в руках руководства может привести к серьезным разногласиям между интересами различных участников в отношении будущего развития корпорации²¹.

Конституционный Суд Российской Федерации в своем Постановлении²² сформулировал правило бизнес-решения в отношении руководства компании (менеджмента, совета директоров). В частности, он заключил, что органы управления обладают самостоятельностью и широкой дискрецией при принятии решений. Суд встал на защиту решений руководства компании (даже при наличии в них деловых просчетов менеджмента).

Тем самым руководству публичной компании оставляется карт-бланш при формировании стратегии компании, принятии управленческих решений. Зачастую руководство, используя данное правило как гарантию своей защиты, стремится вывести из компании наиболее ликвидные активы (денежные средства) с использованием различного рода искусственных вексельных обязательств; путем создания подконтрольных компаний, которые получали бы значительную часть выведенных из компании активов; путем совершения сделок с заинтересованностью с использованием аффилированных лиц, обременяя долговыми обязательствами основную (материнскую) компанию без соразмерного встречного имущественного предоставления²³.

Создание корпорации как творца благ требует усилий. Прежде всего необходимо ограничить постоянное желание собственников, которые преследуют краткосрочные интересы, извлекать из компании активы²⁴. Возможность организации аккумулировать финансовые ресурсы и «блокировать активы» позволит оградить себя от необоснованных (авантюристических и нетерпеливых собственников), порой завышенных аппетитов со стороны акционеров. В результате компания в лице совета директоров получит необходимую технологию — сбережения и инвестирование в долгосрочные проекты. Представленная позиция относительно ограничения действий со стороны собственников с краткосрочными интересами направлена на поощрение тех акционеров, которые инвестируют в компанию, на защиту акционеров друг от друга, расширение диапазона возможностей выбора экономических проектов, а также создание гарантий для собственников на право доступа к корпоративным благам в будущем.

²⁰ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18.01.2011 № 8-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2011. № 6.

²¹ См.: Blair M., Stout L. Op. cit. P. 284-285.

²² См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.2004 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

²³ См.: Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.03.2015 № Ф04-7265/2010 по делу № А46-19160/2008; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 16.04.2015 № 17АП-11577/2009-ГК по делу № А50-2691/2009; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 11.03.2015 № 09АП-1936/2015 по делу № А40-184175/2013 // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ См.: Blair M. Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century // UCLA Law Review. 2003, vol. 51, p. 402; Hansmann H., Kraakman R. The Essential Role of Organizational Law // Working Paper. Harvard Law School. 2000. P. 6, 13.

На защиту данной позиции косвенно встал Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ)²⁵, который отметил, что недопустимо, когда в результате сделки заинтересованных собственников, имеющих краткосрочные интересы, извлекаются активы из компании, в результате чего незаинтересованные акционеры с долгосрочными интересами лишаются права принимать управленческие решения в будущем в отношении данных активов и получать выгоды от его использования в своих интересах. В постановлении ВАС РФ фактически рисует корпорацию как творца не только корпоративных, но и социальных благ, поскольку правоприменитель четко указывает на учет интересов незаинтересованных акционеров, реализуя на практике принцип командного производства — взаимного сотрудничества (защищая собственников друг от друга), производной которого является социальная полезность.

Национальный правоприменитель формулирует критерий реализации технологии сбережения и инвестирования в долгосрочные проекты. Акционерные общества имеют своей целью «объединение капиталов», при этом предполагается, что все акционеры должны действовать слаженно, соблюдая правила корпоративной этики, осуществляя свою деятельность на доверии в целях создания стабильной работы предприятия. Создание ситуации, при которой возникают внутрикорпоративные конфликты, когда одни акционеры необоснованно получают приоритеты, является недопустимым²⁶. Для того, чтобы компания стала творцом корпоративных и социальных благ, необходимо, чтобы ее собственники были подчинены долгосрочным интересам компании, действовали на фидуциарной основе друг с другом (принципы взаимного сотрудничества и доверия) и не допускали необоснованного изъятия активов из компании (на условиях привилегированного положения).

Необходимо обратить внимание еще на одну интересную особенность при реализации концепции компании как творца. Получая широкие полномочия по управлению компанией (контроль над корпоративными активами), формированию экономической стратегии, ее органы стремятся использовать дискрецию в собственных экономических интересах. Орган управления решает, какие сделки в компании проводить, каким сотрудникам установить более высокие вознаграждения, сколько заплатить налогов государству, кто получит преимущества и привилегии²⁷.

Одним из критериев эффективности командного производства является легитимное проведение общих собраний учредителей с использованием демократических процедур (без нарушений интересов участников, членов совета директоров)²⁸. На практике, напротив, возникают вопиющие нарушения, связанные с проведением общих собраний. В частности, искусственное ограничение участия членов совета директоров при проведении собраний ввиду отсутствия в законодательстве четко прописанных норм (без уведомления членов совета). Следует обратить внимание, что правоприменитель выработал термин «корпоративное собрание», который является синонимом термина «общее собрание участников»²⁹.

²⁵ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 02.11.2010 № 8366/10 по делу № А10-3714/2009 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 2.

²⁶ См.: Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 29.07.2013 № 15АП-9813/2013 по делу № А53-3054/2013 // СПС КонсультантПлюс.

²⁷ См.: *Stout L. The Corporation As Time Machine...* P. 693.

²⁸ См.: *Smith H. The Shareholders vs. Stakeholders Debate* // MIT Sloan Management Review. 2003. Vol. 44. P. 85–90.

²⁹ См.: «Обобщение судебной практики рассмотрения дел, связанных с применением судами законодательства, устанавливающего особенности регулирования труда отдельных категорий работников

Национальный правоприменитель, защищая нарушенные интересы членов совета директоров, исходит из следующих обстоятельств. Орган управления (совет директоров) определяет экономическую стратегию развития публичной компании. Внутренний локальный акт компании, регламентирующий порядок деятельности совета директоров, не должен создавать препятствий в осуществлении членами совета директоров их деятельности, фактически затруднять и ограничивать их право на участие в принятии решений. Согласно Постановлению Президиума ВАС РФ³⁰ отсутствие специальных указаний в действующем законодательстве о порядке организации деятельности совета директоров не исключает необходимости соблюдения требований добросовестности, разумности и справедливости. Другими словами, в случае отсутствия нормы права, компания может руководствоваться обычаем — правилом, сформировавшимся и широко применяемым не в конкретном юридическом лице, а в той или иной сфере деятельности. Такого обычая, как проведение заседаний совета директоров без уведомления его членов о времени, месте и повестке дня и без их заблаговременного информирования о повестке дня, не существует. Эти требования сформулированы в «Кодексе корпоративного управления» и являются также требованиями добросовестности, разумности и справедливости, которые в данном случае не были соблюдены, тем более, когда в компании имеет место корпоративный конфликт³¹.

Кроме того, действия членов совета директоров по препятствованию участия других членов в общем собрании нарушают не только право и интересы данного лица, но и акционера, поскольку не соблюдается соблюдение корпоративной процедуры принятия объективных управленческих решений³². Особенно наглядной выглядит ситуация, когда неизвещение члена совета директоров, который не заинтересован в разрушении «акционерной стоимости», приводит к принятию решения остальными членами «кейсно» (нарушая интересы не только данного члена, но и права акционера на управление компанией) по фактически «разблокированию активов» (неправомерному изъятию из компании имущества) и использованию в личных интересах. Тем самым разрушается сама концепция компании как творца, собственника, который делегировал полномочия по охране данного имущества («блокированию активов») совету директоров³³.

Тем не менее, как отмечает Э. Элхог³⁴, совет директоров способствует развитию корпорации, он наделен фидуциарными обязанностями должной заботливости и лояльности, является более компетентным, имеет доступ к более детальной информации о корпорации, чем акционеры. Кроме того, его действия и поступки наблюдаемы и контролируются со стороны собственников.

в 2012–2014 годах» (подготовлено Волгоградским областным судом 26.06.2015); Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 20.11.2012 по делу № А42-2053/2010; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.07.2010 по делу № А08-9094/2009-30.

³⁰ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 27.04.2010 № 67/10 по делу № А40-13353/09-158-149 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 8.

³¹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 24.02.2015 № 09АП-57363/2014 по делу № А40-103005/13 // СПС КонсультантПлюс.

³² См.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 22.04.2015 № 13АП-2956/2015 по делу № А56-53836/2014 // СПС КонсультантПлюс.

³³ См.: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 02.02.2015 № 08АП-14369/2014 по делу № А70-10398/2014 // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ См.: *Elhaug E. Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest* // *New York University Law Review*. 2005. Vol. 80. P. 829.

Позиция Э. Элхога корреспондирует с позицией национального правоприменителя, который отмечает, что именно совет директоров компании в соответствии со своими полномочиями определяет стратегию развития компании, поскольку для этого требуются профессиональная квалификация. Специальный орган публичной компании — совет директоров избирается на общем собрании акционеров. В соответствии с законодательством совет директоров осуществляет общее руководство деятельностью общества, имеет широкие полномочия и несет ответственность за ненадлежащее исполнение своих обязанностей. Деятельность членов совета директоров в интересах общества требует доверия к ним со стороны акционеров и, следовательно, исключения возможности оказания какого-либо постороннего влияния на члена совета директоров с целью спровоцировать его на совершение действия или принятие решения в ущерб указанным интересам. Таким образом, совет директоров в целях инвестиционной привлекательности добровольно распространил на свою деятельность правила корпоративного поведения и осознано принял обязательство действовать исключительно в интересах акционеров и компании, но не как самостоятельного юридического лица³⁵. Действия совета директоров должны быть ориентированы на положительный результат деятельности компании (положительную динамику капитализации компании, финансовую независимость, рост благосостояния ее собственников в будущем)³⁶.

Чтобы совет директоров действовал в интересах собственников компании, его необходимо стимулировать. Речь идет не только о создании справедливого вознаграждения, привязанного исключительно к результатам деятельности компании. Риск схемы вознаграждения за результат деятельности компании (например, рост капитализации активов), заключается в том, что добросовестные члены совета директоров становятся перед искушением получить часть активов компании, переходя черту законности. Возникает явление под названием «когнитивный диссонанс», т.е. несогласованность (непоследовательность) между убеждениями и фактическим поведением члена совета директоров³⁷.

Кроме того, как отмечает Л. Стаут³⁸, схема, основанная на вознаграждении за результат, вытесняет элементы бескорыстности (добросовестности): доверие, ответственность, альтруизм. Это связано с тем, что материальные стимулы начинают превалировать над социальным сигналом (социальный сигнал ориентирует, как аналогичный руководитель в схожих условиях будет действовать в согласии со своей совестью), провоцируя экономический эгоизм и агентский конфликт. Тем самым вознаграждение вместо того, чтобы мотивировать члена совета директоров совершить полезное действие, неизбежно вызовет сигнал — ожидание со стороны акционера эгоистического поведения члена совета директоров.

В любом случае агентский конфликт между акционером-принципалом и руководством компании (менеджмент, совет директоров) — агентом разрешим, когда происходит четкое разделение права собственника на экономические интересы и его

³⁵ См.: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 19.10. 2009 № 08АП-6149/2009 по делу № А70-4379/2009 // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ См.: Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2011 № 17АП-8427/2008-ГК по делу № А50-14202/2008 // СПС КонсультантПлюс.

³⁷ См.: Луценко С.И. Руководствуясь и деньгами, и совестью // Стратегия России. 2015. № 2. С. 68.

³⁸ См.: Stout L. Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People // Issues in Governance Studies. 2010. N 38. P. 1–6.

права контроля над управленческой командой³⁹. Правоприменитель рассматривает агентский конфликт в корпоративном управлении как разделение контрольных прав — возможности акционеров влиять на принимаемые обществом решения (контрольные права) — и экономических интересов в зависимости от доли участия — пакета акций⁴⁰. Агентский конфликт является неизбежным, поскольку член совета директоров (агент) оказывает услугу не обществу как хозяйствующему субъекту, а его акционерам (принципалу), интересы которых он представляет⁴¹. Учитывая слабости человеческой натуры, руководство компании является агентом, который стремится служить интересам акционеров только на бумаге, на практике же ситуация выглядит иначе.

Правоприменитель отметил, что основной функцией и задачей деятельности совета директоров является представление и защита законных прав и интересов акционеров в управлении компанией (подтвердив, что именно совет директоров является агентом акционера-принципала, а не наоборот). Недопустимо устанавливать и гарантировать вознаграждение в будущем управленческой команде без привязки к фактическим показателям хозяйственной деятельности, поскольку обязательства по выплате вознаграждений принимаются независимо от результатов финансово-хозяйственной деятельности общества по итогам года⁴². Необоснованные выплаты руководству компании связаны с противоправным поведением директората, нарушающим инвестиционные интересы акционеров и ломающим стереотип о компании как творце блага⁴³. Фактически совет директоров «разблокирует активы» (необоснованное извлечение из компании), которые были доверены собственником в целях хранения и инвестирования в долгосрочные проекты.

Существует возможность избежать агентского конфликта — сделать руководителей более «ответственными» при принятии управленческих решений. Например, привязать выплату вознаграждений управленческой команде к доходности самого акционера — биржевой стоимости акции⁴⁴ и использовать в полной мере полномочия со стороны собственников в отношении контроля над органом управления⁴⁵. В ином случае, если бы акционеры несли самостоятельно ответственность за действия корпорации, было бы сложнее развивать рыночную инфраструктуру (торговые площадки), связанную с публичным обращением акций, поскольку потенциальные покупатели-инвесторы требовали бы детальную информацию не только о самой компании, но и о благосостоянии и кредитоспособности других акционеров⁴⁶.

³⁹ См.: *Berle A., Means G.* The Modern Corporation and Private Property. New York, 1932. P. 69; *Rock E.* Adapting to the New Shareholder-Centric Reality // University of Pennsylvania Law Review. 2013. Vol. 161. P. 1913; *Jensen M., Meckling W.* Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // Journal of Financial Economics. 1976. Vol. 3. P. 305.

⁴⁰ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2014. № 09АП-5606/2014, 09АП-5628/2014 по делу № А40-56137/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁴¹ См.: Постановление ФАС Московского округа от 24.03.2006, 13.03. 2006 № КА-А40/1553-06 по делу № А40-33187/05-121-287 // СПС КонсультантПлюс.

⁴² См.: Постановление Шестнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26.02. 2014 по делу № А25-304/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁴³ См.: Определение Верховного Суда РФ от 30.03.2015 № 307-ЭС14-8853 по делу № А56-31942/2013 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁴ См.: *Bebchuk L., Fried J.* Pay Without Performanc: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation. Cambridge, 2004. P. 6, 132.

⁴⁵ См.: *Bebchuk L.* The Myth of the Shareholder Franchise // Working Paper. Harvard Law School. 2007. P.1–58.

⁴⁶ См.: *Stout L.* The Corporation As Time Machine...P. 700–701.

В основу эффективного управления современной компанией положен принцип приоритета управления со стороны совета директоров. Именно директорат может обеспечить сохранность и приумножение «акционерной стоимости» компании, поскольку руководство обладает необходимыми знаниями, профессиональными навыками. Кроме того, акционер экономит собственное время в отношении изучения дел при принятии решений, делегируя полномочия органу управления⁴⁷. В любом случае концепция идеальной публичной компании достигается в условиях эффективного взаимного сотрудничества (командного производства).

Необходимо обратить внимание на очень важный аспект при анализе компании как творца блага. Имеется в виду открытые торговые площадки, которые являются необходимым инструментом, позволяющим идентифицировать истинную ценность акции, и, соответственно, корпоративное благо компании. Информационная эффективность, связанная с открытостью рынка, является обязательным условием при формировании ценообразования на акции⁴⁸.

Кроме того, фондовый рынок в отношении публично торгуемых акций позволяет предупреждать факты мошенничества или необоснованного ценообразования (нерыночный принцип формирования цены, например, торговля инсайдерской информацией). Рыночные цены на акции хотя и являются неточными и подверженными влиянию непредвиденных обстоятельств, включая изменения конъюнктуры рынка, тем не менее не искажены влиянием мошеннических операций⁴⁹. Рыночная инфраструктура является тем механизмом, с помощью которого корпоративное благо — рыночная капитализация («акционерная стоимость» организации или капитализация активов) — может быть в определенной степени оценено справедливо.

В заключение необходимо отметить, что в современных реалиях концепция публичной компании как творца материального и социального блага заключается в механизме благого управления. Эффективное корпоративное управление реализуется на практике при учете интересов не только собственников, но и директората, сотрудников, клиентов и, наконец, общества. Суть современной компании состоит в передаче благ от ее деятельности не только настоящему, но и будущим поколениям. С целью избежать необузданных желаний извлечь из организации часть имущества со стороны акционеров, преследующих краткосрочные интересы, незаинтересованные собственники могут попытаться сохранить данные активы, делегировав полномочия по их сохранности («блокирование активов») совету директоров. При этом необходимо надлежащим образом стимулировать директорат, чтобы он, в свою очередь, не пожелал бы «разблокировать активы» и использовать их в личных интересах. Концепция корпорации как творца блага не должна остаться мифом. В ином случае корпорация может рассматриваться как «монстр Франкенштейна»⁵⁰, т.е. ситуация, в которой публичная компания, созданная в соответствии с федеральным законодательством, развивается в интересах небольшого

⁴⁷ См.: *Bainbridge S.* The Case for Limited Shareholder Voting Rights // *UCLA Law Review*. 2006. Vol. 53. P. 608–612.

⁴⁸ См.: *Stout L.* The Corporation As Time Machine... P. 701.

⁴⁹ См.: Решение Верховного Суда США от 23.06.2014 по делу «Halliburton Co. et Al. v. Erica P. John Fund, Inc» // URL: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/13-317> (дата обращения: 09.06.2015); Постановление Европейского суда по правам человека от 31.07. 2014 по делу «ОАО «Нефтяная компания Юкос» против Российской Федерации» // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2014. № 4.

⁵⁰ См.: Решение Верховного Суда США от 13.03.1933 по делу «Louis K. Liggett Co. v. Lee» // Available at: URL: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=288&invol=517> (дата обращения: 09.06.2015)

числа акционеров, контролирующих ее в ущерб интересам других собственников и государству (уклонение от уплаты налогов, социальных программ), разрушая тем самым представление о компании как творце социального блага, ориентированного на благое управление. Другими словами, правовая природа современной компании несколько шире, чем извлечение прибыли. Ее деятельность подчинена социальным обязательствам по созданию экономических благ для общества.



Библиография

- Луценко С.И. Теория командного производства в корпоративном управлении: право на жизнь // Экономические стратегии. 2015. № 1. С. 122–127.
- Луценко С.И. Руководствуясь и деньгами, и совестью // Стратегия России. 2015. № 2. С. 63–70.
- Bainbridge S. The Case for Limited Shareholder Voting Rights // UCLA Law Review. 2006, vol. 53, pp. 601–636.
- Bebchuk L., Fried J. Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation. Cambridge: Harvard University Press. 2004. 278 p.
- Bebchuk L. The Myth of the Shareholder Franchise // Working Paper. Cambridge, Harvard Law School. 2007. 58 p.
- Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property // New York, 1932. 414 p.
- Blair M., Stout L. A Team Production Theory of Corporate Law // Virginia Law Review. 1999, vol. 85, p. 247–328.
- Blair M. Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century // UCLA Law Review, 2003, vol. 51, pp. 387–455.
- Elhauge E. Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest // New York University Law Review, 2005, vol. 80, pp. 733–869.
- Hansmann H., Kraakman R. The Essential Role of Organizational Law // Working Paper. Harvard Law School, 2000. 44 p.
- Jensen M., Meckling W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // Journal of Financial Economics, 1976, vol. 3, pp. 305–360.
- Rock E. Adapting to the New Shareholder-Centric Reality // University of Pennsylvania Law Review, 2013, vol. 161, pp. 1907–1988.
- Smith H. The Shareholders vs. Stakeholders Debate // MIT Sloan Management Review, 2003, vol. 44, pp. 85–90.
- Stout L. Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People // Issues in Governance Studies, 2010, no 38, pp. 1–6.
- Stout L. The Corporation As Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form // Working Paper. Cornell Law School, 2015, pp. 685–723.

The Legal Nature of the Modern Corporation



Sergei Lutsenko

Leading Expert, Control Department, Presidential Administration of Russian Federation. Address: 8/5 Staraya Square, Moscow 103132, Russia. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Abstract

The presented clause considers concept as founder not only of the best interests of the corporation («shareholder value»), but also as maker of the public (social) good. The good governance mechanism allows to consider interests of shareholders, board of directors, employees and a society,

reaching final efficiency: increasing shareholder value in the long term (welfare of shareholders), and also carrying out socially useful function (social civil responsibility). The clause purpose is company consideration through a prism of the founder of the best interests of the corporation by introduction of the mechanism of good governance (a principle of team production theory). A team production theory means the act of mutual cooperation in atmosphere of trust, mutual support, taking into account stimulation of participants at the decision of long-term tasks in the company (shareholder — board — employee). One of features of achievement of efficiency of team production theory is legitimate carrying out of corporate meetings considering interests of such participants as shareholders and members of board. In other words, the participant of the company realizes not only personal and command responsibility at realization of the put questions. Besides, in clause is considered the mechanism of «lock-in of assets» with which help it is possible to constrain the appetites connected with withdrawal of assets from the company from shareholders with short-term interests. At the decision of the tasks connected with good governance, the company inevitably faces agency conflicts between shareholders and management. There are given conflicts as each interested participant has own economic interests indeed. As a result of such destructive conflicts there is a destruction of the best interests of the corporation and social good. In other words, the company does not serve interests of a society, and, on the contrary, destroys representation about the utility, acting in a role of «the Frankenstein monster» (creating roguish schemes, for the purpose of non-payment of taxes, reducing the staff of employees). Therefore, the author aspires to present the company as founder and the fair distributor of the best interests of the corporation and social good in long-term prospect (saving and investment technology), including use of the mechanism of good governance.



Keywords

board, good governance, agency conflict, the best interests of the corporation, social good, shareholder, management, control.

Citation: Lutsenko S.I. (2016) *The Legal Nature of the Modern Corporation*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 223–236 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.223.236



References

Bainbridge S. (2006) The Case for Limited Shareholder Voting Rights. *UCLA Law Review*, vol. 53, pp. 601–636.

Bebchuk L., Fried J. (2004) *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*. Cambridge: Harvard University Press, p. 278.

Bebchuk L. (2007) The Myth of the Shareholder Franchise. Working Paper. Harvard Law School, pp. 1–58.

Berle A., Means G. (1932) *The Modern Corporation and Private Property*. New York: MacMillan, 414 pp.

Blair M., Stout L. (1999) A Team Production Theory of Corporate Law. *Virginia Law Review*, vol. 85, pp. 247–328.

Blair M. (2003) Locking in Capital: What Corporate Law Achieved for Business Organizers in the Nineteenth Century. *UCLA Law Review*, vol. 51, pp. 387–455.

Elhauge E. (2005) Sacrificing Corporate Profits in the Public Interest // *New York University Law Review*, vol. 80, pp. 733–869.

Hansmann H., Kraakman R. (2000) The Essential Role of Organizational Law // Working Paper. Harvard Law School, pp. 1–44.

Jensen M., Meckling W. (1976) Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, pp. 305–360.

Lutsenko S.I. (2015) Teoria komandnogo proizvodstva v korporativnom upravlenii [Theory of Command Efforts in Corporation]. *Ekonomicheskie strategii*, no 1, pp. 122–127.

Lutsenko S.I. (2015) Rukovodstvuvas' i den'gami, i sovest'jux [By Money, and By Conscience]. *Strategija Rossii*, no 2, pp. 63–70.

Rock E. (2013) Adapting to the New Shareholder-Centric Reality. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, pp. 1907–1988.

Smith H. (2003) The Shareholders vs. Stakeholders Debate. *MIT Sloan Management Review*, 2003, vol. 44, pp. 85–90.

Stout L. (2010) Cultivating Conscience: How Good Laws Make Good People. *Issues in Governance Studies*, vol. 38, pp. 1–6.

Stout L. (2015) The Corporation As Time Machine: Intergenerational Equity, Intergenerational Efficiency, and the Corporate Form. Working Paper. Cornell Law School, pp. 685–723.

1/2016

Правовая мысль: история и современность

И.В. Гетьман-Павлова

Наука международного частного права: Жан Николя Гертис 4

П.Н. Дудин

Генезис монгольского права и его взаимодействие с китайским правом
(XIII в. — начало XX в.) 21

И.В. Орехов

Проблемы классификации субинститутов права 37

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Н.А. Тарабан

Судебный конституционализм и российское избирательное право на современном этапе 48

А.Я. Петров

Охрана труда: о новой концепции института трудового права России 58

О.С. Беседина

Оспаривание условий трудового договора в деле о банкротстве 72

Г.А. Есаков

Причинная связь в сложных ситуациях: уголовно-правовая наука и судебная практика 81

К.А. Цай

Неклассическая экстерриториальность уголовного закона (в контексте Федерального закона от 05.05.2014 г. № 91-ФЗ) 103

О.В. Чумакова

Бесплатная юридическая помощь по делам об административных правонарушениях 112

С.В. Сорокин

Особенности прокурорского надзора за исполнением законов о рекламе в границах национальных парков (на примере Национального парка «Лосиный остров») 121

Право в современном мире

А.Н. Козырин

Временный ввоз в таможенном законодательстве ЕАЭС: таможенная процедура и ее налоговые последствия 130

Ю.С. Ромашев, Н.В. Остроухов

Миграция на море: международно-правовые и организационные проблемы 149

Н.П. Бухарина

Понятие и признаки коррупции в международных правовых актах 166

И.О. Томаев

Принцип разъединения распорядительных сделок: теоретический и практический аспекты ... 177

О.В. Кирилюк

Международно-правовые основы саморегулирования в киберпространстве 189

W. Däubler

Challenges to Labour Law 201

L. Sasso

Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation 216

Рецензии 232

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**В.О. Калятин**

Проблемы определения сферы общественного достоинства в современном информационном обществе 4

А.И. Бутовецкий

Проект нового закона о садовых дорожках: целесообразность принятия и предмет регулирования 15

Е.В. Обухова

Ограничительные условия в трудовых договорах 27

N.V. Kravchuk

Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia 36

Р.О. Долотов

Условно-досрочное освобождение от наказания и домашний арест: проблемы взаимозачета 45

Е.В. Егорова

О некоторых коллизиях правовой регламентации стадии возбуждения уголовного дела 55

И.Ю. Янина

Понятие и признаки неосторожного причинения 65

С.А. Чеховская

Современное развитие корпоративного законодательства 74

Е.К. Цветкова

Процедуры оспаривания нормативных актов в законодательстве Российской Федерации: от Гражданского процессуального кодекса до Кодекса административного судопроизводства 87

Суд и судебная практика**Е.И. Алексеевская**

Установление единого уровня правовых гарантий справедливого судебного разбирательства в правовом регулировании судопроизводства — средство действенного обеспечения прав человека 100

А.С. Корпен

К вопросу о содержании права на доступ к правосудию 111

М. Ондрейчик

Словакия и Венгрия против Совета Европейского союза: борьба вокруг решения о распределении беженцев 122

V. Pilyugina, A. Bakhtiozina

Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks 135

Право в современном мире**М.В. Мажорина**

Трансграничные договорные обязательства: проблема правовой квалификации 143

В.С. Беззубцев

Понятие и классификация принудительных мер в области защиты прав человека 160

А.С. Касаткина

Международные морские перевозки грузов: актуальные проблемы правового регулирования 171

О.В. Луткова

Доктрина добросовестного использования произведений в современном авторском праве США 186

О.А. Берзинь, Е.Н. Рябинина

Правовые формы ведения бизнеса российскими предпринимателями в Китае 200

М.Р. Глушков

Документирование полицейского расследования в США 212

И.И. Нагорная

Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки) 223

Рецензии 235

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**А.О. Иншакова**

Реформа правовых основ деятельности международного коммерческого арбитража в Российской Федерации: предпосылки, обусловленность, перспективы 4

А.В. Амагыров, Е.Б.-М. Цыремпилова

Особенности публично-правовой защиты (охраны) личных нематериальных благ 13

Н.В. Ростовцева

О наследовании по праву представления 30

М.А. Редчиц

Уголовно-правовая охрана объектов культурного наследия 50

А.В. Сковородко

Роль Европейского суда по правам человека в механизме защиты от бездействия органов публичной власти в России 61

М.С. Журавлев

Защита персональных данных в телемедицине 72

В.К. Михайлов

Кодекс административного судопроизводства как решение проблем, связанных с процедурой признания материалов экстремистскими 85

А.А. Дроздова

Развитие судебной системы и судебной реформы в России 95

Право в современном мире**Ю.С. Ромашев**

Право международных обычаев в системе международного права 103

Н.В. ЛитаренкоСогласованный платеж при неисполнении обязательств в источниках *lex mercatoria* 113**Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова**

Становление и развитие законодательства о международном частном праве Украины 122

У.Ш. Хусаинов

Некоторые вопросы отбора кадров на государственную службу 139

И.И. Нагорная

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе 148

Е.С. Батусова

Порядок расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах 159

Р.Ю. Почекаев

Включение Бухарского эмирата и Хивинского ханства в таможенную черту Российской империи (1895 г.) 172

Л.Р. Сюкияйнен

Исламская правовая мысль об исламском государстве и халифате 185

С.Ю. Данилов

Правовые аспекты преодоления наследия диктатуры: из опыта Италии 206

Дискуссионный клуб**М.Н. Козюк**

Феномен моды в теоретической юриспруденции 219

А.В. Туликов

Зарубежная правовая мысль в условиях развития информационных технологий 235

Legal Thought: History and Modernity**I.V. Get'man-Pavlova**

Science of International Private Law: Johann Nikolaus Hert 4

P.N. Dudin

Genesis of Mongolian Law and Its Interaction with Chinese Law (13th — early 20th centuries)21

I.V. Orekhov

Issues of Classifying Substitutes of Law.....37

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**N.A. Taraban**

Judicial Constitutionalism and Russian Electoral Law 48

A.Ya. Petrov

Labour Protection: A New Concept of Russian Labour Law 58

O.S. Besedina

Challenging Conditions of Labour Contract in Bankruptcy 72

G.A. Esakov

Causation in Non-Ordinary Situations: Case Law and Criminal Law Theory81

K.A. TsayNon-Classical Extraterritoriality of Criminal Law (in Context of the Federal
Law of May 5, 2014 № 91-FZ) 103**O.V. Chumakova**

Free Legal Aid and Administrative Violations Cases 112

S.V. SorokinSpecifics of the Prosecutor Office Supervision over Implementation of Laws
on Advertising in National Parks: Case Study of National Park Losiny Ostrov 121**Law in the Modern World****A.N. Kozyrin**Temporary Admittance in the Legislation of the Eurasian Economic Community:
Customs Procedures and Tax Consequences 130**Y.S. Romashev, N.V. Ostroukhov**

Migration by Sea: International Legal and Organizational Issues 149

N.P. Bukharina

Concept and Indications of Corruption in Acts of International Law 166

I.O. Tomaev

Principle of Separation for Dispositive Deals: Theory and Practice 177

O.V. Kyrlyuk

International Law Basis for Self-Regulation in Cyberspace 189

W. Däubler

Challenges to Labour Law (in English)201

L. Sasso

Certain Comparative Notes on Electronic Contract Formation (in English) 216

Book Review 232

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

V.O. Kalyatin

Issues in Definition of Public Domain in Modern Information Society.....4

A.I. Butovetskiy

Bill on Gardening: Expediency and Subject of Regulation 15

E.V. Obukhova

Restrictive Conditions in Employment Agreements 27

N.V. Kravchuk

Re-Defining Unaccompanied and Separated Children in Russia (in English).....36

R.O. Dolotov

Parole and House Arrest: Issues of Interchangeability.....45

E.V. Egorova

Collisions of Legal Regulation at the Stage of Initiating Legal Proceedings 55

I.Yu. Yanina

The Concept and Features of Careless Infliction..... 65

S.A. Chekhovskaya

Current Development of Corporate Legislation 74

E.K. Tsvetkova

Procedures for Challenging Regulations in the Russian Legislation: from Civil
Procedural Code to Administrative Procedural Code..... 87

Court and Judicial Practice

E.I. Alexeevskaya

Unification of Fair Trial Guarantees in Proceedings as Reliable Means of Human Rights Protection... 100

A.S.Korpen

Content of the Right to the Access to Justice..... 111

M. Ondreychik

Slovakia and Hungary vs. Council of the European Union: Fight for Annulment
of Decision Relocating Refugees..... 122

V. Pilyugina, A.Bakhtiozina

Some Peculiarities of Registration of Pharmaceutical Trademarks (in English)..... 135

Law in the Modern World

M.V. Mazhorina

Cross-Border Contractual Obligations: Issues in Legal Qualification 143

V.S. Bezzubtsev

Concept and Classification of Coersive Measures in Context of Human Rights Protection..... 160

A.S. Kasatkina

International Shipping of Goods: Issues of Legal Regulation 171

O.V. Lutkova

The Fair Use Doctrine in the Contemporary US Copyright Law..... 186

O.A. Berzin', E.N. Ryabinina

Legal Forms of Running Business by Russian Entrepreneurs in China 200

M.R. Glushkov

Documenting Police Investigation in the USA..... 212

I.I. Nagornaya

Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (Case of Extenuating
Circumstances Doctrine in African Nations)..... 223

Book Review..... 235

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.O. Inshakova

Reform of the Legal Framework of ICA Activity in Russia: Prerequisites, Conditions, Perspectives4

A.V. Amagrov, E.B. Tseremylova

Some Features of the Public Protection of Personal Intangible Benefits 13

N.V. Rostovtseva

Inheritance by Right of Representation30

M.A. Redchits

Criminal Law Protection of Cultural Heritage50

A.V. Skovorodko

The Role of European Court on Human Rights in Mechanism of Protection
from Inaction of Public Power Institutions in Russia..... 61

M.S. Zhuravlev

Personal Data Protection in Telemedicine 72

V.K. Mikhailov

Code of Administrative Proceedings as a Mean for Improving the Procedures
of Claiming Materials Extremist85

A.A. Drozdova

The Development of Judicial System and Judicial Reform in Russia95

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

The Law of International Customs in the International Law..... 103

N.V. Litarenko

Conformed Payment in case of Default under lex mercatoria 113

N.Yu. Erpyleva, I.V. Get'man-Pavlova

Formation and Development of the Legislation on Ukrainian International Private Law 122

U.Sch. Khusainov

On Selecting State Service Employees 139

I.I. Nagornaya

Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure..... 148

E.S. Batusova

Procedural Requirements of Terminating Employees Contract by Employer without Employee's
Fault in Foreign Countries 159

R.Yu. Pochekaev

Inclusion of Bukhara Emirate and Khiva Khanate into the Customs System
of the Russian Empire (1895) 172

L.R. Syukiyaynen

Islamic Legal Thought on Islamic State and Caliphate 185

S.Yu. Danilov

The Juridical Aspects of Overcoming Legacy of Dictatorship: Italian Experience206

Discussion Club

M.N. Kozyuk

Phenomenon of Fashion in Theoretical Jurisprudence 219

A.V. Tulikov

Foreign Legal Doctrine in the IT Era..... 235

ПОДПИСАТЬСЯ НА ЖУРНАЛ
**«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»**

МОЖНО ВО ВСЕХ
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2017»
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»
подписной ИНДЕКС — 47097

Распространяется по России и странам СНГ

Дополнительная информация о подписке на сайте
Издательского дома корпоративного портала НИУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по тел.:

(495) 772-95-90 доб. 15298

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае неадекватного оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028 Москва,
Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей от 1 до 1,5 усл.п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл.п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Корректор *Е.И. Киреева*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 07.12.2016. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 15,0. Тираж 600 экз.