

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2019

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

4/2019



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.В. Гутников

Основания разработки категории корпоративной ответственности в гражданском праве 4

A.N. Kozyrin, A.A. Yalbulganov

Alteration of Time Limits of Performance of Tax Liability in Russian Tax and Customs Law 31

Д.Л. Комягин

Откуп налогов — за и против 52

Ю.П. Соловей

Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности 72

Дискуссионный клуб

И.В. Мальцев

Понятие правовых символов в рамках институционально-юридического подхода 100

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев

Эволюция и прекращение существования обычных норм международного права 122

О.И. Пименова

Принцип субсидиарности в Европейском союзе: перипетии практического применения 144

Э.В. Талапина

Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы 164

А.Н. Пилипенко

Франция: к цифровой демократии 185

G. Danishauskas

Legal Basis of Protection of Nature and the Role of Courts while Protecting Nature in Lithuania 208

Л.Р. Сюкияйнен

Фихк — источник современного права в арабских странах 222

Рецензии

И.Г. Шаблинский

Векторы развития права 246

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitskiy Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.V. Gutnikov

The Grounds for Development of Corporate Liability Category
in Civil Law..... 4

A.N. Kozyrin, A.A. Yalbulganov

Alteration of Time Limits of Performance of Tax Liability
in the Russian Tax and Customs Law (in English)31

D.L. Komyagin

Tax Farming — pro et contra 52

Yu.P. Solovey

Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance
Precluding Judicial Review of its Legality..... 72

Discussion Club

I.V. Maltsev

On the Concept of Legal Symbols within Scope
of the Institutional Legal Approach..... 100

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

Evolution and Cessation of the Existence of Customary Rules
of International Law 122

O.I. Pimenova

Twists and Turns in Implementation of Subsidiarity
in the European Union 144

E.V. Talapina

Digital Transformation in France: Legal Innovations 164

A.N. Pilipenko

France: to Digital Democracy 185

G. Danishauskas

Legal Basis of Protection of Nature and the Role of Courts
while Protecting Nature in Lithuania (in English)..... 208

L.R. Syukiyainen

Fikh as Source of Contemporary Law in Arab Countries..... 222

Book Review

I.G. Shablinsky

Vectors of the Legal Development 246

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

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

Основания разработки категории корпоративной ответственности в гражданском праве



О.В. Гутников

главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117 218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: oleg_gutnikov@mail.ru



Аннотация

В статье раскрываются нормативные, теоретические и практические основания разработки категории корпоративной ответственности. Существо корпоративной ответственности в том, что она возникает в относительных корпоративных отношениях, связанных с управлением юридическими лицами. Нормативным ее основанием выступает выделение в п. 1 ст. 2 ГК РФ корпоративных отношений как самостоятельной разновидности гражданско-правовых отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими. Нормативным основанием корпоративной ответственности является также особый характер правовых источников, предусматривающих соответствующую ответственность: это нормы законодательства о юридических лицах, корпоративные акты, корпоративный договор, связанный с управлением юридическим лицом. Теоретическим основанием выделения категории корпоративной ответственности является относительность корпоративных управленческих обязанностей, установленных нормами корпоративного права, нарушение которых влечет причинение вреда и нарушение субъективных гражданских прав других участников оборота. В работе рассматриваются практические основания выделения категории корпоративной ответственности, выражающиеся в отсутствии единообразия судебной практики в решении нескольких ключевых вопросов ответственности участников корпоративных отношений. К ним относятся вопросы соотношения норм о корпоративной, деликтной, договорной ответственности, об ответственности контролирующих лиц при банкротстве, о публично-правовой ответственности юридического лица. Также нерешенными на практике остаются вопросы об определении правовой природы ответственности контролирующих лиц при банкротстве; о содержании фидуциарной обязанности действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица. Предлагается набор принципов корпоративной ответственности (раздельной имущественной ответственности, специалитета, персонализации и дифференциации) и обоснование их установления. Целью статьи является обоснование необходимости разработки отдельной категории корпоративной ответственности в гражданском праве. На основе изучения российской доктрины и судебной практики подготовлен ряд выводов и предложений, касающихся существа корпоративной ответственности и необходимости ее выделения в отдельную гражданско-правовую категорию. Методологическую основу исследования составили общенаучные методы (анализ и синтез, индукция и дедукция, метод системного анализа) и методы юридической науки (в том числе сравнительного правоведения, буквального, систематического, телеологического и исторического толкования правовых норм).



Ключевые слова

юридические лица, гражданско-правовая ответственность, корпоративная ответственность, договорная ответственность, деликтная ответственность, корпоративные отношения, корпоративное правонарушение, принципы корпоративной ответственности.

Для цитирования: Гутников О.В. Основания разработки категории корпоративной ответственности в гражданском праве // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 4–30.

УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.4.30

Введение

В корпоративных отношениях, связанных с управлением организациями, проблематика гражданско-правовой юридической ответственности объективно является центральной и определяющей основные контуры всего законодательства о юридических лицах. Это обусловлено самой природой юридического лица и принципом отделения [Суханов Е.А., 2014: 15], в силу которого личность и имущество компании отделены от личности и имущества ее участников и выгодоприобретателей. Вытекающий из принципа отделения принцип раздельной имущественной ответственности юридического лица и его участников (учредителей) приводит к появлению в гражданском обороте фигуры юридического лица, за действия которого, по общему правилу, его создатели не несут никакой ответственности. Это создает имущественные риски как во внутренних отношениях (риск убытков для инвесторов (участников), риск невыплаты заработной платы для работников), так и во внешних отношениях (риск неисполнения обязательств и соответствующих убытков для кредиторов, для потребителей продукции компании, риск неполучения налогов для бюджета и т.д.). Фактически юридическое лицо представляет собой «источник повышенной опасности», действующий в гражданском обороте, что требует установления особых защитных правовых механизмов.

Как отмечается в литературе, назначение конструкции юридического лица состоит «в уменьшении риска имущественных потерь для учредителей (участников) юридического лица путем переложения возможной ответственности за результаты своей деятельности на созданного ими нового субъекта права — юридическое лицо и ограничения этой ответственности имеющимся у него имуществом» [Суханов Е.А., 2014: 11]. Поэтому в корпоративных отношениях должен действовать сбалансированный механизм гражданско-правовой ответственности, позволяющий, с одной стороны,

обеспечить действие принципа отделения и привлекательность корпоративной формы ведения бизнеса, а с другой — позволяющий привлекать к ответственности недобросовестных лиц, злоупотребляющих своей корпоративной властью в нарушение прав и интересов других участников корпоративных отношений.

Необходимость создания таких защитных механизмов позволяет ставить вопрос о разработке в гражданском праве особой категории корпоративной ответственности, отличающейся от обычных видов гражданско-правовой ответственности. При этом могут возникнуть сомнения, насколько оправдано введение подобной ответственности и не выполняют ли традиционные виды гражданско-правовой ответственности (договорная и деликтная) в достаточной степени все функции такого защитного механизма в корпоративном праве?

На первый взгляд кажется, что вопрос о привлечении к гражданско-правовой ответственности участников корпоративных отношений решается в рамках парадигмы договорной или деликтной ответственности. Такой подход иногда поддерживается и в судебной практике, когда виды ответственности, предусмотренной законодательством о юридических лицах, трактуются как разновидность договорной или деликтной ответственности. Однако ближайшее рассмотрение норм, предусматривающих гражданско-правовую ответственность в законодательстве о юридических лицах, показывает, что у такой ответственности слишком много особенностей, отличающих ее от общих видов гражданско-правовой ответственности.

Так, ответственность в корпоративных отношениях, как правило, наступает за особые правонарушения, так или иначе связанные с ненадлежащим управлением юридическим лицом, выражающиеся в нарушении особых «управленческих» прав и обязанностей [Егорова М.А., 2015: 290]; [Морозов С.Ю., 2017: 181–191]; [Синицын С.А., 2015: 377]; [Шиткина И.С., 2017: 63]. Это предопределяет и особые субъектов корпоративной ответственности, основными из которых являются контролирующие лица, т.е. лица, обладающие наибольшим объемом управленческих правомочий, способные определять действия юридического лица и формирующие его волю. Детальное рассмотрение различных видов ответственности за различные нарушения, предусмотренные в законодательстве о юридических лицах, позволяет выделить целую совокупность особенностей такой ответственности как по основаниям, так и по механизму применения.

Управленческий и неимущественный характер корпоративных отношений (большинство нарушений представляют собой ненадлежащее исполнение обязанностей по управлению юридическим лицом и ущемление управленческих прав других участников отношений) влечет за собой сложность определения причинно-следственной связи между противоправным

поведением и негативными имущественными последствиями корпоративного правонарушения. Это объективно требует установления в законе или в разъяснениях высших судебных инстанций типовых доказательственных презумпций наличия причинной связи между нарушением и соответствующими последствиями. Примерами таких доказательственных презумпций фактически являются презумпции, установленные в ч. 2 ст. 61.11 Закона о банкротстве (в отношении действий контролирующих лиц, приведших к невозможности погашения требований кредиторов), а также в пп. 2 и 3 Постановления Пленума ВАС Российской Федерации об ответственности директоров (в отношении неразумных и недобросовестных действий, повлекших убытки юридического лица). По существу, судебная практика о привлечении директоров к ответственности исходит из того, что, если доказаны факт убытков и одно из обстоятельств, подтверждающих недобросовестность или неразумность действий директора, то причинно-следственная связь между действиями директора и убытками также предполагается [Степанов Д.И., Михальчук Ю.С., 2018: 70–74].

Еще одной особенностью рассматриваемой ответственности является презумпция невиновности нарушителя, применяемая в большинстве ее видов. Например, для привлечения к ответственности директора необходимо доказать, что он действовал недобросовестно или неразумно (п. 1 ст. 53.1 Гражданского кодекса Российской Федерации; далее — ГК РФ), что фактически означает необходимость доказывания вины. В общегражданской деликтной или договорной ответственности, наоборот, вина причинителя вреда или нарушителя договорных обязательств предполагается, пока не доказано иное (п. 2 ст. 401 ГК РФ). Существенной особенностью корпоративной ответственности также является «правило делового решения», согласно которому для привлечения к ней должно быть доказано, что действия (бездействие) нарушителя не соответствовали условиям делового оборота или обычному предпринимательскому риску [Ключарева Е.М., 2015: 132–141]; [Цепов Г.В., 2015: 159–178]. Данное правило по существу оставляет директору право на «бизнес-ошибку». Даже негативные последствия, вызванные действиями директора, не дают основания для привлечения его к ответственности, так как возможность наступления таких последствий связана с риском предпринимательской или иной экономической деятельности. Данное правило не применимо в «обычной» договорной или деликтной ответственности.

Корпоративную ответственность отличают и особые негативные последствия корпоративных нарушений, которые могут носить как особый имущественный (неполучение прибыли, снижение стоимости акций, утрата возможности продать акции по справедливой цене), так и неимущественный характер (утрата корпоративного контроля, невозможность или затруднительность достижения целей деятельности юридического лица, невозмож-

ность или затруднительность осуществления корпоративных прав, лишение или ограничение отдельных корпоративных правомочий). Корпоративные нарушения влекут за собой применение особых мер корпоративной ответственности, в том числе неимущественных (например, лишение или ограничение права голоса, исключение из юридического лица).

Для гражданско-правовой ответственности, предусмотренной законодательством о юридических лицах, характерен особый механизм ее применения: в ряде случаев допускается предъявление косвенного иска в пользу юридического лица (ст. 53.1 ГК РФ). В свою очередь дела о корпоративной ответственности отнесены процессуальным законодательством к особой категории корпоративных споров (гл. 28.1 АПК РФ); установлена необходимость привлечения в дело других участников корпорации (п. 2 ст. 65.2 Г РФ, ст. 93.1 Закона «Об акционерных обществах»).

Наличие всех указанных выше особенностей в совокупности позволяет ставить вопрос о целесообразности разработки в гражданском праве особой категории ответственности, возникающей в корпоративных отношениях. Представляется, что для этого есть все нормативные, теоретические и практические основания.

1. Нормативные основания разработки категории корпоративной ответственности

Нормативным основанием введения нового вида гражданско-правовой ответственности следует считать выделение корпоративных отношений как особой разновидности гражданско-правовых отношений, урегулированных нормами гражданского права. Закрепление в ГК РФ корпоративных отношений, связанных с участием в корпоративных организациях или с управлением ими, объективно делает возможным и выделение особой корпоративной ответственности, возникающей в таких корпоративных отношениях, особенности которой обусловлены их правовой природой. К нормативным основаниям корпоративной ответственности можно отнести и особый характер правовых источников, предусматривающих соответствующую ответственность: это нормы законодательства о юридических лицах, корпоративные акты (устав и иные внутренние документы юридического лица), корпоративный или иной договор, опосредующий отношения, связанные с управлением юридическим лицом (договор об осуществлении функций единоличного исполнительного органа; учредительный договор; договор о создании юридического лица; договор, наделяющий определенное лицо правом давать обязательные для юридического лица указания и т.д.).

В законодательстве о юридических лицах встречается огромное многообразие видов корпоративной ответственности и корреспондирующих им санкций, предусмотренных законом, учредительными документами или корпоративным договором. Например, устанавливается ответственность за причинение юридическому лицу убытков членами органов управления (ст. 53.1 ГК РФ); имущественная ответственность участников за неисполнение обязанностей по внесению вкладов в уставный капитал; ответственность в виде исключения участников из корпоративной организации за неисполнение своих корпоративных обязанностей; ответственность участников полного товарищества перед товариществом за убытки, причиненные нарушением обязанности воздерживаться от совершения сделок, однородных с теми, которые составляют предмет деятельности товарищества (п. 3 ст. 73 ГК РФ). Особая ответственность контролирующих лиц установлена в законодательстве о банкротстве. Действуют специальные нормы об ответственности перед кредиторами при реорганизации юридических лиц, а также об ответственности юридических лиц за нарушения законодательства, влекущие принудительную реорганизацию (п. 2 ст. 57 ГК РФ) или ликвидацию юридического лица (абз. 3 п. 2 ст. 61 ГК РФ).

2. Теоретические основания разработки категории корпоративной ответственности

Помимо нормативных, имеются также веские теоретические основания для выделения корпоративной ответственности в отдельную категорию. Корпоративные отношения — это, в первую очередь, отношения, связанные с управлением юридическими лицами [Бабаев А.Б., 2007: 8, 9], основанные на методе частноправовой субординации, подчинении меньшинства большинству и преимущественно на императивном методе регулирования. Еще в дореволюционной литературе признавалось, что корпоративные (акционерные) отношения носят преимущественно субординационный характер [Каминка А.И., 1902: 484]; [Петражицкий Л.И., 1911: 26]. Обладая изначально равным гражданско-правовым статусом, после вступления в корпоративные отношения их участники функционально приобретают неравный объем прав и обязанностей. Такой эффект возникает вследствие принципа пропорциональности, предоставляющего больший объем управленческих прав лицам, обладающим большей долей участия в корпорации. В результате в конкретном отношении один субъект подчиняет или формирует волю другого субъекта, находясь с ним в неравном положении (полное господство участников над корпорацией при осуществлении права управления (принятии корпоративных решений, когда воля корпорации трансформируется в

волю корпорации); господство одних участников над другими участниками (принцип большинства голосов); обязанность самих участников подчиняться корпоративным актам корпорации). Корпоративные отношения являются относительными [Ломакин Д.В., 2008: 124], и вполне логично, что за нарушение обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом, должна наступать особая ответственность.

Деление традиционных видов гражданско-правовой ответственности на договорную и деликтную проводится в зависимости от основания ее возникновения (нарушение договора или причинение вреда) [Витрянский В.В., 1997: 503] и наличия (отсутствия) относительной правовой связи между нарушителем и потерпевшим. Договорная ответственность наступает за нарушение договорных (относительных) прав и обязанностей в договорных отношениях между нарушителем и потерпевшим. Деликтная ответственность наступает за причинение вреда личности или имуществу другого лица, не состоящего с деликвентом в каких-либо правоотношениях. В то же время корпоративная ответственность всегда наступает за нарушение корпоративных обязанностей, установленных нормами корпоративного права, лицом, состоящим с корпорацией в относительных корпоративных отношениях. При этом вред, возникающий в результате нарушения корпоративных обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом, может причиняться как другим участникам корпоративных отношений, также состоящим с нарушителем в относительных корпоративных отношениях, так и третьим лицам, в таких отношениях с причинителем вреда не состоящих. Тем самым корпоративная ответственность по характеру нарушения и наличию (отсутствию) правовой связи между нарушителем и потерпевшим занимает совершенно особое место и может быть выделена в самостоятельный вид гражданско-правовой ответственности.

Таким образом, главной особенностью корпоративной ответственности является то, что она возникает в относительных гражданско-правовых отношениях, связанных с управлением юридическим лицом.

Корпоративная ответственность не является единой и делится на две основных разновидности: ответственность за корпоративные правонарушения (корпоративная ответственность в узком смысле) и обеспечительная «квазикорпоративная ответственность», не связанная с корпоративными правонарушениями, которая возлагается на участников корпоративных отношений в случаях, установленных законом (например, установленная законом субсидиарная ответственность участников полного товарищества перед кредиторами (п. 1 ст. 75 ГК РФ)). Общее для всех видов корпоративной ответственности — она является разновидностью гражданско-правовой ответственности, т.е. наступает в связи с нарушением субъективных гражданских

прав (как абсолютных, так и относительных), направлена на восстановление этих прав и влечет для привлекаемого к ней лица дополнительные неблагоприятные последствия [Иоффе О.С., 2003: 203].

Так, корпоративная ответственность за корпоративные правонарушения существенно отличается от договорной и деликтной, при этом основное отличие выражается в специальном основании ответственности — корпоративном правонарушении, представляющем собой нарушение субъективных гражданских прав и корпоративных (относительных) обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом, установленных нормами законодательства о юридических лицах, учредительными и иными внутренними документами юридического лица, корпоративным или иным договором, связанным с управлением юридическим лицом.

Обеспечительная «квазикорпоративная ответственность», не связанная с корпоративными правонарушениями, представляет собой установленную законом обязанность участников отвечать за неисполнение обязательств юридическим лицом, т.е. за нарушение юридическим лицом прав кредиторов. Субъективным основанием такой ответственности является риск [Ойгензихт В.А., 1971: 67] несения неблагоприятных последствий деятельности юридического лица в гражданском обороте, сознательно принимаемый на себя участниками юридического лица в связи с приобретением ими управленческих полномочий.

Две основные разновидности корпоративной ответственности, в свою очередь, дифференцируются на различные виды, каждый из которых обладает собственным набором специфических черт, обусловленных как управленческой природой соответствующих отношений, так и многообразием их содержания. При этом основные и практически важные виды корпоративной ответственности целесообразно рассматривать по субъектному критерию: 1) ответственность контролирующих лиц и (или) директоров за убытки, причиненные юридическому лицу; 2) ответственность контролирующих лиц и (или) директоров перед кредиторами (субсидиарная ответственность или прямая ответственность за вред, причиненный имущественным правам кредиторов); 3) ответственность контролирующих лиц и (или) директоров перед участниками юридического лица. Не контролирующие лица (миноритарные участники) также могут нести корпоративную ответственность в случаях, указанных в законе.

Ответственность за корпоративные правонарушения может наступать как за нарушение фидуциарных обязанностей контролирующих лиц [Агламова В.В., 2012, 23–29]; [Бойко Т.С., 2019: 62–67]; [Шашков Ю.В., 2009: 216–227]; [Шикин С.А., 2018: 44–46], так и за нарушение иных корпоративных обязанностей любых участников корпоративных отношений.

Субъективная сторона корпоративной ответственности имеет особенность — в зависимости от ее вида здесь возможны разные варианты:

вина в объективном смысле, понимаемая как непринятие всех разумных и достаточных мер для предотвращения негативных последствий при той степени заботливости и осмотрительности, какая требовалась по условиям оборота (ответственность контролирующих лиц за убытки, причиненные юридическому лицу);

вина в субъективном смысле в форме умысла при причинении вреда имущественным правам кредиторов юридического лица и иным участникам корпоративных отношений (ответственность контролирующих лиц за вред, причиненный имущественным правам кредиторов);

риск как сознательное допущение негативных последствий, которые может вызвать деятельность управляемого юридического лица (обеспечительная «квазикорпоративная» ответственность).

3. Практические основания разработки категории корпоративной ответственности

Выделение корпоративной ответственности в отдельный вид гражданско-правовой ответственности обусловлено также острой практической потребностью. В настоящее время применение гражданско-правовой ответственности в корпоративных отношениях больше похоже на произвол, а не на право. Можно выделить лишь несколько проблемных вопросов, возникающих при рассмотрении дел о привлечении к гражданско-правовой ответственности участников корпоративных отношений.

3.1. Соотношение норм об ответственности, предусмотренной корпоративным законодательством, и общих норм о гражданско-правовой деликтной и договорной ответственности

Соотношение норм об ответственности, предусмотренной корпоративным законодательством, и общих норм о гражданско-правовой деликтной и договорной ответственности остается неясным. Здесь принципиально возможны три подхода: 1) отрицание существования отдельной корпоративной ответственности и применение к ней норм о деликтной или договорной ответственности; 2) признание особой корпоративной ответственности и невозможность применения к ней общих норм о деликтной или договорной ответственности; 3) признание существования корпоративной ответственности одновременно с применением к ней в субсидиарном порядке норм о деликтной или договорной ответственности.

Исходя из этого, на практике суды путаются в квалификации того или иного вида ответственности, либо пытаются втиснуть соответствующие отношения в «прокрустово» ложе договорной или деликтной ответственности, либо, наоборот, становясь на позицию невозможности применения общих норм о договорной или деликтной ответственности к ответственности, предусмотренной законодательством о юридических лицах. Нередки также смешения всех видов ответственности и одновременного применения как норм о корпоративной ответственности, так и общих норм о договорной или деликтной ответственности.

Ярким примером такого смешения является известное судебное дело по иску компании «Роснефть» к АФК «Система» о взыскании убытков, причиненных компании «Башнефть» ее бывшим контролирующим акционером.

АФК «Система» являлась контролирующим акционером «Башнефти» с 2005 по 2014 гг. и провела в 2014 г ее реорганизацию с соблюдением всех необходимых процедур в целях сделать более прозрачной структуру активов компании для подготовки к выводу акций на IPO на Лондонской бирже. В результате реструктуризации активов акции «Башнефти» даже выросли в цене, но, в конечном счете, реорганизацией компании были причинены убытки на сумму 136 млрд. руб. Впоследствии в октябре 2014 г. «Башнефть» была возвращена в государственную собственность, а в октябре 2016 г. 51% акций «Башнефти» приобрела «Роснефть». После этого «Роснефть» в 2017 г. предъявила бывшему контролирующему акционеру — АФК «Система» — косвенный иск о возмещении «Башнефти» убытков, которые были причинены в результате реорганизации «Башнефти» в 2014 году, на сумму 136 млрд. руб. Иск был заявлен одновременно по общегражданским и корпоративным основаниям (ст. 1064 ГК РФ, а также п. 2 и 3 ст. 6 Федерального закона «Об акционерных обществах», согласно которым акционеры дочернего общества имеют право требовать от основного общества возмещения убытков, причиненных по его вине дочернему обществу). В итоге суд взыскал с бывшего контролирующего акционера в пользу «Башнефти» сумму убытков по нормам деликтного права.

Это было связано с тем, что иск нельзя было удовлетворять по нормам корпоративного права: реорганизация была проведена с соблюдением правила «делового решения», контролирующий акционер действовал разумно и добросовестно, в пределах обычного предпринимательского риска. Однако по нормам деликтного права любой вред подлежит возмещению, и правило «делового решения» не работает. Кроме того, было установлено, что владелец акций (компания АФК «Система») был недобросовестным (т.е. знал о незаконности владения акциями и проводил реорганизацию перед истребованием их в пользу Российской Федерации, сознательно выводя активы из

компании «Башнефть»). На этих основаниях суд посчитал, что правило «делового решения» для такого акционера не должно работать, и он подлежит ответственности по нормам деликтного права.

Однако по нормам деликтного права подобный иск, строго говоря, также нельзя было удовлетворять, поскольку деликтное право не предусматривает конструкции корпоративного косвенного иска.

Не оценивая по существу правильность принятого судом решения (тем более, что впоследствии оно было отменено), важно отметить, что суд в данном деле, удовлетворяя иск, применил сочетание деликтной и корпоративной ответственности, посчитав, что при недостаточности норм корпоративного права убытки можно взыскивать по нормам деликтного права.

3.2. Соотношение норм об ответственности контролирующих лиц при банкротстве и норм о деликтной ответственности за вред, причиненный контролируемыми лицами имущественным правам кредиторов

Соотношение норм об ответственности контролирующих лиц при банкротстве и норм о деликтной ответственности за вред, причиненный контролируемыми лицами имущественным правам кредиторов также вызывает непонимание и порождает множество практических вопросов. Здесь принципиально возможны два подхода: 1) при банкротстве юридического лица возможна лишь ответственность контролирующих лиц по нормам законодательства о несостоятельности, а применение общих норм о деликтной ответственности за причиненный кредиторам вред исключено; 2) при банкротстве юридического лица контролирующие лица могут быть привлечены к ответственности как по нормам законодательства о несостоятельности, так и по нормам об общегражданской деликтной ответственности за убытки или вред, причиненный имущественным правам кредиторов.

Так, в процессе банкротства компании «Де Джилетт Бат Компани» кредитор (банк) пытался привлечь контролирующих лиц к субсидиарной ответственности по нормам законодательства о несостоятельности. По мнению банка, эти лица получили в банке кредит в условиях заведомой неплатежеспособности организации, предъявив банку сфальсифицированные документы о достаточной платежеспособности, и тем самым своими действиями привели организацию к банкротству и причинили вред организации-должнику и банку, выдавшему кредит. Суды признали компанию банкротом и закрыли конкурсное производство, а производство о привлечении контролирующих лиц к субсидиарной ответственности в деле о банкротстве было прекращено. После этого банк обратился к контролирующим лицам с общегражданским деликтным иском о возмещении вреда. Суды трех инстанций в

иске отказали, сославшись на то, что конкурсное производство в отношении должника завершено, дело о привлечении к субсидиарной ответственности прекращено, а иск о причинении вреда непосредственно банку умышленными действиями ответчиков по предоставлению недостоверной документации в целях получения кредита возможен только после доказательства совершения ответчиками преступления в ходе уголовного судопроизводства.

Однако Верховный Суд Российской Федерации отменил все принятые по делу судебные акты и направил дело на новое рассмотрение, указав, что возмещение убытков, возникших вследствие причинения вреда другому лицу, является универсальным способом защиты права (ст. 8 ГК РФ) [Садиков О.Н., 2009: 6]. Банком в рамках дела о несостоятельности (банкротстве) общества было заявлено требование, вытекающее из договора кредита, которое не удовлетворено, что не лишает его права на обращение с требованием о возмещении убытков в порядке ст. 1064 ГК РФ к лицам, причинившим своими действиями такой вред. Противоправное поведение (в частности, умышленный обман контрагента) лица, осуществляющего функции единоличного исполнительного органа, или иного представителя, повлекшее причинение вреда третьим лицам, может рассматриваться в качестве самостоятельного состава деликта.

Фактически Верховный Суд Российской Федерации признал возможность взыскивать причиненный кредиторам вред несостоятельного должника не в конкурсную массу по закону о банкротстве, а напрямую в пользу соответствующего кредитора, если привлечение к ответственности по нормам закона о банкротстве оказалось невозможным, при этом указано на необходимость установления умысла в действиях ответчиков. Тем самым в данном деле просматриваются черты особой и прямой корпоративной ответственности контролирующих лиц за вред, причиненный имущественным правам кредиторов.

В то же время сама возможность привлечения контролирующих лиц к ответственности после завершения процедуры банкротства по нормам об общегражданском деликте вызывает большие сомнения, так как в этом случае взыскание осуществляется в обход конкурсной массы и кредитор получает неоправданные преимущества перед другими кредиторами, которые утратили возможность получить удовлетворение в ходе процедур банкротства.

Похожая проблема соотношения ответственности контролирующих лиц в законодательстве о банкротстве и общегражданской деликтной ответственности рассматривалась и Конституционным Судом Российской Федерации по делу Нужина А.П. В данном деле выявлена неопределенность в вопросе о возможности взыскания убытков по нормам деликтного права наряду с субсидиарной ответственностью, предусмотренной законодательством о банкротстве: должен ли директор, нарушивший обязанность своевременной

подачи заявления о банкротстве (и который понес субсидиарную за это ответственность), возмещать, кроме того, убытки, которые образовались у налогового органа как заявителя в связи с несением расходов на ведение дела о банкротстве? Конституционный Суд Российской Федерации принципиально признал возможность одновременного применения к директору как субсидиарной ответственности за неподачу заявления при банкротстве, так и норм об общегражданском деликте. В то же время было установлено, что директор не должен возмещать налоговому органу убытки, если нет всех элементов состава гражданского правонарушения, и если налоговый орган сам неадекватно оценил потенциальную невозможность возмещения расходов на ведение дела за счет конкурсной массы организации-должника. Хотя такое решение представляется спорным. В силу закона соответствующие расходы при недостаточности имущества должника несет заявитель (в данном случае — уполномоченный орган), поэтому директор, как представляется, в принципе не должен возмещать в качестве убытков эти расходы.

3.3. Непонимание самой правовой природы ответственности контролирующих лиц при банкротстве

Непонимание самой правовой природы ответственности контролирующих лиц при банкротстве влечет за собой множество практических проблем. Сам факт помещения соответствующих норм в законодательство о несостоятельности дает повод трактовать такую ответственность как особую «банкротную» ответственность контролирующих лиц, отличающуюся от ответственности, предусмотренной законодательством о юридических лицах. В связи с этим и законодательство, и судебная практика пошли по пути расширения возможностей привлечения к ответственности контролирующих лиц при банкротстве по сравнению с ответственностью таких лиц, предусмотренной законодательством о юридических лицах. Появившаяся в Законе о несостоятельности новая гл. III.2 «Ответственность руководителя должника и иных лиц в деле о банкротстве» существенно упрощает привлечение к ответственности контролирующих лиц по обязательствам компании-должника перед кредиторами, в том числе вводит типовые доказательственные презумпции причинной связи, презумпцию вины контролирующего лица, искажает суть «правила делового решения». В результате при банкротстве организации контролирующие ее лица по существу могут быть привлечены к ответственности лишь за сам факт контроля, что, по сути, ведет к размыванию границ юридического лица и грубому нарушению «принципа отделения».

Представляется, однако, что ответственность контролирующих лиц при банкротстве — это всего лишь разновидность корпоративной ответственности на стадии прекращения деятельности юридического лица в условиях не-

достаточности его имущества. Она возникает в относительных корпоративных отношениях, связанных с управлением юридическим лицом, и должна подчиняться общим правилам корпоративной ответственности, предусмотренным законодательством о юридических лицах.

Все нарушения, которые совершаются контролирующими лицами, за которые их привлекают к ответственности при банкротстве, так или иначе связаны с нарушениями при осуществлении управленческих полномочий, а сама процедура банкротства есть не что иное, как переход управленческих полномочий от участников (учредителей) и органов юридического лица соответственно к кредиторам и арбитражному управляющему. Поэтому любое банкротство юридического лица — это продолжение корпоративных отношений на стадии прекращения организации-должника в условиях недостаточности имущества. Согласно такому подходу, вопросы ответственности контролирующих лиц при банкротстве в целом мало чем отличаются от ответственности контролирующих лиц в обычный период деятельности юридического лица.

Необходимость подчинения ответственности контролирующих лиц при банкротстве основным принципам корпоративных отношений признается и Верховным Судом Российской Федерации, который разъяснил, что «привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности является исключительным механизмом восстановления нарушенных прав кредиторов. При его применении судам необходимо учитывать как сущность конструкции юридического лица, предполагающей имущественную обособленность этого субъекта (п. 1 ст. 48 ГК РФ), его самостоятельную ответственность (ст. 56 ГК РФ), наличие у участников корпораций, учредителей унитарных организаций, иных лиц, входящих в состав органов юридического лица, широкой свободы усмотрения при принятии (согласовании) деловых решений, так и запрет на причинение ими вреда независимым участникам оборота посредством недобросовестного использования института юридического лица (ст. 10 ГК РФ)».

Между тем, должная ясность о соотношении норм о корпоративной, «банкротной», договорной и деликтной ответственности на практике до сих пор отсутствует, а Верховный Суд Российской Федерации допускает одновременное применение всех этих видов ответственности к контролирующим лицам. Так, в п. 2 указанного Постановления Пленума ВС Российской Федерации установлено, что при привлечении контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности в части, не противоречащей специальным положениям Закона о несостоятельности, подлежат применению общие положения глав 25 и 59 ГК РФ об ответственности за нарушение обязательств и об обязательствах вследствие причинения вреда.

3.4. Неопределенность содержания фидуциарной обязанности действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица

Неопределенность содержания фидуциарной обязанности действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица при применении норм об ответственности директоров (п. 3 ст. 53, ст. 53.1 ГК РФ) порождает множество практических вопросов [Агламазова В.В., 2012, 23–29]; [Бойко Т.С., 2019: 62–67]; [Шашков Ю.В., 2009: 216–227]; [Шикин С.А., 2018: 44–46].

В ходе реформы ГК РФ введена презумпция оспоримости любой недействительной сделки, а также принцип эстоппеля, не позволяющий оспаривать сделку лицу, которое своим поведением признавало ее действие. В результате оспаривание гражданско-правовых сделок было существенно затруднено. Это привело к тому, что убыточные для юридического лица сделки остаются в силе, а суды призывают привлекать к ответственности за причиненные убытки директоров. При этом при оценке того, нарушил ли директор обязанность действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица, применяется расширительное толкование закона, при котором директор несет ответственность за самый широкий круг недобросовестных и неразумных действий, который законодатель, очевидно, не имел в виду [Степанов Д.И., Михальчук Ю.С., 2018: 8–63].

Такой подход, к сожалению, получил поддержку в Постановлении Пленума ВАС Российской Федерации об ответственности директоров. В данном Постановлении понятия «корпоративной» добросовестности и разумности, предусмотренные в п. 3 ст. 53 и ст. 53.1 ГК РФ, отчасти отождествляются с аналогичными общегражданскими понятиями, предусмотренными в п. 3 ст. 1, п. 5 ст. 10 ГК РФ. Однако при этом не учитывается, что в ст. 53 и 53.1 ГК РФ речь идет об обязанности добросовестно и разумно действовать в чужих интересах, т.е. в интересах юридического лица, пренебрегая собственными интересами. Однако по общему правилу участники гражданского оборота действуют в собственных интересах, что прямо предусмотрено в п. 2 ст. 1 ГК РФ. Тем самым между общегражданской и корпоративной добросовестностью и разумностью имеются принципиальные различия. Например, общегражданская добросовестность определяется Верховным Судом Российской Федерации как «поведение, ожидаемое от любого участника гражданского оборота, *учитывающего (курсив мой — О.Г.)* права и законные интересы другой стороны, содействующего ей в том числе в получении необходимой информации». В то время как обязанность действовать в интересах юридического лица предполагает особую, «усиленную» добросовестность в виде преданности интересам корпорации (*duty of loyalty*), и особую, «усиленную» разумность в виде приложения максимальных усилий при управлении

юридическим лицом, соблюдая лучшие практики корпоративного управления при сохранении права на бизнес-ошибку («правило делового решения»).

Непонимание данных отличий ведет по существу к безграничной ответственности директора за любые неразумные и (или) недобросовестные действия.

Также крайне расширительное толкование в судебной практике получил принцип, согласно которому директор отвечает за «ненадлежащую организацию системы управления юридическим лицом», за недобросовестное и (или) неразумное «осуществление обязанностей по выбору и контролю за действиями (бездействием) представителей, контрагентов по гражданско-правовым договорам, работников юридического лица». На основании этого принципа фактически директор привлекается к ответственности за многочисленные нарушения, совершенные контрагентами (неисполнение договорных обязательств) или работниками юридического лица (нарушения ведения бухучета, правил приемки товаров на склад и т.д.) на том основании, что он неправильно выбрал или не проконтролировал соответствующего контрагента или работника, или неправильно организовал систему управления юридическим лицом.

Все это ведет к тому, что директор должен отвечать абсолютно за все: и за свои неразумные и недобросовестные действия, и за действия контрагентов, не исполнивших обязательство, и за действия своих работников. Тем самым размываются границы юридического лица, страдают интересы участников корпоративных отношений, в том числе кредиторов, возникают неразрешимые вопросы о конкуренции исков о привлечении к специальным видам ответственности, предусмотренной законодательством о юридических лицах, и исков о привлечении к деликтной или к договорной ответственности.

3.5. Неоправданная подмена публично-правовой ответственности юридического лица гражданско-правовой ответственностью участников и иных контролирующих лиц

Неоправданная подмена публично-правовой ответственности юридического лица гражданско-правовой ответственностью участников и иных контролирующих лиц допускается в судебной практике в нарушение принципа отделения. Это проявляется в двух аспектах: 1) привлечение директора (контролирующего лица) к ответственности за убытки, которые понесло юридическое лицо в связи с уплатой последним публично-правовых санкций за различные нарушения законодательства; 2) привлечение директора к ответственности за убытки, которые понесло государство в связи с непоступлением в бюджет сумм обязательных платежей и штрафных санкций, которые должно было уплатить юридическое лицо.

Однако публично-правовые обязанности (и публично-правовые санкции за их нарушение) в принципе не могут и не должны перекладываться на контролирующих лиц не только в силу принципа раздельной имущественной ответственности юридического лица и его участников, но и в силу принципиально иной правовой природы соответствующих платежей, размер и основания которых устанавливаются законодательством адресно именно в отношении юридических лиц с учетом сферы и масштабов их деятельности, и не могут «автоматически» переноситься на физических лиц, контролирующих деятельность юридического лица. Отчасти это было признано и Конституционным Судом Российской Федерации, который, признав принципиальную возможность взыскания с контролирующих лиц убытков (ст. 1064 ГК РФ), причиненных государству налоговыми преступлениями (в размере непоступивших в бюджет недоимки и пени), тем не менее, ограничил эту возможность следующими правилами:

должны быть установлены все элементы состава гражданского правонарушения (в том числе вина). Сам факт приговора не может расцениваться как безусловно подтверждающий виновность в причинении имущественного вреда;

должна быть установлена невозможность исполнения публично-правовых обязанностей самой организацией-налогоплательщиком (кроме случаев, когда установлено, что организация является лишь «прикрытием» для действий контролирующего физического лица);

размер ответственности физического лица может быть снижен с учетом его имущественного положения, степени вины, характера уголовного наказания для определения размера возмещения вреда.

Тем самым Конституционный Суд Российской Федерации частично признал действие принципа отделения в сфере разграничения публично-правовой и гражданско-правовой ответственности, указав, что вред, причиненный преступлением, не может взыскиваться с физического лица до тех пор, пока юридическое лицо само способно возместить этот вред. Однако неспособность юридического лица самостоятельно исполнять публично-правовые обязательства по существу свидетельствует о его банкротстве, и в таких обстоятельствах ответственность за вред, причиненный преступлением, по общим нормам деликтного права (ст. 1064 ГК) является излишней. В подобной ситуации права кредиторов (в том числе деликтных) защищаются правилами о субсидиарной ответственности при банкротстве, там же выявляется недостаточность имущества, а вред возмещается с учетом интересов всех кредиторов. Применение деликтной ответственности в данном случае осуществляется, по сути, в обход законодательства о банкротстве и ущемляет интересы остальных кредиторов несостоятельного юридического лица.

3.6. Трудности при определении субъектного состава лиц, имеющих право предъявлять иски о привлечении контролирующих лиц к корпоративной ответственности, а также при определении круга самих несущих такую ответственность субъектов

Трудности при определении субъектного состава лиц, имеющих право предъявлять иски о привлечении контролирующих лиц к корпоративной ответственности, а также при определении круга самих несущих такую ответственность субъектов на практике возникают постоянно. Особенно остро данная проблема проявилась в отношении лиц, являющихся бенефициарами (выгодоприобретателями) от деятельности компании, но формально не обладающих корпоративными управленческими полномочиями.

В качестве примера можно привести спор в Арбитражном суде Республики Хакасия по делу № А74-3619/2018 (дело Постригайло — «Разрез Аршановский»). В нем возник вопрос о допустимости «двойного» или «производного» косвенного иска: может ли косвенный иск об убытках заявляться только участником, или же заявить требование об убытках может бенефициарный владелец, имеющий лишь отдаленное отношение к компании? В данном деле гражданин Постригайло от имени ООО «Разрез Аршановский» обратился в суд с иском по ст. 53.1 ГК РФ о привлечении к ответственности за убытки граждан Луневых о взыскании с них солидарно 14 млрд. руб. в пользу ООО «Разрез Аршановский». Не являясь непосредственным участником ООО, Постригайло косвенно через цепочку других компаний владел 25% акций ООО, тем самым выступая конечным бенефициаром. Определением Арбитражного суда Республики Хакасия от 05.09.2018 иск был оставлен без рассмотрения, так как суд применил формальный подход: согласно ст. 53.1 ГК РФ косвенный иск в интересах компании может подавать только ее непосредственный участник. В то же время в деле Москалева против общества «Аспект-Финанс» Верховный Суд Российской Федерации по существу признал право Москалева как бенефициарного владельца общества обращаться с иском о признании недействительным решения собрания.

Кроме того, начинает складываться судебная практика, допускающая возможность привлечения к ответственности лиц, формально не обладающих корпоративным контролем, но в то же время являющихся конечными выгодоприобретателями от деятельности компании. Примером является спор о привлечении к ответственности контролирующих лиц компании «Дальняя степь», в котором компания HSBC Management признана контролирующим лицом, так как она является одним из косвенных выгодоприобретателей по расходным операциям (компанией были через аффилированный банк выведены все активы должника на сумму более 1 млрд. руб. при существующей задолженности перед бюджетом по налогам). Другим примером является

спор о привлечении к ответственности лиц, контролирующих компанию «ИНКОМ». В нем концерн «РИАЛ» контролировал (был формальным участником) компанию «ИНКОМ». В свою очередь, концерн «РИАЛ» контролировался гражданином Абазеховым, которого привлекли к субсидиарной ответственности по обязательствам компании «ИНКОМ» на основании того, что он получал выгоду от деятельности компании РИАЛ.

Изложенные выше многочисленные примеры, на наш взгляд, с очевидностью демонстрируют настоятельную необходимость всесторонней разработки категории корпоративной ответственности и в науке, и в законодательстве, и в судебной практике.

4. Принципы корпоративной ответственности

В самых общих чертах корпоративная ответственность должна быть основана на следующих основных принципах.

4.1. Принцип раздельной имущественной ответственности юридического лица, его участников, членов органов управления, иных лиц, как проявление более общего принципа отделения

Применение доктрины «снятия корпоративных покровов» в нарушение этого принципа может и должно иметь место лишь в исключительных случаях, прямо предусмотренных законом, которые должны быть связаны: 1) либо с недостаточностью имущества самого юридического лица (на стадии банкротства или в условиях недоформирования имущества при создании компании); 2) либо с умышленным причинением вреда правам кредиторов и иных участников корпоративных отношений (корпоративным деликтом).

Неоправданно широкое применение этой доктрины (например, привлечение основного общества по долгам дочернего к солидарной ответственности — п. 2 ст. 67.3 ГК РФ) может привести лишь к проблемам правоприменительной практики, отрицанию самой конструкции юридического лица, нарушению прав и законных интересов участников (учредителей) юридических лиц и судебному произволу.

4.2. Принцип специалитета

Принцип специалитета — ответственность наступает только в виде тех санкций, по тем основаниям и в отношении тех субъектов, которые прямо указаны в законе. Например, возмещение убытков должно предоставляться в строго определенных в законе случаях, т.е.: 1) должна быть указана сама возможность и условия предъявления иска об убытках, с описанием состава

ва соответствующего нарушения; 2) должно быть указано лицо, которое несет ответственность; 3) должны быть указаны лица, которые имеют право предъявлять соответствующее требование (в свою пользу или в пользу другого лица).

Введение такого исчерпывающего перечня (*numerus clausus*) случаев корпоративной ответственности обусловлено сложной структурой корпоративных отношений, их длящимся и непредсказуемым характером, изменчивостью корпоративного законодательства, его императивностью. Если из содержания заключаемого договора можно сразу определить, что составляет нарушение вытекающих из него прав и обязанностей, то в корпоративном праве это не всегда возможно. Основные аргументы в пользу введения принципа специалитета заключаются в следующем:

ответственность наступает за неисполнение обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом, и потому установить имущественные негативные последствия или убытки от нарушения неимущественных управленческих обязанностей крайне сложно;

в корпоративных отношениях существует эффект «сообщающихся сосудов», когда в одной и той же имущественной массе (сумме возмещаемых убытков) заинтересованы все участники корпоративных отношений (мажоритарии и миноритарии, кредиторы, менеджеры и т.д.). Предоставление иска об убытках в пользу одного участника может повлечь за собой ущемление интересов других участников или кредиторов юридического лица, которые лишатся возможности претендовать на причитающуюся им часть «корпоративного пирога». Наиболее очевидно это с взысканием так называемых «отраженных убытков», когда убытки, причиненные корпорации, отражаются на стоимости акций (долей) участников (при выводе контролирующими лицами активов корпорации, при осуществлении директором конкурирующей с корпорацией деятельности и т.д.). Предоставление прямого иска об отраженных убытках против менеджеров в пользу отдельных участников, а не самой корпорации, объективно снижает шансы всех остальных (других участников, кредиторов) пропорционально удовлетворить свои требования и возместить собственные имущественные потери;

существует выработанное на практике правило о недопустимости конкуренции договорных и деликтных исков: при причинении вреда в ходе исполнения договора предъявляется иск из договора. Аналогичным образом в случае причинения вреда при осуществлении корпоративных относительных прав (исполнении корпоративных обязанностей) убытки должны возмещаться по правилам корпоративного, а не деликтного права. Нормы корпоративного права должны иметь приоритет перед общими правилами о возмещении убытков по договорному или деликтному праву, как специальные нормы, исключаящие действие общих.

Если же в корпоративных отношениях давать право иска об убытках всем и всегда, когда умаляются чьи-либо имущественные интересы в связи с ненадлежащим управлением юридическим лицом, то это приведет к хаосу, сутяжничеству, нарушению прав иных участников, войне всех против всех и дестабилизацией гражданского оборота.

4.3. Принцип персонализации корпоративной ответственности

Принцип персонализации корпоративной ответственности который заключается в том, что лицо, обладающее управленческими полномочиями, должно отвечать лишь за свои собственные действия, а не за действия работников юридического лица или его контрагентов.

4.4. Принцип дифференциации

Принцип дифференциации который заключается в строгом разграничении корпоративной ответственности от иных видов юридической ответственности: как от иных видов гражданско-правовой ответственности (договорной и деликтной), так и от различных видов публично-правовой ответственности (административной, таможенной, налоговой) самого юридического лица и иных участников корпоративных отношений.

Совокупность указанных принципов корпоративной ответственности позволяет обеспечить соблюдение конституционных принципов справедливости, соразмерности, правовой определенности и пропорциональности юридической ответственности, недопущение смешения публично-правовой и гражданской ответственности юридического лица как самостоятельного субъекта гражданского права, с одной стороны, и гражданско-правовой корпоративной ответственности иных субъектов корпоративных отношений за совершение корпоративных правонарушений, с другой стороны.

Заключение

В целом проблематика гражданско-правовой ответственности как таковой занимает важнейшее место в цивилистической доктрине [Иоффе О.С., 2003: 203;] [Крашенинников Е.А., 2012: 11] и в законодательстве. Без ответственности в любой отрасли права, в том числе в гражданском праве нет и самого права постольку, поскольку оно в данном случае является неработоспособным.

Как было показано выше, необходимость разработки в гражданском праве особой категории корпоративной ответственности подтверждается

вескими нормативными, теоретическими и практическими основаниями, в том числе судебной практикой арбитражных судов и Конституционного Суда, перед которыми регулярно возникают вопросы о природе ответственности тех или иных участников корпоративных отношений. При этом остро ощущается необходимость разработки общих теоретических подходов к проблематике правовой природы той ответственности, которая возникает в отношениях, связанных с управлением юридическим лицом.

Главная суть особой корпоративной ответственности состоит в том, что она возникает в относительных корпоративных отношениях, связанных с управлением юридическими лицами. Такая ответственность имеет особые правовые основания и возникает в случаях, которые предусмотрены нормами законодательства о юридических лицах, а также корпоративными актами или корпоративным или иным договором, опосредующим управленческие отношения в юридическом лице.

Поэтому принципиальной для выделения корпоративной ответственности становится особая природа корпоративных отношений. Если корпоративные отношения рассматривать в качестве разновидности обязательственных отношений, то корпоративная ответственность превращается всего лишь в разновидность ответственности за нарушение обязательств или в договорную ответственность. В таком случае, по сути, все корпоративное право сводится к договорному праву. Однако законодатель в п. 1 ст. 2 ГК РФ уже давно определился в том, что корпоративные отношения — это особая разновидность гражданско-правовых отношений, отличающихся от договорных или и обязательственных [Суханов Е.А., 2018: 141]. Следовательно, и корпоративная ответственность в рамках отдельных корпоративных отношений имеет право на самостоятельное существование.

Существо корпоративной ответственности проявляется также в ее принципах. В первую очередь, речь идет о принципе раздельной имущественной ответственности юридического лица и тех лиц, которые стоят за ним (так называемом субстрате юридического лица), который является проявлением более общего принципа отделения личности и имущества юридического лица от личности и имущества его участников. Помимо этого, корпоративная ответственность основана на принципах специалитета, персонализации и дифференциации. Принцип специалитета вытекает преимущественно из императивного метода регулирования корпоративных отношений и субординационного характера самих этих отношений, то есть отношений, которые основаны на методе частноправовой субординации.

Корпоративную ответственность характеризует и особый набор субъективных оснований: в зависимости от вида ответственности ими могут являться и вина в объективном смысле, и риск как сознательное допущение

негативных последствий от выступления юридического лица в гражданском обороте, и в отдельных случаях умышленная форма вины.

Помимо этого, признаком всех видов корпоративной ответственности является то, что она имеет особых субъектов, которые связаны с юридическим лицом управленческими относительными отношениями и наделены в той или иной мере управленческими полномочиями в отношении юридического лица. При этом основными субъектами корпоративной ответственности являются контролирующие лица. Другие лица, которые не являются контролирующими, также могут нести корпоративную ответственность в случаях, установленных законодательством, но объем этой ответственности должен зависеть от объема управленческих полномочий.

Еще одной характеристикой корпоративной ответственности является то, что она не является единой и дифференцируется на две основных разновидности: ответственность за корпоративные правонарушения (за неправомерное поведение); и «квазикорпоративная ответственность», т.е. ответственность за нарушения, которые не связаны с противоправными действиями, а вызванная тем, что участники любого юридического лица, вступая в него, сознательно принимают на себя риск неблагоприятных имущественных последствий от участия юридического лица в гражданском обороте.

Каждая из этих разновидностей корпоративной ответственности имеет особенности. Так, ответственность за корпоративные правонарушения отличается от деликтной или договорной прежде всего по своему основанию. Договорная ответственность наступает за нарушение относительных обязанностей, установленных договором; деликтная ответственность наступает за причинение вреда личности или имуществу лицом, не состоящим с потерпевшим в каких-либо правоотношениях. Корпоративная ответственность наступает за нарушение относительных корпоративных обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом, предусмотренных нормами законодательства о юридических лицах, корпоративными актами и договором, опосредующим «управленческие» отношения. Ответственность за корпоративные правонарушения имеет и множество других особенностей, которые связаны со спецификой нарушаемых фидуциарных обязанностей действовать в чужих интересах, особенностями вины, правилом «делового решения», типовыми доказательственными презумпциями, спецификой причинно-следственной связи.

Особо перспективным для дальнейших исследований в рамках проблематики корпоративной ответственности за корпоративные правонарушения является разработка категории корпоративного деликта, или причинения вреда (в том числе относительным имущественным правам) со стороны субъектов корпоративных отношений, вызванное нарушением относитель-

ных корпоративных обязанностей, связанных с управлением юридическим лицом. Субъективным основанием такой ответственности должен быть умысел причинителя вреда (корпоративного деликвента), бремя доказывания которого должно лежать на потерпевшем.

Общие нормы о корпоративной ответственности должны быть унифицированы применительно ко всем юридическим лицам непосредственно в ГК РФ. При этом, исходя из принципов специалитета и дифференциации, необходимо последовательно разграничить нормы об отдельных видах корпоративной ответственности по основаниям, субъектам, санкциям, видам корпоративных правонарушений.



Библиография

Агламазова В.В. Концепция фидуциарных правоотношений и возможность ее применения в корпоративном праве России // Предпринимательское право. Приложение. 2012. № 1. С. 23–29.

Бабаев А.Б. Методологические предпосылки исследования корпоративных правоотношений // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 5–22.

Бойко Т.С. Защита прав и интересов миноритарных участников непубличного общества в праве России, США и Великобритании. М.: Статут, 2019. 255 с.

Витрянский В.В. Ответственность за нарушение договорного обязательства / Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 490–623.

Егорова М.А. Правовая природа корпоративного управления / Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве. М.: Юстицинформ, 2015. С. 277–314.

Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву / Избранные труды Т. I. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 194–572.

Каминка А.И. Акционерные компании: Юридическое исследование. Т. 1. СПб.: Ландау, 1902. 512 с.

Ключарева Е.М. Правило защиты делового решения в делах о привлечении к ответственности директоров: законодательство и практика штата Делавэр (США), Германии и России // Закон. 2015. № 11. С. 132–141.

Крашенинников Е.А. Понятие гражданско-правовой ответственности // Вестник ВАС РФ. 2012. № 5. С. 6–11.

Ломакин Д.В. Корпоративные правоотношения: общая теория и практика ее применения в хозяйственных обществах. М.: Статут, 2008. 511 с.

Морозов С.Ю. Метод юридического равенства сторон и принцип подчинения в корпоративном праве России // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2017. № 2. С. 181–191.

Ойгензихт В.А. Категория «риска» в советском гражданском праве // Правоведение. 1971. № 5. С. 64–70.

Петражицкий Л.И. Акции, биржевая игра и теория экономических кризисов. СПб.: Тип. М. Меркушева, 1911. 319 с.

Садииков О.Н. Убытки в гражданском праве Российской Федерации. М.: Статут, 2009. 221 с.

Синицын С.А. Абсолютные и относительные субъективные права. Общее учение и проблемы теории гражданского права: сравнительно-правовое исследование. М.: Юриспруденция, 2015. 568 с.

Степанов Д.И., Михальчук Ю.С. Ответственность директора перед корпорацией за причиненные ей убытки в судебной практике // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2018. № 4 (приложение). 142 с.

Суханов Е.А. О предмете корпоративного права / Проблемы кодификации корпоративного и вещного права: избранные труды 2013–2017 гг. М.: Статут, 2018. С. 141–163.

Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.

Цепов Г.В. Можно ли судить за глупость? Деловое суждение и его объективная оценка // Закон. 2015. № 12. С. 159–178.

Шикин С.А. Фидуциарные обязанности директоров корпораций в российском и англо-американском праве // Гражданское право. 2018. № 4. С. 44–46.

Шашков Ю.В. Фидуциарные обязанности директора: от англо-американской правовой доктрины к российской корпоративной практике // Закон. 2009. № 12. С. 216–227.

Шиткина И.С. Понятие и источники корпоративного права / Корпоративное право: В 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2017. С. 49–132.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

The Grounds for Development of Corporate Liability Category in Civil Law



Oleg Gutnikov

Chief Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: oleg_gutnikov@mail.ru



Abstract

The article reveals the regulatory, theoretical and practical foundations of developing a corporate liability category. The essence of corporate liability lies in the fact that it arises in relative corporate relations associated with the management of legal persons. The normative basis for corporate liability performs self selection in p. 1 of Art. 2 of the Civil Code of the Russian Federation corporate relations as an independent variety of civil law relations associated with participation in corporate organizations or with their management. The normative basis of corporate liability is also the special nature of legal sources providing for corresponding liability: these are the norms of legislation on legal entities, corporate acts, and a corporate agreement related to the management of a legal entity. The theoretical basis for identifying the corporate liability category is the relativity of corporate management duties established by corporate law, the violation of which causes harm and the violation of the subjective civil rights of other participants of civil turnover. The article reveals the practical grounds for identifying the corporate liability category,

which are expressed in the absence of uniform judicial practice in resolving several key issues for the prosecution of participants of corporate relations. These include issues of correlation of norms on corporate, tort, contractual liability, on the liability of controlling persons in bankruptcy, on public liability of a legal entity. Also unresolved in practice are questions about determining the legal nature of the liability of controlling persons in bankruptcy; on the content of the fiduciary duty to act in good faith and reasonably in the interests of a legal entity. A special set of principles of corporate liability is proposed (the principle of separate property liability, principles of specialty, personalization and differentiation) and the reasons for their establishment. The purpose of the article is to justify the need to develop a separate category of corporate liability in civil law. Based on the study of the Russian doctrine and judicial practice a number of conclusions and proposals were prepared regarding the essence of corporate liability and necessity of its allocation in a separate civil category. The basics of the study are general methods of study (analysis and synthesis, induction and deduction, system analysis) and methods of legal science (methods of comparative law, literal, systematic, teleological and historical interpretation of legal norms).



Keywords

legal entities; civil liability; corporate liability; contractual liability; tort liability; corporate relations; corporate offense; principles of corporate liability.

For citation: Gutnikov O.V. (2019) The Grounds for Development of Corporate Liability Category in Civil Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 4–30 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.4.30



References

- Aglamazova V.V. (2012) The Concept of Fiduciary Legal Relations and the Possibility of its Application in Corporate Law of Russia. *Predprinimatelskoie pravo*, no 1, appendix, pp. 23–29 (in Russian)
- Babayev A.B. (2007) Methodological Background of the Study of Corporate Relations. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 4, pp. 5–22 (in Russian)
- Boyko T.S. (2019) *Protection of the Rights and Interests of Minority Participants in Non-public Corporation in the Law of Russia, the USA and Great Britain*. Moscow: Statut, 255 p. (in Russian)
- Egorova M.A. (2015) *Legal Nature of Corporate Governance. Coordination of Economic Activity in the Russian Legal Space*. Moscow: Yustitsinform, pp. 277–314 (in Russian)
- Ioffe O.S. (2003) *Liability Under Soviet Civil Law*. Selected Works. Vol. 1. Saint Petersburg: Yuridicheskiy Tsentr Press, pp. 194–572 (in Russian)
- Kaminka A.I. (1902) *Joint Stock Companies: Legal Research*. Saint Petersburg: Landau, 512 p. (in Russian)
- Klyucharyova E.M. (2015) Business Judgement Rule in Cases Involving the Prosecution of Directors: Legislation and Practice in Delaware (USA), Germany and Russia. *Zakon*, no 11, pp. 132–141 (in Russian)
- Krashennikov E.A. (2012) The Concept of Civil Liability. *Vestnik vysshego arbitrazhnogo suda Rossiyskoy Federatsii*, no 5, pp. 6–11 (in Russian)
- Lomakin D.V. (2008) *Corporate Legal Relations: Theory and Practice in Commercial Companies*. Moscow: Statut, 511 p. (in Russian)

- Morozov S. Yu. (2017) The Method of Legal Equality of Parties and the Principle of Subordination in Corporate Law of Russia. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskiye nauki*, no 2, pp. 181–191 (in Russian)
- Oygenzikht V.A. (1971) The Category of «Risk» in Soviet Civil Law. *Pravovedeniye*, no 5, pp. 64–70 (in Russian)
- Petrzhitskiy L.I. (1911) *Stocks. Exchange Game and Theory of Economic Crises*. Vol. 1. Saint Petersburg: M. Merkushev, 319 p. (in Russian)
- Sadikov O.N. (2009) Damages in the Civil Law of the Russian Federation. Moscow: Statut, 221 p. (in Russian)
- Shashkov Yu. V. (2009) Fiduciary Duties of a Director (Director's Fiduciary Duties): from the Anglo-American Legal Doctrine to Russian Corporate Practice. *Zakon*, no 12, pp. 216–227 (in Russian)
- Shikin S.A. (2018) Fiduciary Duties of Corporate Directors in Russian and Anglo-American Law. *Grazhdanskoye pravo*, no 4, pp. 44–46 (in Russian)
- Shitkina I.S. (2017) *The Concept and Sources of Corporate Law. Corporate Law*. Vol. 1. Moscow: Statut, pp. 49–132 (in Russian)
- Sinitsyn S.A. (2015) *Absolute and Relative Subjective Rights. General Doctrine and Problems of the Theory of Civil Law: Comparative Research*. Moscow: Yurisprudentsiya, 568 p. (in Russian)
- Stepanov D.I., Mikhal'chuk Yu.S. (2018) The Director's Liability to the Corporation for Damages Caused in Court Practice. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 4, appendix, 142 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2014) *Comparative Corporate Law*. Moscow: Statut, 456 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2018) *Subject of Corporate Law. Codification of Corporate and Property Law*. Moscow: Statut, pp. 141–163 (in Russian)
- Tsepov G.V. (2015) Is it Possible to Judge for Stupidity? Business Judgment and its Objective Assessment. *Zakon*, no 12, pp. 159–178 (in Russian)
- Vitryanskiy V.V. (1997) *Liability for violation of a contractual obligation. Contract Law*. Moscow: Statut, pp. 490–623 (in Russian)

Alteration of Time Limits of Performance of Tax Liability in the Russian Tax and Customs Law



Aleksandr Kozyrin

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



Aleksandr Yalbulganov

Professor, Department of Public Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: yalbulganov@hse.ru



Abstract

The article analyzes one of the central institutions of Russian tax law — alteration of the time limits for the payment of taxes. The right of the taxpayer to alter the execution of tax obligations, on one hand, demonstrates the desire of the legislator to ensure a balance of public and private interests in the implementation of tax regulation, and on the other hand, must guarantee the full implementation of the fiscal function of tax law. The fulfillment of the constitutional obligation to pay the established-by-law taxes involves the payment of taxes not only in full, but also on time. Alteration of the time limits doesn't cancel the existing tax obligation and doesn't create a new tax obligation. Having exercised the right to alter the time limit for fulfilling tax obligations, the taxpayer is able to pay tax at a later date than established by the legislation on taxes and fees, and at the same time not be held liable for violation of tax legislation. In order to maintain a balance of public and private interests in the tax sphere, a taxpayer's right to alter the time limits for the payment of taxes is compensated by his obligation to pay in established cases a percentage that compensates for the damage caused to the fiscal interests of the state and municipalities in the exercise of this right. The article analyzes the general procedure for exercising the taxpayer's right to alter the tax payment time limit established in the Tax Code of the Russian Federation (Chapter 9) and the acts of the Federal Tax Service adopted in accordance with it. Special cases of the realization of this right are also considered: when paying indirect taxes on goods imported into the territory of the customs union (in this case, the relevant norms of customs legislation are applied) and when altering the terms of payment of taxes credited to regional and local budgets (in this case, normative legal acts of constituent entities of the Russian Federation and municipalities). The article presents main forms of exercising the taxpayer's right to alter the terms of tax payment (deferral, installment plan and investment tax credit) and tax and customs authorities with the authority to make appropriate decisions. Particular attention is paid to the issues of protecting the fiscal interests of the state in case of termination of legal relations of altering the terms of payment of taxes (for example, protecting fiscal interests in case of early termination of the investment tax credit agreement).



Keywords

fiscal law, tax legislation, customs legislation, tax liability, alteration of the time limits of performance of tax liability, deferral of tax payment, installment, investment tax credit.

Acknowledgments: The article is fulfilled within framework of Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University) in 2019–2020 (grant N 19-01-036) and within framework of Russian Academic Excellence Project “5-100”.

For citation: Kozyrin A.N., Yalbulganov A.A. (2019) Alteration of Time Limits of Performance of Tax Liability in the Russian Tax and Customs Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 31–51 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.31.51

Introduction

The fiscal principle of tax regulation is reflected in the provisions of the legislation on taxes and levies, which define the actions of the taxpayer to fulfill the obligation to pay taxes, levies, social contributions.

The fulfillment of the tax obligation implies that the payment of taxes, levies, social contributions must be made, firstly, in full, and, secondly, on time: the obligation to pay a tax must be fulfilled within the time limit set by legislation on taxes and levies (Cl. 1 of Art. 45 of the Tax Code of the Russian Federation (hereinafter — “Tax Code”).

1. The concept of the time limits of performance of tax liability

The time limit for tax payment is one of the mandatory elements of taxation, which is determined by the legislation on taxes and levies when setting a tax. Payment time limits as defined in Art. 57 of the Tax Code are established in relation to each tax, levy, social contribution. In case of its violation, penalties are paid in the manner and on the conditions stipulated by the Tax Code of the Russian Federation, and the amount not paid in time becomes an arrears and is subject to levy in the prescribed manner. The Tax Code (Art. 58) provides for the accrual of penalties also in case of violation of the time limits for the payment of advance payments provided for by the legislation on taxes and levies for certain taxes (income tax, transport tax, property tax of organizations, for example).

Thus, the fiscal parameters of the tax liability are not limited only to determining the amount of tax payment, but also imply the obligatory fixing of the term

of such payment. Violation of the period for fulfillment of tax obligations obviously damages the fiscal interests of the state and local governments (*mestnoe samoupravlenie*). In such cases, the state, following the need for timely and full levy of legally established taxes and levies as a condition for proper financial support of the constitutional functions of public authority and exercising its fiscal sovereignty, has the right and the obligation to establish effective control mechanisms and responsibilities in the field of taxation, which, without violating constitutional rights and freedoms of man and citizen, would ensure the proper implementation by taxpayers of the tax duty imposed on them and the protection of the public interest in cases of non-payment or partial payment of the tax (the definition of the Constitutional Court on December 7, 2010 № 1572-O-O).

Failure to pay tax on time, as the Constitutional Court of the Russian Federation notes in its decisions, should be compensated by “repaying a tax and full compensation for damage suffered by the state as a result of late tax payment”, and this is why the amount of tax not paid on time (arrears) is added penalty as an additional payment to compensate for the “loss of the state treasury as a result of the failure to receive tax amounts on time in case of a tax delay” (Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation of December 17, 1996 G. № 20-P).

The time limits for the payment of tax should be defined in the act of legislation on taxes and levies clearly, so that every taxpayer knows when he should pay a tax, levy, social contribution.

In tax law, the time limits can be determined in several ways:

a calendar date (for example, water tax is payable no later than the 20th day of the month following the expired tax period (Art. 333.14 of the Tax Code), transport tax by individuals is paid no later than December 1 of the year following the expired tax period (Art. 363 of the Tax Code),

expiration of a period of time calculated in years, quarters, months and days (for example, in the Kaluga region, the property tax of organizations is paid within ten days from the day set for the submission of a tax return for the corresponding tax period (Art. 6 of the Law of the Kaluga region of November 10, 2003 № 263-OZ “On Corporate Property Tax”);

an indication of an event that must occur, or an action that must be committed (for example, the corporate profit tax is paid no later than the time limit set for filing tax returns for the relevant tax period (Art. 287 of the Tax Code), the state duty for application for the issuance of documents — prior to the issuance of documents (Art. 333.18 of the Tax Code).

The special importance of terms for tax regulation explains the inclusion in Art. 8 of the Tax Code, which establishes the rules for calculating the time limits in tax law (when determining a period of time, an action can be performed during the entire period of time; an action for which a time limit is set can be completed before 24 o'clock on the last day of the time limit, etc.).

The legislation on taxes and levies, setting time limits for the payment of taxes, levies, social contributions, while allowing for the early execution of tax duties.

2. The taxpayer's right to alter the time periods for the payment of tax, levy, social contribution

Ensuring parity of compliance with public and private interests in tax regulation, the legislator enshrines in the Tax Code (Art. 21) the taxpayer's right to alter the tax payment time limit in the manner prescribed by the legislation on taxes and levies.

An alteration in the time limit for the payment of tax means the transfer of the established time limit for payment, including the one that has not been incurred, to a later date. If the tax payment time limit is specified in the tax payment request sent to the taxpayer based on the results of the tax audit, then an alteration in the tax payment time limit is the postponement of the tax payment to a later date from the tax payment date indicated in the tax authority request. At the same time, the time limit for the payment of tax may be altered both with respect to the entire amount of tax payable, and to a separate part of it.

An alteration in the time limit for the payment of tax does not cancel the existing one and does not create a new duty to pay tax and levy. By realizing the right to alter the time for which the tax obligation is fulfilled, the taxpayer has the opportunity to pay tax later than the legislation on taxes and levies, and not to be held legally responsible for violating tax rules.

The taxpayer's right to alter the time limit for paying tax to maintain a balance of public and private interests in the tax sphere is compensated by his duty to pay, in established cases, the interest that compensates for the damage caused to the fiscal interests of the state and municipalities in the exercise of this right.

The general procedure for exercising the taxpayer's right to alter the tax payment time limit is determined by the Tax Code (Chapter 9) and adopted in accordance with Art. 61 of the Tax Code by the order of the Federal Tax Service of Russia of December 16, 2016 № MMB-7-8/683 "On approval of the procedure for changing the time limit for tax payment, levy, social contribution, as well as penalties and fines by the tax authorities". The norms contained in these acts are applied when changing the term of taxes, levies, social contributions¹, including taxes paid in accordance with special tax regimes, as well as fines and penalties.

The procedure for alteration the time limit of taxes paid in connection with the movement of goods across the customs border of the Customs Union is established by acts of customs legislation — the EAEU Customs Code (Art. 58-60) and

¹ With the exception of social contributions in terms of amounts related to the formation of funds to finance a funded pension.

Federal Law № 289-FZ of August 3, 2018 “On Customs Regulation of the Russian Federation and on amendments to certain legislative acts of the Russian Federation ”(Chapter 9).

Regarding taxes and levies credited to regional and local budgets, relevant regulatory legal acts of constituent entities of the Russian Federation and municipalities may be adopted (for example, the Law of the Republic of Mordovia of May 4, 2009 “On the grounds and conditions for alteration the time limits for paying regional taxes”, the Law of Kaluga Region of September 30, 2013 № 468-OZ “On Investment Tax Credit”, Decision of the Arkhangelsk City Council of July 25, 2000 “On the Procedure for Granting Deferrals and Installment Plans for Payment of Taxes and Levies, as well as Penalties credited to the city budget, tax credits, investment tax credit”).

Along with the imperative method of legal regulation of relations to alteration of the time limits for the payment of tax, legislation on taxes and levies allows the use of the dispositive method. Thus, in accordance with Art. 61 of the Tax Code, when considering the application from an interested person for the granting of an alteration of the time limit for paying taxes, levies, social contributions, penalties, fines (hereinafter referred to as the interested person), a body authorized to adopt decisions has the right to offer other conditions provided by law or agreement with the interested party.

With regard to the taxpayer’s right to alter the tax payment term of the Tax Code (Art. 62) restrictions are established. It cannot be implemented when a number of circumstances arise:

- 1) if a criminal case has been initiated against the person concerned on grounds of a crime related to violation of legislation on taxes and levies;
- 2) if in relation to him proceedings are being held in the case of a tax offense or in the case of an administrative offense in the field of taxes, levies, social contributions, customs (in terms of taxes payable in connection with the movement of goods across the customs border);
- 3) if there are reasonable grounds to believe that this person will use such alteration to conceal his money or other property subject to taxation, or that person is going to leave the Russian Federation for permanent residence;
- 4) if during the three years preceding the day on which this person filed an application for the alteration in the tax payment time limit, the previous positive decision of the tax authority was terminated due to a violation of the terms of the corresponding alter in the tax payment term.

The earlier decision to alter the time limit for tax payment in the event of these circumstances is subject to cancellation, of which the taxpayer must be notified in the written form within three days.

In addition, the Tax Code deprives of the right to alter the time limit for the fulfillment of tax liability in relation to the tax on the profit of organizations paid on the consolidated group of taxpayers.

Russian legislation provides for the possibility of exercising the taxpayer's right to alter the time limit for payment of tax in three main forms: 1) deferral of tax payment, 2) instalment plan, 3) investment tax credit.

In the Tax Code certain restrictions are established when choosing the form in which the realization of the taxpayer's right to alter the tax payment time limit occurs.

The use of certain forms of rescheduling may extend to the fulfillment of a tax obligation only for certain taxes. Thus, an investment tax credit can be provided only for regional and local taxes and only for one federal tax — income tax (Art. 66 of the Tax Code).

Specific forms of the alteration of the time limit for the payment of a tax may be assigned to certain grounds. For example, in case of impossibility of lump sum payment of taxes according to the results of a tax audit before the expiration of the time limit for the execution of a directional claim for payment, the taxpayer can exercise his right to alter the period only by receiving installments to pay the tax (Art. 61 of the Tax Code).

Limit amounts may also be established for which the taxpayer may alter the time limits for the fulfillment of the tax obligation. If there are certain grounds (causing damage as a result of force majeure, the seasonal nature of production, the threat of signs of bankruptcy in the case of a lump sum tax) in accordance with Art. 64 of the Tax Code, the delay or installment payment of tax is provided to the organization for an amount not exceeding the value of its net assets.

3. Bodies authorized to make decisions on alteration the time limits for the payment of taxes, levies, social contributions

The authority to which the decision is made to alter the time limits for the fulfillment of the tax obligation (hereinafter referred to as the authorized body) is determined depending on the type of tax on which the decision is made, as well as on the procedure for crediting taxes to the budgets of the budget system of the Russian Federation .

As a general rule, the decision to alter the time limits for the payment of federal taxes, levies, social contributions is carried out by the Federal Tax Service. The interested party applies to the Federal Tax Service of Russia through the Federal Tax Service of Russia for the subject of the Russian Federation at its location (place of residence) or through the inter-regional inspection of the Federal Tax Service of Russia for the largest taxpayers.

For regional and local taxes, decisions to alter the time limits for the fulfillment of tax obligations are taken by the tax authorities at the location (residence) of

the interested person, in consultation with the relevant financial authorities of the constituent entities of the Russian Federation and municipal entities.

If the budget legislation of the Russian Federation provides for tax crediting to the budgets of different levels of the budget system of the Russian Federation, then decisions to alter the time limits should be agreed with the relevant financial authorities according to the scheme below (Table 1).

Table 1. Procedures for agreeing on changes in the timing of tax liability

Type of tax	Budget the tax credited into	Coordination of the decision to change the deadline
Federal tax or levy ²	Federal Budget	FTS of Russia
	Regional budgets	FTS of Russia in coordination with the financial body of the subject of the Russian Federation
	Local budgets	FTS of Russia in coordination with the financial body of the municipality
Regional tax	Regional budgets	Tax authority at the location (residence) of the interested person in coordination with the financial authority of the constituent entity of the Russian Federation
	Local budgets	Tax authority at the location (residence) of the interested person in coordination with the financial body of the municipality

In addition, the Tax Code (Art. 63) establishes special rules for alteration of the time limit for paying a number of federal and regional taxes.

With regard to federal taxes and levies, special rules apply to taxes paid as part of customs duties, state duties, and in some cases when deciding to alter the time limit for income tax and personal income tax.

On federal taxes payable in connection with the movement of goods across the customs border of the Customs Union, the decision to alter the payment time limits are taken by the Federal Customs Service or its authorized customs authorities (Art. 63 of the Tax Code, Art. 52 of the Federal Law of August 3, 2018 № 289-FZ “On Customs Regulation in the Russian Federation and on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation”).

The decision to alter the time limit for paying the state levy is taken by the body authorized to perform legally significant actions for which the state levy is payable (Chapter 25.3 of the Tax Code).

² Except the state duty.

As regards the tax on profit of organizations at the tax rate established for crediting this tax to the budgets of the constituent entities of the Russian Federation, the decision to alter the period for which the tax obligation is fulfilled is made by the body authorized by the legislation of the constituent entities of the Russian Federation. Respective powers are granted, as a rule, to a regional government (for example, the Novgorod region) or a financial body of a constituent entity of the Russian Federation (a regional finance ministry in the Stavropol Region, Sakhalin Region, etc.). Other options are possible (for example, in the Saratov region, the law gives such powers to the “executive body of the region authorized in the field of investment policy”). In some constituent entities of the Russian Federation, legislation gives the regional financial institution the right to decide on alteration of the time limit for paying income tax, and the authority to determine the procedure for making such a decision is credited to the regional government (for example, the Nizhny Novgorod region).

For personal income tax, a special rule for determining the authorized body is established for the tax payable by individuals who are not individual entrepreneurs, in terms of income, upon receipt of which the tax is not withheld by tax agents. In this case, the decision to alter the time limit for the payment of tax is taken by the tax authorities at the place of residence of such persons. At the same time, decisions to alter the time limits for the payment of tax on these incomes in terms of the amounts to be credited to regional and local budgets must be agreed with the financial authorities of the respective constituent entities of the Russian Federation and municipal entities.

Regarding regional taxes, special rules for the establishment of an authorized body are applied when making decisions on alteration of the time limits of tax payments in the form of an investment tax credit. In this case, the decision is made by the authority, which is established in the relevant legislation of the subject of the Russian Federation. As noted above, at the level of the subject of the Russian Federation, such powers are usually vested in the regional government or regional financial body.

Not being empowered by the Tax Code to decide on alterations in tax payment terms, the courts, in accordance with the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation (Art. 324) and the Civil Procedure Code of the Russian Federation (Art. 203), in the presence of circumstances that impede the execution of a judicial act, has the right to postpone or defer the execution of a judicial act, including the recovery of arrears from the taxpayer.

Judicial practice notes that when deciding whether to delay or deferring a court decision on tax or levy, the court does not consider the issue of postponing the tax payment, but implements the powers granted to it by procedural legislation to grant a postponement or installment plan for the execution of a judicial act (the FAS decision March 6, 2009 in case № A44-265 / 2008). At the same time, the

courts are not obliged to coordinate their decisions with the tax authorities and take into account the provisions of the Tax Code on alteration of the tax time limit (FAS resolution of the Volgo-Vyatsky district of April 26, 2007 in case № A43-36540 / 2005-40-468).

4. Deferral and installment plan of payment of tax, levies, social contributions

The most commonly used in practice forms of exercising the taxpayer's right to alter the tax payment time limit (levy, social contributions) are deferral and installment plan.

A deferment is an alteration of the time limit for paying the tax with a lump sum payment of the debt (deferred amount). The installment plan involves an alteration of the time limit for the payment of tax with the phased payment of the amount of the debt (installment payment) in accordance with the debt repayment schedule.

As a general rule, deferment and installments are provided for a period not exceeding one year. From 2017 on the payment of federal taxes (only in the part credited to the federal budget) and insurance contributions the Tax Code provides for the possibility of extending the deferral or installment plan for a period of more than one year, but not more than three years.

A deferral or instalment plan for the payment of tax may be granted to an interested person whose financial position does not enable that tax to be paid within the established time limit but there are sufficient grounds to believe that the person concerned will be able to pay that tax within the period for which the deferral or instalment plan is granted. A mandatory condition for granting a deferral or installment plan must be present as one of the grounds specified in the Tax Code (Art. 64):

causing damage to an interested party as a result of a natural calamity, an industrial disaster or other circumstances of insurmountable force;

cases of delayed financing from the budget³;

there is a risk that indications of insolvency (bankruptcy) would arise for the interested person if that person were to pay tax as a lump sum;

property status of an individual excludes the possibility of a lump sum tax payment;

³ This refers to cases of failure to provide or untimely provision of budget allocations, limits of budgetary obligations to the interested person, as well as cases of failure or untimely bringing the maximum amount of financing expenses to the interested party — the recipient of budgetary funds, as well as facts of non-transfer or untimely transfer to the interested person from the budget in the amount sufficient for the timely execution of the obligation to pay tax, cash, including on account of payments of services rendered (works performed, goods supplied) for state and municipal needs.

production or sale of goods, works or services by the interested person is seasonal in nature;

impossibility of lump sum payment of taxes payable on the basis of the results of a tax audit, before the expiration of the period for fulfillment of the claim for payment⁴.

If there are listed grounds (except in cases of delayed financing from the budget), a deferral or installment plan on tax payment may be provided to the organization for an amount not exceeding the value of its net assets.

For taxes credited to regional and local budgets, constituent entities of the Russian Federation and municipalities, within the framework of their competence, may establish additional grounds for deciding whether to grant the deferral or installment plan for the payment of such taxes. Thus, in accordance with the Law of the Republic of Komi on March 1, 2016 № 15-RZ “On Establishing Additional Grounds and Other Conditions for Deferring or Installing Payment for Regional Taxes, Penalties and Fines”, an additional reason for granting deferral or installment plans for paying regional taxes, penalties and fines are the implementation by an interested person of one of the types of economic activity listed in the Law (forestry and logging, mining of coal, etc.) in the territory of a single-industry municipality (monotowns).

Interest is charged on the amount of debt arising from the deferral or installment plan for tax payment at a rate equal to one second of the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation, which was valid for the period of deferral or installment plan. When granting a deferral or an installment plan due to damage caused as a result of force majeure circumstances or in case of a delay in financing from the budget, the interested person is exempt from paying interest.

The interest payment is intended to ensure the observance of the fiscal interests of the territorial public-legal entities, in whose income the corresponding tax revenues are to be credited.

The fiscal interests of public law education in the provision of deferral and installment payments of tax payments are provided in the forms provided by the Tax Code of the Russian Federation — pledge, surety and bank guarantee.

5. The procedure for granting a deferral or installment plan

The application for granting a deferral or installment plan for tax payment is submitted to the body authorized to make the relevant decision. In it, the interested person, among other things, undertakes to pay the interest charged on the amount owed.

⁴ With this basis, the interested party can be provided only installments.

Attached to the application:

documents on the financial status of the interested person (certificates of banks⁵, list of counterparties — debtors of this person, indicating the prices of contracts concluded with relevant counterparties);

documents confirming the existence of grounds for alteration of the tax payment time limit;

the obligation of the interested person.

The obligation of the interested person is a document drawn up in the prescribed form (Appendix 2 to the Procedure approved by order of the Federal Tax Service of Russia on December 16, 2016 № MMB-7-8/683@), in which the interested person undertakes to comply with the conditions under which the decision to grant a deferral or installment plan is taken, as well as the schedule of debt repayment:

to pay taxes in full and in a timely manner (levies, social contributions, penalties, fines);

at the time of payment of the amounts of deferred (installment) debt, debt on an investment tax credit, pay the amounts due promptly and in full;

in case of occurrence of grounds excluding an alteration in the time limit for tax payment, immediately notify the authorized body that provided the deferral (installment plan, investment tax credit), and the tax authority at the place of registration.

As documents confirming the existence of grounds for alteration of the time limit for tax payment, the following may be submitted:

a conclusion on the occurrence of force majeure circumstances and an act of the competent authority in which the damage caused to the person concerned as a result of the specified circumstances is assessed;

a document of a financial body or the main manager (manager) of budgetary funds, confirming the fact of a delay in financing from the budget;

document of the state (municipal) customer, containing information about the amount of money that was not transferred to the interested party in payment for services rendered by such person, work performed, goods supplied for state (municipal) needs;

information on movable and immovable property of a physical person, with the exception of property that cannot be recovered in accordance with the legislation of the Russian Federation;

document confirming that in the total income from the sale of goods, works, services of the interested person, the share of its income from industries and ac-

⁵ Certificates on the monthly turnover of cash and precious metals on the accounts of this person in banks (for each month from the six months preceding the filing of the said application), on the availability of his settlement documents, placed in a card file of unpaid settlement documents, on cash balances and precious metals on all that person's bank accounts.

tivities included in the list of industries and activities that are seasonal in nature is at least 50 percent⁶.

Documentary evidence of the existence of certain grounds is not provided, and the authorized bodies independently carry out a check of their presence. For example, the existence of a risk of insolvency (bankruptcy) of an interested person in the case of a lump sum tax payment is confirmed by the analysis of the financial condition of an economic entity conducted by the FTS of Russia in accordance with the methodology approved by the Ministry of Economic Development of Russia (Order № 175 of the Ministry of Economic Development of April 18, 2011). On approval of the methodology for analyzing the financial condition of the interested person in order to establish the threat of occurrence of signs of his bankruptcy in case of a lump sum payment of tax by the person”).

The impossibility of lump sum payment of taxes payable as a result of a tax audit, before the expiration of the period for fulfilling the demand for payment, shall be established by the authorized body in accordance with the criteria specified in paragraph 5.1 of the Art. 64 of the Tax Code.

The decision to alter the tax payment time limit is carried out by the authorized body within 30 working days from the date of receipt of the application of the interested person.

At the request of the interested person, the authorized body has the right to decide on a temporary — for the period of consideration of the application for granting a deferral or installment plan — the suspension of the payment of the debt amount.

The decision of the authorized body on granting a deferral (installment plan) of tax payment shall contain information on:

an interested person to identify it;

the applicable form of alteration of the time limit for the payment of tax;

types and amounts of mandatory payments for which the decision was made;

The time of the deferral or installment plan and the debt repayment schedule.

The decision specifies the conditions for granting a deferral or installment plan: specifies the amount of interest for using the deferral (installment plan), determines the specific form of ensuring the fulfillment of the tax obligation, formulates the obligation to timely and full payment during the validity period of the deferment (installment plan) fine).

It also indicates the reasons for the cancellation of the decision to alter the time limit for tax payment:

termination of grounds on which a deferral (installment plan) was granted;

⁶ Such a document is drawn up by the interested person himself, and for his preparation is used the Government Decree of April 6, 1999 № 382 “On the lists of seasonal industries and activities used for tax purposes”.

non-compliance by the interested party with the terms and conditions of repayment of the deferral (installment plan);
failure to fulfill their obligations.

The decision on granting a deferral (installment plan) comes into effect from the date established in this decision. At the same time, if the delay (installment plan) is provided on the security of property, then the decision on its provision comes into effect only after the conclusion of the pledge of property agreement.

Penalties due for the entire time from the day set for tax payment until the day when the decision on deferment (installment plan) comes into force are included in the amount of debt if the specified payment period precedes the day this decision enters into force.

The decision on refusal to provide a deferment or installment plan for tax payment must be motivated and contain the reason for the refusal (for example, the absence of the required document in the file submitted by the interested person). The decision to refuse may be appealed by the interested party in the manner established by the legislation of the Russian Federation.

In the event that the interested party submits false information or reveals circumstances that preclude the possibility of alteration the tax time limit, the decision to grant deferral or installment plan is canceled.

6. Alterations in the timing of tax payments as part of customs payments

Customs legislation, as already noted, establishes special rules for the payment of taxes on goods moved across the customs border of the Customs Union.

In accordance with the EAEU Customs Code (Art. 58), the timing of tax payments as part of customs payments is altered exclusively in the form of a deferral or installment plan. At the same time, there are grounds for alteration the time limits for paying taxes, the conditions, the procedure for alteration them, etc. established by the legislation of the EAEU Member State in which they are paid (in the Russian Federation — Art. 49-52 of the Federal Law “On Customs Regulation in the Russian Federation and on Amendments to Certain Legislative Acts of the Russian Federation”).

Deferral or installment plan for the payment of taxes is granted for a period of one to six months in respect of goods placed under the customs procedure of release for domestic consumption, and subject to the enforcement of the obligation to pay taxes.

The tax time limit can be altered only if there are grounds established by law — causing damage to the payer as a result of force majeure circumstances, delaying him of financing from the federal budget or paying for the state order made by him, making deliveries under an international agreement, etc.

At the same time, a number of circumstances exclude the possibility of granting the right to a deferral or installment plan to an interested person:

lack of duly executed documents confirming the existence of a basis for an alteration of the time limit for tax payment;

the obligation to pay the customs duties, taxes, special, anti-dumping, countervailing duties, interest and penalties not fulfilled within the prescribed period;

initiation of bankruptcy proceedings against the interested person;

the presence of two or more facts of bringing the interested person to administrative responsibility for offenses in the field of customs (within one year before applying for a granting of deferral or installment plan);

initiation of a criminal case against the founders, heads of the interested person, the preliminary investigation of which falls within the competence of the customs authorities;

non-submission of documents to ensure the fulfillment of tax obligations, etc.

The right for deferral or installment on the payment of taxes in the customs legislation is due to the customs procedure chosen by the taxpayer. Deferral or installment payment of taxes may be granted only with regard to goods placed under the customs procedure of release for domestic consumption. At the same time, the use of the customs procedure of release for domestic consumption is not always guaranteed to provide a deferment or installment plan for the payment of VAT and excise taxes on imported goods. If foreign economic activity participant releases goods prior to the submission of a customs declaration⁷ in connection with the performance of customs operations as a priority, he or she cannot exercise the right to pay taxes with the deferral or installments.

The decision to grant the deferral or installment plan for the payment of taxes is taken by the customs authority within a period not exceeding 10 working days from the date of filing of the relevant application. Such a decision specifies the period for which the deferral or installment plan is granted, and in installments it is approved a phased payment schedule.

7. Investment tax credit

Another form of realization of the taxpayer's right to alter the tax time limit, along with deferral and installment plan, is an investment tax credit, which can be used by the taxpayer organization to extend the time limit for paying regional

⁷ This possibility is provided in Article 120 of the EAEU Customs Code, for example, for goods imported as part of investment projects, as well as goods necessary for disaster relief, military products, goods that are subject to rapid deterioration, as well as for animals, international postal express shipments, humanitarian and technical assistance, etc. The list of such goods can be expanded by the Eurasian Economic Commission.

and local taxes (corporate property tax, transport tax, land tax) and one federal tax — income tax.

An investment tax credit is an alteration of the tax payment time limit, in which an organization is given the opportunity to reduce its tax payments within a certain period and within certain limits, followed by a phased payment of the loan amount and accrued interest.

It can be granted for a period of one to five years. For organizations included in the register of residents of the territorial development zone, the period may be extended to 10 years.

Relations on investment tax credits are executed in the relevant agreement. The organization that has entered into such an agreement has the right to reduce its payments on the relevant tax during the term of the investment tax credit agreement. The Tax Code (Art. 66) establishes an investment tax credit mechanism — a reduction shall be made in respect of each payment of the relevant tax for which investment tax credit was granted for each reporting period until such time as the amount remaining unpaid by the organization as a result of such reductions (the accumulated amount of credit) becomes equal to the amount of credit provided for by the relevant agreement. The specific procedure for reducing tax payments is determined directly by the investment tax credit agreement.

A taxpayer organization may conclude more than one investment tax credit agreement, which has not expired by the time of the next tax payment. In this case, the accumulated loan amount is determined separately for each of these contracts. The increase in the cumulative loan amount is made at the beginning in relation to the first term of the contract. Upon reaching this accumulated loan amount stipulated by the contract amount, the organization can increase the accumulated loan amount already under the following contract.

The Tax Code establishes quantitative restrictions on payments under the investment tax credit agreement.

First, the maximum amount by which tax payments can be reduced, regardless of the number of investment tax credit agreements concluded, cannot exceed 50% of the tax amount that an organization should pay according to the general rules (i.e. excluding the existence of the investment tax credit agreements).

Secondly, the loan amount accumulated during the tax period cannot exceed 50% of the tax amount due for this tax period.

Allowed to transfer the loan amount for the following reporting periods. So, if the accumulated loan amount exceeds the limits of tax reduction for such a reporting period, then the difference between this amount and the maximum allowable amount is transferred to the next reporting period. It is also transferred to the next tax period and is recognized as the cumulative loan amount in the first reporting period of the new tax period overly accumulated for the tax period, the loan amount received from an organization that had losses as a result of individual reporting periods during the tax period or losses for the entire tax period.

The name of the tax credit itself — investment — describes the grounds for providing this form of the alteration of the time limit for the tax payment. In accordance with the Tax Code (Art. 67), it is provided to organizations with connections to the implementation of investment or other economic activities relevant to the state or a municipality. The type of economic activity for which the organization acquires the right to alter the tax payment time limit is linked to the size of the tax credit provided (Table 2).

Table 2. Investment tax credit

Basis for an investment tax credit	Investment tax loan amount	Documents confirming the right to receive an investment tax credit
1) conducting R&D work or technical modernization of its own production activity, including with the aim of creating jobs for disabled persons, or carrying out a measure or measures for the reduction of adverse environmental impact, raising the energy efficiency of the production of goods, performance of work and rendering of services, etc.	100% of the cost of the purchased equipment used exclusively for this type of activity	a) documents confirming R&D and technical re-equipment of production; b) documents confirming the fact of acquisition and the cost of the equipment acquired by the organization used for these purposes; c) the business plan of the investment project
2) carrying out technical adaptation or innovation work, including the creation of new or improvement of existing technologies and the creation of new types of raw materials and other materials, etc.	determined by the agreement between the authorized body and the taxpayer organization	a) documents confirming the implementation of innovative activities; b) the business plan of the investment project
3) executing an order which is highly important for the social and economic development of the region or provides essential services to the public	determined by the agreement between the authorized body and the taxpayer organization	a) documents confirming the existence of the said grounds; b) a certificate on the implementation of the order or the provision of services issued by the authorized body of the constituent entity of the Russian Federation
4) fulfilling the State defense order	determined by the agreement between the authorized body and the taxpayer organization	a) documents confirming the existence of the said grounds; b) certificate of fulfillment of the State defense order

Basis for an investment tax credit	Investment tax loan amount	Documents confirming the right to receive an investment tax credit
5) investing in the creation of facilities which have the highest energy efficiency rating	100% of the cost of the purchased equipment used exclusively for this type of activity	a) documents confirming the existence of the said grounds; b) the business plan of the investment project
6) inclusion in the register of residents of an area development zone	no more than 100% of the cost of capital investments in the acquisition (creation, reconstruction, modernization, etc.) of depreciable property used for resident investment projects	a) documents confirming the existence of the said grounds; b) the business plan of the investment project

8. Investment tax credit agreement

Investment tax credit is provided on the basis of filing an application by an interested organization, in which it undertakes an obligation to pay interest accrued on the amount of debt. The application is accompanied by the package of documents confirming that the organization has the right to receive an investment tax credit (see diagram 2). The decision on granting an investment tax credit is carried out by the authorized body in agreement with the financial authorities within 30 days from the date of receipt of the application.

Arising relations are formalized by an agreement between the organization and the authorized body, the form of which is established by the authorized body (for example, the order of the Federal Tax Service of Russia of 11/29/2005 №SAE-3-19/622@ “On approval of investment tax credit forms”, Order of the Ministry of Economy of Omsk Region dated July 5, 2013 “On approval of the form of an investment tax credit agreement”). At the same time, the presence of one or several investment tax credit agreements with an organization cannot serve as an obstacle to concluding another investment tax credit agreements with this organization for other reasons.

The investment tax credit agreement must contain the following information:

- loan amount indicating the tax on which the investment tax credit was provided;

- the procedure for reducing payments on the relevant tax;

- contract time;

- interest accrued on the loan amount;

- the procedure for repayment of the loan amount in a period not exceeding the period for which an investment tax credit is granted in accordance with the contract;

the procedure and maturity of accrued interest;
an indication of the method of securing liabilities (if an investment tax credit is provided on the security of property, an agreement on the pledge of property is concluded);
responsibility of the parties.

The contract includes provisions according to which, during the term of the contract, as a rule, the sale or transfer of possession, use or disposal of equipment or other property to other persons, the acquisition of which was a ground for granting an investment tax credit, is not allowed⁸.

The interest accrued on the loan amount is determined in the contract subject to the restrictions established by the legislation on taxes and levies. Thus, the Tax Code establishes the limits for calculating interest on the loan amount — at least 1/2 and not more than 3/4 of the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation. At the same time, no interest is accrued on the tax credit granted to a resident of the territorial development zone (Art. 67 of the Tax Code).

9. Regional and municipal features of the legal regulation of investment tax credit

The laws of the constituent entities of the Russian Federation (on regional taxes and on corporate income tax in the part that is to be credited to the regional budget) and regulatory legal acts of representative bodies of municipal formations (on local taxes) may establish other grounds and conditions for granting an investment tax credit — the duration of the investment tax credit, interest rates on the loan amount, etc. For example, the Law of the Stavropol Region⁹ as an additional basis. A provision of investment tax credit determined by the inclusion of the organization in the register of residents of the Municipal Development Zone, and the decision of the City Duma of the city of Yuzhno-Sakhalinsk on May 27, 2015¹⁰ — implementation of investment projects included in the list of priority investment projects of the urban district, which is approved by the city administration.

The regional and municipal acts may set limits on the amount of investment tax credits, the terms and the rate at which interest is calculated. In the Kirov Region¹¹, for example, the total amount of an investment tax credit cannot exceed 70% of the

⁸ If the contract provides for the possibility of the sale (transfer) of such property, then the conditions of such sale (transfer) should be determined.

⁹ The law of the Stavropol Region of November 28, 2006 № 83-kz “On investment tax credit”.

¹⁰ The decision of the City Duma of the city of Yuzhno-Sakhalinsk of 05.27.2015 № 155 / 11-15-5 “On the establishment of an additional basis and conditions for granting an investment tax credit in the territory of the urban district“ City of Yuzhno-Sakhalinsk ”.

¹¹ Law of the Kirov region of May 4, 2007 № 122-ZO “On other grounds and conditions for granting an investment tax credit in the Kirov region”.

value of an investment project. In accordance with the legislation of the Amur Region¹², an investment tax credit for additional reasons may be granted for a payback period of an investment project, but not more than five years from the day when the decision to grant it is made with interest charged based on the rate equal to 1/3 of the refinancing rate Central Bank of the Russian Federation, in effect on the day interest.

Regional legislation may establish a pre-emptive right to receive an investment tax credit. Thus, in Kabardino-Balkaria Republic¹³, organizations with investment projects that provide for this priority right are given to:

the shortest period of return of funds received;

the largest number of newly created jobs per one ruble of investment tax credit provided;

the largest amount of tax revenues to the regional consolidated budget from the project implementation per one ruble of the investment tax credit provided.

10. Termination of legal relations of alteration of the time limit for tax payment

Deferral, installment plan or investment tax credit are terminated, as a general rule, after the expiration of the relevant decision or agreement.

Early termination of legal relations to alter the time limit for the payment of tax arises in the case of payment of the due amount of tax, levies, social contributions and the corresponding interest before the expiration of the established period.

Early termination of such legal relations may be caused by violations by the taxpayer of the rules in accordance with which he received the right to alter the time limit for tax payment.

If the interested party violates the conditions for granting a deferral or installment plan, its action may be terminated early by the decision of the authorized body that made the decision on a corresponding alteration in the period for which the tax obligation was fulfilled.

In this case, the taxpayer must, within one month after receiving the relevant decision, pay:

the difference between the amount of debt determined in the decision on granting a deferral (installment plan), increased by the amount of interest, and actually paid amounts and interest (unpaid amount of debt);

penalties that are calculated for each calendar day, starting from the day following the day of receiving this decision, until the day of payment of this amount inclusive.

¹² The law of the Amur region of May 13, 2009 № 201-OZ “On the establishment of additional grounds and other conditions for granting deferral or installment plans for the payment of regional taxes, penalties and fines and other grounds and conditions for granting an investment tax credit”.

¹³ Law of the Kabardino-Balkarian Republic of March 22, 2002 № 18-RZ “On Investment Tax Credit”.

Investment tax credit agreement may be terminated early by agreement of the parties or by court decision.

If the basis for termination of the contract is a violation of its essential conditions by the taxpayer, then the violator is obligated to restore the state's fiscal interests (Table 3).

Table 3. Protection of the fiscal interests of the state in case of early termination of the investment tax credit agreement

Grounds for termination	Measures to protect the fiscal interests of the state	Terms of implementation of these measures
violation of the conditions for the sale or transfer to the possession, use or disposal of equipment or other property to other persons, the acquisition of which was the basis for granting an investment tax credit	payment of all unpaid amounts, as well as the corresponding penalties and interest accrued for each calendar day of the agreement at the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation, which was in force from the conclusion to the termination of the specified agreement	within one month from the date of termination of the contract
violation of the obligations, in connection with the execution of which an investment tax credit was received by an organization that fulfills a particularly important order for the socio-economic development of the region or provides especially important services to the public	payment of the entire amount of unpaid tax and interest on this amount accrued for each calendar day of the contract at the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation	within the period specified by the contract, but no later than three months from the date of termination of the contract
violation of the obligations by an organization included in the register of residents of a territorial development zone	payment of the entire amount of unpaid tax and interest on this amount, accrued at the refinancing rate of the Central Bank of the Russian Federation for each calendar day, starting from the day following the day of termination of the contract, until the day of tax payment	no later than three months from the date of termination of the investment tax credit agreement



References

- Cartou L. (1981) *Droit fiscal international et européen*. Paris: Dalloz, 280 p.
- Cuadrado Ramos J. (2018). *Principios de Derecho Fiscal*. Madrid: Ra-Ma, 134 p.
- Demin A.V. (2010) *General theory of tax norms*. Moscow: INFRA-M, 266 p. (in Russian)

- Grosclaude J., Marchessou P. (2007) *Droit fiscal général*. Paris: Dalloz, 608 p.
- Karaseva M.V. (ed.) (2009) *Tax law of the Eastern European countries: general part*. Moscow: Wolters Kluwer, 336 p. (in Russian)
- Ovsyannikov S.V. (2009) Forms and limits of interaction between tax law and civil law. *Vestnik VAS RF*, no 1, pp. 83–100 (in Russian)
- Porohov E.V. (2009) *Theory and practice of Kazakhstan tax law: main issues*. Almaty: Nalogovy ekspert, 456 p. (in Russian).
- Ryabov A.A. (2014) *The influence of civil law on tax relations: doctrine, interpretation, practice*. Moscow: NORMA, 224 p. (in Russian)
- Sadikov O.N. (2011) Civil law conceptions in public law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 9, pp. 19–28 (in Russian)
- Smolitskaya E.E. (2018) *Civil law institutes, terms and notions in the tax law*. Moscow: Prospect, 176 p. (in Russian)
- Terra B., Wattel P. (2012) *European Tax Law*. 6th ed. The Hague: Kluwer Law International, 634 p.
- Thuronyi V. (2003) *Comparative Tax Law*. Deventer: Kluwer Law International, 373 p.
- Heckly C. (2006) *Fiscalité et mondialisation*. Paris: LGDJ, 154 p.
- Volkova N.N. (2010) *Reception of civil law norms in tax legislation*. Moscow: Yurlitinform, 160 p. (in Russian)
- Yakovlev V.F. (2006) *Civil legal method of the regulation of social relations*. Moscow: Statut, 240 p. (in Russian)

Откуп налогов — за и против



Д.Л. Комягин

профессор, департамент дисциплин публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: dkomygin@hse.ru



Аннотация

В статье исследуются вопросы, связанные с проводимым в России экспериментом унификации сбора всех обязательных платежей. В статье анализируются правовые аспекты такого подхода, показано разнообразие методов сбора обязательных платежей. Последовательно рассмотрены понятия бюджетных доходов, источников доходов. Особенное внимание уделено формам и практикам откупов налогов и иных обязательных платежей. Сделан вывод, что в качестве источников бюджетных доходов в бюджетном законодательстве на деле указаны различные фискальные платежи. Показано, что настоящим источником публичных доходов выступают активы и ресурсы, составляющие национальное богатство. На исторических примерах показано, что откуп налогов, несмотря на его общепринятое отрицание, является обычным методом и может применяться наряду с государственной регалией (монополией) и налоговым администрированием. Нередкими бывают трансформации откупной системы в государственную монополию или акциз и обратно. Автором показано, что откупы сохранились и до сегодняшнего дня под названиями парафискальных платежей, квазиналогов. Количество таких обязательных платежей постоянно растет, а их правовое регулирование носит казуальный характер. Такая ситуация порождает проблему неопределенности налогового бремени. В то же время откупной способ мобилизации публичных доходов может быть полезен. Негативное отношение к откупам как к способу организации извлечения бюджетного дохода, имеет исторические предпосылки и связано с имевшими место масштабными злоупотреблениями и их последствиями. Опасностью, которую несет в себе система откупов, является излишняя власть, которую могут получить подрядчики, что происходит при централизации откупов в масштабах региона или государства. В статье доказывается, что риск злоупотреблений значительно возрастает при крупных откупных концессиях, и становится гораздо ниже при мелких откупах, которые часто имеют преимущество удобства организации перед акцизами или прямыми налогами. Более того, мелкие (местные) откупы могут выполнять задачу контроля и упорядочения какой-либо экономической деятельности, развития новых видов предпринимательства, полезны для решения иных публичных задач.



Ключевые слова

налоги; обязательные платежи; фискальные платежи; откуп налогов; государственная регалия; государственная монополия; бюджет; публичные доходы; источники доходов.

Для цитирования: Комягин Д.Л. Откуп налогов — за и против // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 52–71.

УДК 336.2; 347.73

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.52.71

Введение

В России в настоящее время проводится уникальный эксперимент по формированию единого механизма администрирования налоговых, таможенных и других фискальных платежей¹. Такой механизм предполагает единый закон и единого администратора². Одним из результатов данного процесса стало включение в 2016 году в Налоговый кодекс Российской Федерации (далее — НК РФ; НК) страховых взносов как отдельного вида платежей, не относящегося ни к налогам, ни к сборам. После этого Минфин России обнародовал законопроект о включении в НК РФ пяти новых глав — об экологическом налоге, утилизационном сборе, сборе с пользователей автодорог, налоге с операторов связи и о гостиничном сборе. В целом подтверждается намерение «погрузить» в НК все обязательные (фискальные) платежи³.

Проект изменений в НК обнародован в апреле 2019 г.⁴, но идея, выраженная в законопроекте, обсуждалась научной общественностью задолго до его появления. Высказывались противоположные оценки. С одной стороны, имеются мнения, что это: 1) позволит стабилизировать ведение бизнеса; 2) ограничит возможность бесконтрольного установления платежей; 3) означает появление более опытного контролера, больший порядок и прозрачность, но более строгий правовой режим администрирования; 4) означает инвентаризацию обязательных платежей через их систематизацию в едином законодательном акте.

С другой стороны, специалисты говорят, что: 1) дополнительного регулирования взимания неналоговых платежей не требуется, нужно лишь корректно применять действующие нормы; 2) планируемые к включению в НК РФ платежи изначально неконституционны, и не могут поэтому «превратиться» в налог и сборы, установленные в соответствии с Конституцией; 3) в НК не должно быть места платежам, не обладающим признаками налогов или сборов; 4) недопустимо легитимизировать параллельную налоговую систему;

¹ Такая задача ставилась еще в Послании Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации в 2016 году.

² Налоговый кодекс Российской Федерации и Федеральная налоговая служба.

³ Available at: URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3931062> (дата обращения: 20.07.2019); см. также: Коммерсант. 2019. № 5. С. 2.

⁴ Available at: URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=84496> (дата обращения: 20.07.2019)

5) помещение в один нормативный акт различных по своей природе «неналоговых платежей» недопустимо; 6) требуется уточнение легального определения сбора, предусмотренного в ст. 8 НК; 7) конструирование новых форм обязательных платежей будет разрушением концепции НК и логики правового регулирования⁵.

Дискуссия сохраняет актуальность, так как количество так называемых квазиналогов, не охваченных единым правовым регулированием, постоянно растет. Один из главных среди перечисленных вопросов — соответствуют ли грядущие изменения налогового законодательства Конституции России? Согласно ст. 57 Конституции, каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы, а в ст. 75 конкретизируется, что общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом. Этим законом является НК, ст. 3 которого предусмотрено, что ни на кого не может быть возложена обязанность уплачивать налоги и сборы, а также иные взносы и платежи, не предусмотренные НК либо установленные в ином порядке, чем в нем определено.

Конституционный Суд России (далее — КС) в свое время постановил, что существуют иные обязательные в силу закона публичные платежи в бюджет, не являющиеся налогами, а также не подпадающие под данное НК определение сборов и не указанные в нем в качестве таковых. Подобные платежи КС именуется фискальными сборами⁶, ссылаясь на практику стран Европейского союза о взносах («contributions»), не относящихся к налогам⁷.

Однако помимо налогов, сборов, страховых взносов, фискальных сборов, Конституционным Судом отмечены еще некоторые обязательные платежи, которые, в отличие от вышеуказанных, могут устанавливаться подзаконными актами, так как не обладают рядом признаков и элементов, присущих налоговому обязательству в его конституционно-правовом смысле, как он был определен КС⁸. Такие платежи здесь именуется парафискальными⁹ и дополняют пеструю картину обязательных платежей.

⁵ См., напр.: *Неналоговые платежи в российском законодательстве: грядет систематизация?* // Закон. 2018. № 3. С. 14.

⁶ Постановление Конституционного Суда от 28.02.2006 № 2-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О связи» в связи с запросом Думы Корякского автономного округа» // СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1230.

⁷ 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.

⁸ Постановление КС от 17.07.1998 № 22-П «По делу о проверке конституционности Постановлений Правительства России от 26.09.1995 № 962 «О взимании платы с владельцев или пользователей автомобильного транспорта, перевозящего тяжеловесные грузы, при проезде по автомобильным дорогам общего пользования» // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3800.

⁹ В отечественной доктрине этот термин стал использоваться после опубликования в 1978 г. перевода монографии П.-М. Годме «Финансовое право». Под «parafiscales» понимались обязатель-

Можно проиллюстрировать сказанное выше, перечислив такие «старые» парафискальные платежи, как третейский сбор¹⁰, портовые сборы¹¹. Относительно новые, но уже ставшие привычными отчисления операторов связи в резерв универсального обслуживания¹², сбор за проезд автотранспортных средств, зарегистрированных на территории иностранных государств, по автомобильным дорогам Российской Федерации¹³, сборы средств на выплату вознаграждения за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях¹⁴. Земля Москвы, а затем и иных городов, представленная как парковочное пространство, дала еще один вид фискальных платежей¹⁵; жилые помещения граждан с 2012 г. стали объектом взносов на капитальный ремонт¹⁶. Имеется немало иных новых обязательных платежей¹⁷.

Получается довольно противоречивая ситуация. С одной стороны, упорядочение в одном НК всех обязательных платежей не соответствует букве Конституции, а, с другой — Конституционный Суд не возражает против обязательных платежей, не включенных в НК. Другая дихотомия: с одной стороны, НК уже перестал соответствовать своему названию и превращается из кодифицирован-

ные платежи, уплачиваемые в пользу юридических лиц публичного или частного права, которые не являются государственными или муниципальными органами или их административными учреждениями (ст. 4 французского Ордонанса N 59-2 от 2.01.1959).

¹⁰ Ст. 15 Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3019.

¹¹ П.1.2 Положения о портовых сборах, сборах за услуги в морских рыбных портах Российской Федерации, утв. Приказом Роскомрыболовства от 12.10.1995 № 161. Available at: URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_14182/ (дата обращения: 30.07.2019)

¹² Постановление Правительства России от 21.04.2005 № 243 «Об утверждении Правил формирования и расходования средств резерва универсального обслуживания» // СЗ РФ. 2005. № 17. Ст. 1574; Приказ Министерства связи и массовых коммуникаций от 16.09. 2008 № 41 «Об утверждении Порядка предоставления сведений о базе расчета обязательных отчислений (неналоговых платежей) в резерв универсального обслуживания» // БНА. 2008. № 42.

¹³ П. 4 Постановления Правительства России от 24.12.2008 № 1007 «О сборе за проезд автотранспортных средств, зарегистрированных на территории иностранных государств, по автомобильным дорогам Российской Федерации» // СЗ РФ. 2009. № 2. Ст. 216.

¹⁴ Постановление Правительства России от 14.10.2010 N 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях» // СЗ РФ. 2010. № 42. Ст. 5398.

¹⁵ Постановление Правительства Москвы от 20.02.2007 № 99-ПП // Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2007. № 15 (утратило силу).

¹⁶ Ст. 169 Жилищного кодекса РФ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 14.

¹⁷ Например, отчисления предприятий и организаций, эксплуатирующих особо радиационно-опасные и ядерно-опасные производства и объекты (Федеральный закон от 01.12.2007 № 317-ФЗ // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078); страховые взносы в фонд обязательного страхования вкладов (ст. 6 Федерального закона от 23.12.2003 № 177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 52 (ч. 2). Ст. 5029.

ного акта с едиными принципами и общими положениями в свод законов об обязательных платежах, с другой — благодаря единому регулированию повышаются общая прозрачность и качество администрирования таких платежей, даже появляются предпосылки к снижению налогового бремени.

Таким образом, концепция действующего НК действительно разрушена, и возникла необходимость поиска новой юридической конструкции, которая позволила бы объединить единой логикой правового регулирования все разнообразие фискальные платежи. Правильно искать такую конструкцию, отталкиваясь от практики мобилизации доходов и исторического опыта.

Сегодня налог часто отождествляют либо с доходом бюджета, либо с источником бюджетных доходов. В действительности налог не является ни тем, ни другим, и, по мнению автора, представляет собой юридическую конструкцию для мобилизации публичных доходов. Если выполнить самую общую классификацию известных методов (способов) мобилизации, то можно назвать, во-первых, передачу взыскания обязательных платежей на откуп (сегодня это некоторые парафискальные платежи), во-вторых, сбор платежей через установление государственной монополии на определенные товары, работы или услуги (сюда можно отнести сборы и некоторые фискальные платежи), либо администрирование и взыскание фискальных платежей непосредственно органами публичной власти (это — налоги, указанные в НК РФ, и некоторые другие фискальные платежи).

1. Фискальные платежи и доходы бюджета

Рассмотрим подробнее соотношение понятий источника публичного дохода, самого публичного дохода и обязательных платежей (в том числе налогов).

Легальное определение *доходов бюджета* выглядит следующим образом: это поступающие в бюджет денежные средства, за исключением средств, являющихся в соответствии ст. 6 Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК) источниками финансирования дефицита бюджета¹⁸.

Данное определение не может считаться удовлетворительным. Прежде всего оно не дает ответа на вопрос, каковы признаки доходов бюджета. Кроме того, дефиниция выстроена через отрицание: доходом является все, что не относится к источникам финансирования бюджетного дефицита. В конечном счете указанное понятие не коррелируется даже с установленным в этой же статье БК определением бюджета как формы образования и расходования денежных средств, предназначенных для финансового обеспечения задач и функций государства и местного самоуправления. Если бюджет — это форма специфической деятельности, то как в эту форму могут посту-

¹⁸ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

пать денежные средства? Если речь идет о бюджете, как о форме денежных средств, то в чем особенность таких денежных средств? В целом приходится утверждать, что определение доходов бюджета не соответствует критериям ясности и точности содержания нормативного правового акта.

Однако в результате длительного правоприменения сложилось определенное общепризнанное понимание того, что представляет собой доход бюджета, которое исходит из семантического значения этого слова. Согласно Толковому словарю живого великорусского языка В.И. Даля, доход — это то, что доходит до рук или приходит в руки, иначе — *приход*, денежная выручка¹⁹. Английский термин «*income*», принятый для обозначения, в том числе и государственного дохода, также обозначает приходящий, поступающий извне поток денежных средств. Установленное в БК определение доходов бюджета также является «*кассовым*», т.е. обозначает денежные средства, поступающие в кассу государства.

Таким образом, из прочтения и толкования законодательной дефиниции следует, что доходы возникают в кассе бюджета «*ex nihilo*» (из ничего).

Разумеется, это не соответствует действительности. Действительно, правоотношения, связанные с доходами бюджета, возникают либо с момента исполнения обязанности по уплате налога, сбора, пошлины, страхового взноса, иного обязательного платежа, либо с момента возникновения у плательщика обязанности перечислить в бюджет какую-либо иную сумму денежных средств, относящихся к неналоговым доходам бюджета.

До указанного момента речь можно вести не о доходах, а об *источниках государственного (публичного) дохода*. Это понятие существует издавна в науке финансового права [Янжул И.И., 2002: 53–59]. Сегодня оно упоминается и в законодательстве. Во втором разделе БК говорится о налоговых и неналоговых доходах, получаемых от чего-либо (т.е. от источников)²⁰. Здесь в качестве источников называются такие укрупненные группы, как налоги и сборы, иные обязательные платежи, публичное имущество, платные услуги казенных учреждений, штрафные меры уголовной, административной и гражданско-правовой ответственности²¹.

Немного более широкий перечень основных групп источников доходов бюджета содержится в обсуждаемом законопроекте изменений в БК РФ²². Здесь перечислены:

¹⁹ Любопытно, что значение термина «валовый доход» здесь обозначает итог прихода, т.е. барыш, прибыль.

²⁰ Например, п. 2, 3 ст. 41, ст. 42 БК.

²¹ Ст. 41 БК.

²² Ст. 27 проекта БК. Available at: URL: https://www.minfin.ru/ru/performance/budget/bud_codex/ (дата обращения: 20.02.2019)

налоги и сборы;
таможенные пошлины и таможенные сборы;
специальные, антидемпинговые и компенсационные пошлины;
страховые взносы на обязательное социальное страхование;
платежи от пользования и распоряжения государственным и муниципальным имуществом, иными объектами государственной собственности;
платежи по результатам финансово-хозяйственной деятельности организаций;
платежи, взимаемые государственными (муниципальными) органами, казенными учреждениями за выполнение работ и оказание услуг;
утилизационный сбор, экологический сбор и плата за негативное воздействие на окружающую среду;
консульские сборы, патентные и иные, связанные с патентами пошлины;
штрафы, неустойки, пени, установленные уголовным законодательством, законодательством об административных правонарушениях (как федеральным, так и региональным), налоговые, судебные штрафы, штрафы по праву Евразийского экономического союза, договорные штрафы и неустойки, иные суммы от штрафных мер ответственности;
платежи от реализации конфискованного имущества, компенсаций ущерба, причиненного государственному (муниципальному) имуществу, возмещения вреда, причиненного окружающей среде;
иные платежи.

Данный перечень является рамочным и открытым. Еще более детализированную информацию об источниках доходов бюджетов сегодня мы можем найти в *Реестрах источников доходов бюджетов* бюджетной системы Российской Федерации (далее — реестры), который обязаны вести Минфин, органы управления государственными внебюджетными фондами, финансовые органы субъектов федерации и муниципальных образований²³. В реестрах можно увидеть актуальную информацию, формируемую в процессе составления, утверждения и исполнения бюджета. Ведутся также и *перечни источников доходов*, которые представляют собой своды налогов и сборов, страховых взносов, иных обязательных платежей, других поступлений, являющихся источниками формирования доходов бюджетов Российской Федерации, с указанием правовых оснований их возникновения, порядка расчета (размеры, ставки, льготы) и иных характеристик²⁴.

²³ Ст. 47.1 БК РФ, норма введена в 2014 г., но техническая реализация реестров источников завершилась недавно.

²⁴ В частности, это: информация о порядках исчисления, размерах, ставках, льготах, сроках и (или) условиях уплаты; реквизиты нормативных правовых актов, их определяющих; электронные копии таких актов; нормативы распределения между бюджетами бюджетной системы Российской Федерации; информация о публично-правовом образовании, в доход бюджета которого зачисля-

Правительством России утвержден Порядок формирования и ведения перечня источников доходов Российской Федерации²⁵, а Минфином – Порядок формирования и ведения реестра источников доходов федерального бюджета²⁶. Приняты нормативные правовые акты субъектов федерации о порядках ведения реестров источников доходов соответствующих бюджетов²⁷.

Информация в реестры вносится и корректируется органами публичной власти, имеющими бюджетные полномочия (главными администраторами и администраторами доходов), а сами реестры (как информационный ресурс) доступны в электронной форме в государственной интегрированной информационной системе управления общественными финансами «Электронный бюджет». Однородные по основаниям возникновения источники доходов в реестре группируются вместе, и только по реестру доходов федерального бюджета на 2019 год и плановый период 2020–2021 годов таких групп насчитывается более семи с половиной тысяч (7.595)²⁸. Создается впечатление, что картина полностью прозрачна и ясна: все возможные источники доходов учтены, посчитаны и планомерно трансформируются в цифры кассовых поступлений доходов бюджета.

Если рассуждать таким образом, то следует признать нарушение закона тождества, так как содержание реестра источников бюджетных доходов вытекает из перечня самих бюджетных доходов, и в итоге более широкое понятие (источники, ресурсы), преподносится как следствие более узкого

ются платежи; коды классификации доходов бюджета бюджетной системы; информация об органах государственной власти и местного самоуправления, органах управления государственными внебюджетными фондами, Центральном банке РФ, казенных учреждениях, иных организациях, осуществляющих бюджетные полномочия главных администраторов и администраторов доходов бюджета; информация об организациях, осуществляющих оказание платных государственных (муниципальных) услуг (выполнение работ); показатели прогноза доходов бюджета; показатели кассовых поступлений доходов; иные характеристики.

²⁵ Постановление Правительства России от 31.08.2016 № 868 «О порядке формирования и ведения перечня источников доходов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 37. Ст. 5493.

²⁶ Приказ Минфина от 29.12. 2018 № 303н «Об утверждении порядка формирования и ведения реестра источников доходов федерального бюджета». Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001201901300023> (дата обращения: 30.07.2019)

²⁷ Например, постановление Правительства Тюменской области от 27.10. 2016 № 444-п «О порядке формирования и ведения реестров источников доходов областного бюджета и бюджета территориального фонда обязательного медицинского страхования Тюменской области». Available at: URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/7200201610280001> (дата обращения: 30.07.2019)

²⁸ Реестр источников доходов бюджетов (на 2019 и плановый период 2020–2021 гг.). Available at: URL: http://budget.gov.ru/epbs/faces/p/%D0%91%D1%8E%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D1%82/%D0%94%D0%BE%D1%85%D0%BE%D0%B4%D1%8B/%D0%A0%D0%B5%D0%B5%D1%81%D1%82%D1%80%D1%8B%20%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%BE%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%BA%D0%BE%D0%B2%20%D0%B4%D0%BE%D1%85%D0%BE%D0%B4%D0%BE%D0%B2?_adf.ctrl-state=6vr9z1xez_181®ionId=45 (дата обращения: 20.02.2019)

понятия (доходы, приходы от источников). В действительности в реестрах под названием «источники доходов» перечислены всевозможные платежи, которые сами предполагают наличие каких-либо источников.

В качестве гипотезы автор выдвигает утверждение, что исторические обстоятельства, правовая реальность и экономическая ситуация могут диктовать те или иные способы (методы) мобилизации доходов. При этом источники (ресурсы), *не меняются, но меняется способ извлечения из них дохода.*

В традиционном русском финансовом праве государственные доходы представляли собой исторически сложившуюся совокупность доходов от публичного имущества, налогов и пошлин, к которым прибавлялся также публичный кредит. Можно предположить, что это связано с влиянием финансовой науки (науки о государственном хозяйстве, камералистики), из которой развилась наука русского финансового права [Казна и бюджет, 2014: 44–51]. Впрочем, эту же картину мы наблюдаем и сегодня при попытке разобраться, в чем критерий разделения публичных доходов на налоговые и неналоговые.

Все источники доходов в классических сочинениях по финансовому праву разделялись на чрезвычайные и обыкновенные. Обыкновенные, в свою очередь, могут быть частноправовыми (доходы извлекаются без принуждения) и государственно-правовыми (применяется принуждения для извлечения дохода). В известном труде И.И. Янжула предложена следующая система источников: государственные имущества (государственные земли, леса); регалии частноправового характера (государственные промыслы, железные дороги, иные), юридические (почтовая, телеграфная, горная, монетная, иные), фискальные (соляная, табачная, винная, иные); подати и налоги, в том числе прямые (поземельные, подомовой, квартирный, промысловый, на денежный капитал, личный или подушный, подоходный, на роскошь) и косвенные (таможенные пошлины, акцизы); пошлины [Янжул И. И., 2002: 53].

Эта классификация в том или ином виде повторяется в большинстве дореволюционных трудов по финансовому праву. Источники доходов перечисляются в порядке их исторического возникновения, при этом публичное имущество как источник ставится в один ряд с налогами и пошлинами, хотя они представляют собой скорее юридическую конструкцию и сами извлекаются из определенных источников. На это указывают исторические названия российских налогов — подушной, поземельный, поимущественный, подоходный.

Оригинальный взгляд демонстрировал Э. Н. Берендтс, который заметил, что «правильнее классифицировать доходы по более определенному признаку, а именно по источнику и форме их получения» [Берендтс Э. Н., 2013: 130–131]. Он предлагал следующую своеобразную классификацию: *доходы от государственных имуществ* (в том числе государственных промысловых

предприятий, от земли, лесов, оброчных статей, казенных заводов и железных дорог, разных регалий, от операций с капиталами казны) и *доходы от частных имуществ* (в их числе налоги прямые и косвенные, таможенные сборы, некоторые пошлины).

В целом такой подход остается актуальным, если вспомнить, что источником вообще всякого дохода является национальное богатство, которое состоит из двух частей, одна из которых представляет собой публичное имущество, непроеизведенное богатство (можно его именовать и казной) [Казна и бюджет, 2014: 15–40], а другая — национальный доход, часть которого отчуждается из частной собственности в государственную и перераспределяется. Национальное богатство является неисчерпаемым источником всех благ, не только публичных доходов, но также публичных заимствований и благотворительности. Измерение национального богатства является задачей государственной статистики и макроэкономики²⁹, но результаты этого измерения почему-то никак не влияют на структуру и перечень источников бюджетных доходов.

Обстоятельством, которое искажает современную и традиционную картину классификации источников государственных доходов, является тот факт, что один и тот же объект либо вид деятельности (языком современного налогового права — объект налогообложения) может существовать в качестве источника нескольких видов доходов.

Например, земля, оставаясь в собственности государства, может служить источником арендной платы (частноправового дохода). Эта же земля может быть передана в частные руки (приватизирована), и в этом случае становится основой поземельного налога, как публично-правового источника. В последующем земля может быть национализирована, вновь перейдя в собственность государства и непосредственно использована для публичных нужд. По своим природным характеристикам земля остается неизменной, меняется собственник. При этом государство, пользуясь правами суверена на своей территории, в любом случае извлекает доход из земли с помощью разных альтернативных способов.

Другой пример: деятельность по производству алкоголя или табака. На эту деятельность может быть распространена полная или частичная монополия государства, и тогда она служит источником непосредственно извлекаемой выручки от государственной торговли. Если такая деятельность передана в частные руки, то она приносит в бюджет доход либо в форме откупной платы (стоимости предоставления права и лицензий) либо в форме соответствующих акцизов.

²⁹ Помимо общепринятой системы национальных счетов известны статистические методы, которые использовал, например, А.Л. Вайнштейн в своем труде [Вайнштейн А.Л., 1960].

Вновь повторим, что некорректно ставить в один ряд источники доходов как таковые (здесь можно использовать термин «объект извлечения дохода») и способы мобилизации доходов, из которых условно можно выделить *откуп, государственную монополию (регалию) и правительственное налоговое администрирование (далее для краткости — налоги)*. В действительности все эти способы близки между собой, в откупе можно обнаружить черты и налога и регалии, и наоборот.

При этом полное множество источников доходов будет совпадать по объему с национальным богатством (иначе — национальными ресурсами, национальным достоянием). Решения об определении источника дохода и о выборе способа мобилизации (через откуп, регалию или прямое налоговое администрирование) являются вопросом бюджетной политики и, очевидно, должны быть выстроены в юридическую процедуру. После мобилизации дохода происходит его перечисление и зачисление, уже давно введенное в рамки определенных законом процедур.

Что может дать вышеизложенный подход?

Во-первых, максимально *расширяется круг источников* публичных доходов.

Во-вторых, появляется возможность рассматривать *альтернативные процедуры мобилизации доходов*.

Следует понимать, что весь объем источников доходов не будет никогда актуализирован в силу, во-первых, правовых ограничений, и, во-вторых, рыночного спроса. То есть правовые механизмы защиты частной собственности, конституционные ограничения национализации не позволяют государству беспредельно перераспределять национальное богатство. Рыночный спрос также является фактором непостоянным и меняющимся. Например, еще три-четыре десятка лет назад было трудно поверить, что заметным источником бюджетных доходов может стать радиочастотный спектр. С другой стороны, сельская земля в силу интенсификации сельскохозяйственного производства неизменно падает в цене.

2. Откуп и его разновидности: откуп как концессия

Теперь, обозначив место способов (методов) мобилизации доходов и их соотношение с источниками публичных доходов, рассмотрим на нескольких примерах самый порицаемый из этих способов — откупную систему. Эти примеры позволят аргументировать утверждение, что откупная система, непосредственное администрирование налогов органами государственной власти (правительством) и государственная монополия (регалия) на самом деле близки и легко взаимозаменяемы.

Слово «откуп» имеет несколько значений в научной литературе. Как отмечал В.И. Сергеевич: «Всякий налог первоначально возникает в форме откупа, платы за мир и спокойствие сильным соседям с тем, чтобы они не воевали, не нападали. Это дань» [Сергеевич В.И., 1910: 26].

Однако когда речь идет об откупной системе, то, как правило, подразумевается практиковавшаяся с античных времен своеобразная концессия — *передача государством за плату и на определенных условиях права взимать налоги, другие государственные платежи*³⁰. На Руси это явление получило также название сдачи на «кормление». Обычно соглашение об откупе предполагало, что откупщик вносит в казну средства сразу или в рассрочку, после чего получает право сбора платежей уже с населения. Обычно отмечается, что эта форма откупа применялась главным образом в условиях неразвитого кредита, финансовых затруднений государства, слабости коммуникаций [Приходько Д.Г., 2005]; [Попов А.И., 2007], что, по мнению автора, не очевидно. В любом случае для государства откуп представляет собой наиболее удобный и наименее затратный способ организации сбора доходов в бюджет, что обычно востребовано в начальный период, при создании либо реструктуризации какой-либо отрасли экономики.

Нужно заметить, что известна еще одна разновидность откупа-концессии, предполагавшая получение частным лицом (землевладельцем) исключительного права сбора налогов (квоты налогов) в обмен на несение государственной службы, прежде всего, военной. Речь идет о византийской *пронии* (греч. Πρόνοια), которая получила свое наибольшее развитие уже на излете Восточной Римской империи, в период династии Комнинов [Хвостова К.В., 1964]; [Морозов М.А., 2003:117–119].

Почему же откупная система мобилизации публичных доходов завоевала стойкую неприязнь? Во-первых, откупная система во Франции, а потом — и в России, символизировала старый порядок [Крисчн Д., 1992: 129]. Кроме того, прибыли откупщиков давали им чрезмерную власть и порождали многочисленные злоупотребления этой властью.

Это вновь можно проследить на исторических примерах. Прежде всего, следует вспомнить об откупах в Древнем Риме (Римской республике). Как отмечал М.И. Ростовцев, первоначально магистраты для постройки общественных зданий и сбора налогов заключали соглашения с *tanseps*, за которых под залог своих земельных участков поручались *prades*. За это поручители также имели выгоду в предприятиях. Данная система стала меняться после выхода Рима на мировую арену, сначала после завоевания Сицилии и, далее, расширения государства на богатый Восток. Техника откупного дела быстро развивалась, оборот откупов с *ager publicus*, соляного, горного, тамо-

³⁰ Это можно понимать и как *outsorsing* публичных функций.

женного дела, скриптуры (пошлины за выпас скота) колоссально вырос и образовался класс лиц, профессионально занимавшихся откупами — публиканов [Ростовцев М.И., 2003: 161].

Публиканы быстро набирали силу и политическую власть, стали уже «вершителями судеб». Магистраты назначались на краткий срок, а «откупщики были постоянными и имели за спиной силу капитала тесно сплоченного *ordo publicanorum*. В собственности публиканов находился необходимый инвентарь (склады, рабы и т.д.), само их общество уже было организовано на манер коллегии» [Ростовцев М.И., 2003: 165–166]. Такая ситуация, разумеется, уже не была нормальной, и в имперский период общества публиканов были все-таки реформированы — в государстве не должно быть двух властей.

Негативное отношение к коллегии Генерального откупа в дореволюционной Франции (*Ferme generale*, с 1726 г.³¹) в большой степени было связано с традицией (вошедшей в норму) подарков королю и придворным, что давало повод говорить, что последние имеют часть в доходах откупщиков. В то же время, как показало расследование, состоявшееся уже после казни откупщиков революционным трибуналом (1795), баланс взаиморасчетов между казной и откупщиками был в тот момент в пользу государства.

Приведенные выше факты и обстоятельства приводятся как доказательства негативного характера откупной системы. Противоположный пример того, что откупная система может быть эффективной, показывает опыт откупа внутренней таможни в Швеции в 1718–1719 годы. Директор Большой морской таможни Й. Эренпрайс выступил в качестве откупщика и директора таможни, в результате чего таможенный доход за год увеличился в 2,5 раза. Строгий надзор Эренпрайса вызвал жалобы городских сословий, из-за чего откуп был отменен, но затем возвращен (до 1765 г. и с 1777 по 1782, еще раз — с 1803 г.) [Минаева Т.С., 2006: 27].

Нельзя не заметить, что известно достаточно случаев обратного перехода от налога (акциза) к откупу или государственной монополии. Например, это происходило в России с таможенными платежами в период Северной войны (1700–1721). После 1721 г. на откуп были переданы и таможни на сухопутной границе.

3. Откуп и его разновидности: откуп промыслов

Кроме откупа-концессии существует другой вид откупа, при котором предметом откупного соглашения является какой-то промысел или право монопольно заниматься определенной коммерческой деятельностью. Сле-

³¹ Соляной налог был передан во Франции на откуп еще с 1546 г., позже к нему присоединился сбор с торгов.

дует заметить, что такой откуп уже близок к государственной регалии (монополии). Дело в том, что для передачи исключительного права публичная администрация должна им обладать.

В отношении винных откупов, например, некоторые исследователи прямо говорят, что они были «ничем иным, как формой, проявлением фискальной монополии» [Ячменев Г.Г., 2010], с чем трудно не согласиться. Другие авторы говорят о винных откупах как о предшественнике акцизов [Кудряшова Е.В., 2014], что нельзя вполне отрицать, но с чем нельзя и полностью согласиться — как упомянуто выше, история показывает примеры обратного движения, от акциза к откупу или монополии.

В исторических обстоятельствах, когда не находилось откупщиков вследствие завышения (по-русски — «наддачи») стоимости откупа или истощения торговли, откупа возлагались на общество, то есть превращались в промышленный налог [Веселовский С.Б., 1909: 309–310]. Здесь также известны случаи и обратного перехода от налога (акциза) к откупу или государственной монополии. Яркий тому пример — восстановление системы винных откупов по инициативе министра финансов Е.Ф. Канкрин после периода казенной продажи алкоголя в 1817–1826 гг. Новая система заметно отличалась от предыдущей, так как приобрела форму сначала откупного комиссионерства, затем акцизно-откупного комиссионерства (с 1847 г.)³². На торгах фиксировались следующие параметры: заготовления и хранения питей; возможных видов питейных заведений; измерения и цены продаж; порядка поставок, розничной торговли и проверки качества вина; залогов, обязательств и ответственности откупщиков; казенный надзор и управление, реализация залогов; производства различных видов алкогольных напитков; сбора акцизов; места розничной продажи; ответственности за незаконную торговлю и т.д.³³

Нужно заметить, что винные откупа в России давали не только значительные поступления в бюджет, но также стали основой многих крупнейших состояний [Гавлин М.Л., 2002: 92–110].

Справедливо осуждаемая английская опиумная торговля в Гонконге также может послужить примером того, как легко откуп промыслов трансформируется в государственную монопольную торговлю. Полностью легализованные доходы английской колониальной администрации от индийского (бенгальского) опиума после первой опиумной войны с Китаем (1840–1842)

³² См.: Краткий очерк 50-летия акцизной системы взимания налога с крепких напитков и 50-летия деятельности учреждений, заведовавших неокладными сборами. СПб., 1913. С. 4.

³³ См., напр.: Условия на питейные откупа в 28-ми Великорусских Губерниях и Кавказской области с 1845 по 1847 годы (Государственная публичная историческая библиотека России. Фонд КХ. Шифр: 83 01/129. Инв.№ 0268063).

непрерывно росли и на 1906 г. составляли 5312 млн. ф. ст. [Козлов А.А., 2012: 154]. Помимо поставок опиума на внутренний рынок Китая английская администрация Гонконга покрывала свои издержки доходами от торговли непосредственно в Гонконге, где в 1858 г. была введена опиумная монополия. В разные годы эта торговля составляла в среднем около 30% бюджета Гонконга³⁴. Подряды на право открытия «опиумных ферм» размещались на торгах, то есть отдавались на откуп. «В своей деятельности фермеры использовали определенные ресурсы. Они имели производственные помещения для переработки опия-сырца, специальное оборудование, квалифицированные кадры рабочих, сеть розничной торговли, включавшую магазины и/или опиекурильни. Для обеспечения безопасности бизнеса они держали большой штат охранников и осведомителей. Фермер имел право нанимать неправительственных «таможенных агентов», которые могли подниматься на борт кораблей, заходить в жилища, чтобы конфисковывать контрабандный опиум» [Козлов А.А., 2012: 155]. Данные хозяйства росли, и переработанный опиум стал даже вывозиться из Гонконга. Под воздействием антиопиумной кампании, чтобы усилить контроль над торговлей и не потерять доходов, с 1914 г. без заметных усилий администрация Гонконга начала торговать без посредников, т.е. перешла к регалии, что и продолжала осуществлять до захвата Гонконга японскими войсками в 1941 г.

Указанные выше винные откупа, откуп опиумной торговли, а также откуп на табак, соль [Гирс А.К., 1860], нефть, горное дело [Ларина О.Г., 2010: 28–31], можно назвать крупными (общегосударственными) промысловыми откупами. Они заметно отличаются от откупа мелких (местных) промыслов, которые следует выделить в отдельную разновидность. Дело в том, что откуп мелких промыслов, помимо фискального эффекта, имеет результатом явление, которое сегодня именуется развитием предпринимательской активности и одобряется большинством экономических школ.

Мелкие откупа отличались крайним разнообразием, в связи с чем трудно дать им обобщенное описание, С.Б. Веселовский отмечает, что невозможно составить их полный список. Например, на Руси из царского Указа от 27.06. 1639 г. можно узнать о существовании в Новгородской чети откупа кваса, сула, браги, ботвиньи, хмельного и сеного трушения, мыльного резания, овсяного, дегтярного и иных мелких промыслов по разным городам. Во Владимире, Переславле, Калуге, Туле, Зарайске, Великом Новгороде, Нижнем Новгороде, Арзамасе и иных городах практиковалась передача на откуп извоза сена, соли, леса, свиного трушничества, ледяных прорубей, обмазки винных кубов, печения пряников, ворванья сала, сенных площадок, пло-

³⁴ Поставки опиума из Британской Индии в Китай (через Гонконг) и в Сингапур, разумеется, обогащали и английскую колониальную администрацию Индии, и метрополию.

щадного письма, уксусного, солодового, прядильного, точильного, смоляного промысла, ячного боя³⁵, воскобоен, рогожи, лаптей, хомутов, даже золы и навозных куч и т.д. [Веселовский С.Б., 1909: 292–294]. Известно о рыбных откупах в Астрахани [Кистерев С.Н., 2015: 189].

Интересной особенностью была организация мелких откупов на Руси — они функционировали «на вере», в подтверждение верности своих обещаний откупщики целовали крест, почему и именовались «целовальниками»³⁶. При этом откуп (монополия мелкого промысла) возникал на основании челобитной местным властям какого-либо предприимчивого человека. Зачастую вида деятельности, отдаваемого на откуп, до челобитной попросту не существовало. В последующем, вследствие отказа откупщика из-за «истощения торговли» либо на основании челобитной представителей местной общины, откуп мог быть прекращен, но события могли развиваться и иным образом — платеж возлагался на общество, то есть откуп превращался в промысловый налог. Иногда откупщика вынуждали продолжать начатое дело без «наддачи» (увеличения) откупного платежа.

Заключение

Многочисленные фискальные платежи, существующие вне пределов правового регулирования НК, по своей сути являются альтернативными способами мобилизации бюджетных доходов, которые исторически получали название откупов, регалий (монополий) и существуют до сегодняшнего дня.

В бюджетном законодательстве недавно появилось понятие источника бюджетных доходов, которое, однако, указывает на фискальные платежи. Эти платежи являются способом (методом) мобилизации доходов, а действительным источником остаются природные, материальные и нематериальные ресурсы, иные активы, составляющие в совокупности национальное богатство. По мнению автора, извлечение публичных доходов всегда связано с тремя последовательными действиями — определением источника дохода, способа (метода) его мобилизации и кассовым администрированием дохода.

Сами способы (методы) мобилизации бюджетных доходов условно можно разделить на откуп, монополию и непосредственное администрирование платежей органами власти. Эти способы взаимозаменяемы и носят черты друг друга. В действительности извлечение дохода из того или иного источ-

³⁵ Любопытная разновидность азартной игры практиковалась в кабаках наряду с зернью и картежными играми, которые также были на откупе.

³⁶ Профессия целовальника просуществовала до XIX в., но после XVIII в. это именование касалось только кабацких целовальников.

ника уникально, при этом сочетаются разные методы для достижения лучшего социального и экономического эффекта.

Негативное отношение к откупам как методу извлечения бюджетного дохода имеет исторические предпосылки, но откупная система продолжает свое существование под именем фискальных и паракфискальных платежей. Ее недостатки связаны не с самой системой, как таковой, а с возможными бесконтрольностью и злоупотреблениями. Опасностью, которую несет в себе система откупов, является излишняя власть, которую могут получить подрядчики по откупам, что происходит при централизации откупов в масштабах региона или государства. То есть риск злоупотреблений значительно возрастает при крупных откупных концессиях, и гораздо ниже при мелких откупах, которые иногда даже более предпочтительны, чем акцизы или прямые налоги. Мелкие (местные) откупа могут служить даже способом контроля и упорядочения какой-либо экономической деятельности или развития новых видов предпринимательства, решения иных публичных задач.



Библиография

- Берендтс Э.Н. Русское финансовое право. М.: Инфра-М, 2013. 397 с.
- Вайнштейн А.Л. Народное богатство и народнохозяйственное накопление пред-революционной России (статистическое исследование). М.: Госстатиздат, 1960. 485 с.
- Веселовский С.Б. Азартные игры как источник доходов Московского государства в XVII веке / Сборник статей, посвященных Василию Осиповичу Ключевскому. М.: Печатня С.П. Яковлева, 1909. С. 291–316.
- Гавлин М.Л. Роль винных откупов в формировании крупных капиталов в России в XIX в. / Экономическая история. Ежегодник. М.: Росспэн, 2003. С. 92–110.
- Гензель П.П. Очерки по истории финансов // Реформы и право. 2014. № 2. С. 53–54.
- Гирс А.К. О соляной регалии и акцизе с соли в важнейших государствах Западной Европы. СПб.: Издание комиссии для улучшения системы пошлин и податей, 1860. 40 с.
- Казна и бюджет. М.: Наука. 2014. 501 с.
- Кистерев С.Н. Дело об откупе астраханского рыбного промысла гостем Назарием Чистым в 1628 г. / Очерки феодальной России. Вып. 18. М.–СПб., 2015. С. 189–223.
- Крисчн Д. Забытая реформа: отмена винных откупов в России / Великие реформы в России 1856-1874 годов / под ред. Л. Г. Захаровой, Б. Эклофа, Дж. Бушнелла. М.: Изд-во МГУ, 1992. С. 126–139.
- Козлов А.А. Опиум — важный источник доходов английской колониальной администрации Гонконга в 1900-1941 годах // Проблемы Дальнего Востока. 2012. № 4. С.154–160.
- Кудряшова Е.В. Акцизы: немного теории // Налоги. 2014. N 6. С. 40–44.
- Ларина О.Г. Эволюция горной регалии и использования промышленного домена в России и зарубежных государствах: историко-правовой анализ исключительных прав // История государства и права. 2010. N 18. С. 28-31.

Минаева Т.С. Организация таможенного откупа в России и Швеции в XVIII веке / Российская таможня: история, современность, перспективы развития. Сборник материалов научной конференции. Архангельск: Поморский государственный университет им М. В. Ломоносова, 2006. С. 27–32.

Морозов М.А. Прония и наследственное землевладение в эпирском деспотате в первой половине XIII в. (по материалам юридической документации) / Проблемы социальной истории и культуры средних веков и раннего нового времени. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2005. С. 303–313.

Морозов М.А. «Прония» в византийских монастырских уставах Михаила Атталиата и Григория Покуриана / Проблемы социальной истории и культуры средних веков и раннего нового времени. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2003. Вып. 4. С. 117–133.

Приходько Д.Г. Концессия как форма привлечения инвестиций в российскую экономику // Банковское право. 2005. № 3. С. 26–42.

Попов А.И. Становление и развитие института концессионных соглашений в России // История государства и права. 2007. № 5. С. 1–33.

Ростовцев М.И. История государственного откупа в Римской империи (от Августа до Диоклетиана) // Древнее право. 2003. № 1. С. 160–172 (репринт).

Сергеевич В.И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1910. 680 с.

Хвостова К.В. Об особенностях византийской пронии // Византийский временник. 1964. Том 50. URL: <http://www.vremennik.biz/opus/BB/25/51932> (дата обращения 13.07.2019)

Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах. М.: Статут, 2002. 555 с. (репринт).

Ячменев Г.Г. История винной монополии в России (финансово-правовой аспект) // Исполнительное право. 2010. № 1. С. 22–32.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Tax Farming — pro et contra



Dmitry Komyagin

Professor, Department of Public Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: dkomyagin@hse.ru.



Abstract

The article investigates issues relative to the unique experiment carried out today in Russia in unifying the collection of all obligatory payments. It analyzes legal aspects of this approach and presents variety of methods for collecting obligatory payments. Notions of budget revenue, sources of revenue are consistently considered. Special attention is paid to the forms and practices of tax and other obligatory payments farming. The article concludes that budget legislation actually specifies various fiscal charges as sources of budget revenue. It describes that the real source of public revenue is assets and resources being the national wealth. Historical examples show that despite the generally

accepted denial, tax farming is a normal method and can be applied along with state regalia (monopoly) and tax administration. The cases when tax farming is transformed into a state monopoly or excise and vice versa are not rare. Tax farming has continued to this day referred to as parafiscal charges, quasi taxes. The number of such obligatory payments is constantly increasing and their legal regulation is causal. This situation creates a problem of uncertainty in the tax burden. But the tax farming as the method of mobilizing of public income can be useful at the same time. The negative attitude about tax farming is connected with the historical prerequisites and related to the large-scale abuses that have occurred and their consequences. The danger is in the huge power that tax farming contractors can obtain, which happens when the buy-outs are centralized across a region or state. The article proves that the risk of abuse increases significantly with large concessions, and is much lower with small concessions, the latter are often more convenient in terms of organization than excise or direct taxes. Moreover, small (local) purchases can perform the task of controlling and regulating any economic activity, developing new types of entrepreneurship, and are also useful for solving other public tasks.



Keywords

taxes; obligatory payments; fiscal charges, tax farming; state regalia, state monopoly; budget; public revenue; sources of revenue.

For citation: Komyagin D.L. (2019) Tax Farming — pro et contra. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 52–71 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.52.71



References

- Berendts E.N. (2013) *Russian Financial Law*. Moscow: Infra-M, 397 p. (in Russian)
- Gavlin M.L. (2002) Role of Wine Tax in Forming Large Capitals in Russia in the 19th Century. *Economic History Yearbook*, pp. 92–110 (in Russian)
- Genzel P.P. (2014) Outline of History of Finance. *Reformy i pravo*, no 2, pp. 53–54 (in Russian)
- Girs A.K. (1860) *Salt Regalia and Salt Excise in the Most Important Countries of Western Europe*. Saint Petersburg: Commission for Duties and Taxes, 40 p. (in Russian)
- Khvostova K.V. (1964) Some Peculiarities of Byzantine Pronoia. *Byzantine Chronicle*. Vol. 50). Available at: <http://www.vremennik.biz/opus/BB/25/51932> (accessed: 13.07.2019) (in Russian)
- Kisterev S.N. (2015) Case of Astrakhan Fishery Tax Farming by Guest Nazariy Chistoy in 1628. *Ocherki feodalnoi Rossii*, issue 18, pp. 189–223 (in Russian)
- Krischn D. (1992) Forgotten Reform: Abolition of Wine Tax Farming in Russia. Great Reforms in Russia. 1856–874. Moscow: University, pp. 126–139 (in Russian)
- Kozlov A.A. (2012) Opium as an Source of Revenue for the British Colonial Administration in Hong Kong in 1900–1941. *Problemy Dalnego Vostoka*, no 4, pp. 154–160 (in Russian)
- Kudryashova E.V. (2014) Excises: Some Theory. *Nalogi*, no 6, pp. 40–44 (in Russian)
- Larina O. G. (2010) Evolution of Mining Regalia and Use of Industrial Domain in Russia and Foreign Countries: Historical and Legal Analysis of Exclusive Rights. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 18, pp. 28–31 (in Russian)
- Minaeva T.S. (2006) Organization of Customs Tax Farming in Russia and Sweden in the 18th Century. *Russian Customs: History, Modernity, Prospects for the Development*. Arkhangelsk: University, pp. 27–32 (in Russian)

- Morozov M.A. (2005) Pronoia and Hereditary Landowning in the Despotate of Epirus in the First Half of the 13th Century. *Problems of Social History and Culture of the Middle Ages and Early Modern Period*, pp. 303–313 (in Russian)
- Morozov M.A. (2003) “Pronoia” in Byzantine Monastic Rules by Michael Attaleiates and Gregory Pakourianos. *Problems of Social History and Culture of the Middle Ages and Early Modern Period*, issue 4, pp. 117–133 (in Russian)
- Prikhodko D.G. (2005) Concession as a Form for Attracting Investments in Russian Economy. *Bankovskoe pravo*, no 3, pp. 26–42 (in Russian)
- Popov A.I. (2007) Formation and Development of the Institution of Concession Agreements in Russia. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 5, pp. 1–33 (in Russian);
- Rostovtsev M.I. (2003) History of State Tax Farming in the Roman Empire (from Augustus to Diocletian). *Drevnee Pravo*, no 1, pp. 160–172 (in Russian)
- Sergeevich V.I. (1910) Lectures and Studies in Ancient History of Russian Law. Saint Petersburg: M. M. Stasulevich, 680 p. (in Russian)
- Treasury and Budget (2014) Moscow: Nauka, 501 p. (in Russian)
- Vainshtein A.L. (1960) National Wealth and Economic Savings in Pre-Revolutionary Russia. Moscow: Gosstatizdat, 485 p. (in Russian)
- Veselovsky S.B. (1909) Gambling as a Source of Revenue in the Muscovite State in the 17th century. *Collected Articles in honor of Professor Kluchevskiy*. Moscow: Yakovlev, pp. 291–316 (in Russian)
- Yachmenev G.G. (2010) History of Wine Monopoly in Russia (Financial and Legal Aspect). *Ispolnitelnoe pravo*, no 1, pp. 22–32 (in Russian)
- Yanzhul I. I. (2002) *Main Principles of the Financial Science. Doctrine of Public Revenue*. Moscow: Statut, 555 p. (in Russian)

Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности



Ю.П. Соловей

профессор, Сибирский юридический университет, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 644010, Российская Федерация, Омск, ул. Короленко, 12. E-mail: rektor@siblu.ru



Аннотация

Предметом исследования в настоящей статье выступают законодательные нормы, определяющие границы судебной проверки законности осуществления органами и должностными лицами публичной администрации дискреционных полномочий, прежде всего п. 3 ч. 1 ст. 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации. Согласно закону судья отказывает в принятии административного искового заявления, если «из административного искового заявления об оспаривании нормативного правового акта, акта, содержащего разъяснения законодательства и обладающего нормативными свойствами, решения или действия (бездействия)» публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца». Цель исследования состоит в доказывании, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ в толковании, придаваемом ему судебной практикой, вопреки заявленной законодателем позиции не только чрезмерно сужает границы судебной проверки законности тех административных актов, которые имеют дискреционный характер, а фактически исключает возможность подобной проверки. С опорой на диалектический, формально-логический, исторический, формально-юридический методы познания, метод толкования права и результаты анализа материалов судебной практики автор приходит к выводу о несоответствии п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ положениям Конституции Российской Федерации и необходимости его исключения из КАС РФ. Предлагаемая законодательная мера позволит привести КАС РФ в соответствие с ч. 1 и 2 ст. 46 Конституции Российской Федерации, не устанавливающими каких-либо барьеров для проверки судом законности оспариваемых административных актов. Опасения, что данный шаг будет иметь следствиями посягательство судебной власти на независимость власти исполнительной, а также чрезмерное увеличение судебной нагрузки, являются обосновательными. Лишение административного усмотрения предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ иммунитета от судебного контроля приблизит отечественное правосудие к европейским стандартам, будет способствовать «очеловечиванию» российской судебной системы, повышению действенности судебного контроля за законностью административной деятельности и, следовательно, повышению доверия граждан к органам публичной власти и их представителям.



Ключевые слова

административное усмотрение, дискреционные полномочия, дискреционный административный акт, публичная администрация, законность, административное исковое заявление, права и законные интересы граждан и организаций, судебный контроль, отказ в доступе к правосудию.

Для цитирования: Соловей Ю.П. Дискреционный характер административного акта как обстоятельство, исключающее судебную проверку его законности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 72–99.

УДК: 342.924

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.72.99

Введение

Поскольку правовое регулирование жизнедеятельности общества и государства имеет объективные пределы, полномочия органов исполнительной власти и их должностных лиц (далее — публичная администрация) и принимаемые в ходе их реализации административные акты обычно имеют дискреционный характер, т.е. не являются жестко связанными законом. Согласно Рекомендации № R (80)2 Комитета министров Совета Европы от 11.03.1980 «Об осуществлении дискреционных полномочий административными органами» (далее — Рекомендация (80)2), дискреционными признаются полномочия, предоставляющие административному органу «определенную степень свободы при принятии решения, позволяющую ему выбрать из нескольких юридически допустимых вариантов наиболее уместный»¹. Такая свобода предполагает проявление представителями публичной администрации своего (административного) усмотрения (дискреции).

Под административным усмотрением в полном соответствии со значением этого слова в русском языке следует, на мой взгляд, подразумевать выбор публичной администрацией в пределах, установленных нормативными правовыми актами, оптимального, по ее мнению, варианта решения конкретного управленческого вопроса в ситуации, когда правовые нормы не определяют с необходимой точностью и полнотой основания, условия, содержание, форму, порядок (процедуру), сроки и (или) субъектов принятия подобного решения. Провести грань между законным и незаконным в сфере административного усмотрения весьма непросто.

В соответствии с Рекомендацией (80)2, ссылающейся, в свою очередь, на Резолюцию (77)31 Комитета министров Совета Европы от 28.09.1977 «О за-

¹ Available at: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043> (дата обращения: 12.02.2019)

щите прав частных лиц от актов административных органов»², в настоящей статье понятие «административный акт» означает «любую индивидуальную меру или решение публичной власти, непосредственно затрагивающие права, свободы или интересы физических и юридических лиц»³. Указанное понятие включает в себя акты-документы (акты, имеющие официально-документальную форму), акты-действия (например, применение сотрудником полиции специальных средств или огнестрельного оружия) и акты бездействия (если, повторюсь, бездействие публичной администрации затрагивает права, свободы и законные интересы граждан и организаций).

Дискреционный административный акт (его можно назвать также актом, имеющим дискреционный характер) — акт публичной администрации, изданный ею в порядке реализации дискреционных полномочий, т.е. с использованием в той или иной степени собственного усмотрения. Нет сомнения, что проверка правомерности административного акта, жестко законом не связанного и имеющего в силу этого дискреционный характер, представляет для суда, рассматривающего административное исковое заявление, повышенную сложность, увеличивая вероятность ущемления прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций.

Следует подчеркнуть, что проблема административного усмотрения встала во весь рост почти два века назад, оказавшись в центре дискуссий западноевропейских юристов: уполномочен ли административный суд рассматривать дело по существу, а не только с точки зрения формальной законности оспариваемого административного акта. Данная проблематика привлекала и привлекает к себе внимание правоведов многих стран, поскольку, как утверждают германские ученые, «усмотрение является одним из центральных понятий административного права вообще» [Бланкенгель А. и др., 2014: 183]. Такой вывод представляется вполне справедливым.

Между тем «в отечественной науке административного права, — отмечает профессор А.Б. Зеленцов, — вопросы судебного контроля за дискреционными полномочиями не получили еще необходимой теоретической разработки. Имеющиеся исследования, проводимые главным образом усилиями проф. Ю.П. Соловья, вряд ли восполняют пробел, образовавшийся в определении границ судебного контроля за административной дискрецией в условиях нарастающей конституционализации административного права» [Зеленцов А.Б., 2018: 20].

Смею предположить, что, если бы уважаемый Александр Борисович накопил с восемью статьями автора по проблемам административного ус-

² Available at: [http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution_\(77\)31.pdf](http://www.dhv-speyer.de/stelkens/Materialien/Resolution_(77)31.pdf) (дата обращения: 12.02.2019)

³ Available at: URL: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=678043> (дата обращения: 12.02.2019)

мотрения и судебного контроля за ним, опубликованными в последующие три года после выхода приведенной им в пример публикации, его оценка моих «усилий» была бы (хочется надеяться) более оптимистичной. Но все же отмечу, что, во-первых, границы судебного контроля за административной дискрецией определяют не ученые-юристы, а законодатель и суды (конечно, желательно, чтобы делалось это с опорой на рекомендации ученых-юристов). Во-вторых, никакого пробела в определении указанных границ сегодня не существует, и восполнять, собственно говоря, нечего. Наоборот, установленные законом границы судебного контроля за административным усмотрением при всей их зыбкости чрезвычайно узки, по-прежнему находятся «на замке» и даже «на замках», навешанных где нужно и не нужно, в силу чего административное усмотрение чувствует и «ведет» себя весьма и весьма вольготно.

С учетом сказанного предметом исследования в настоящей статье выступают законодательные нормы, определяющие границы судебной проверки законности осуществления органами и должностными лицами публичной администрации дискреционных полномочий. Согласно выдвигаемой в настоящей статье гипотезе, отдельные положения Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее — КАС РФ) в толковании, придаваемом им судебной практикой, вопреки заявленной законодателем позиции не просто чрезмерно сужают такие границы, а фактически исключают саму возможность судебной проверки законности тех административных актов, которые имеют дискреционный характер. Для доказательства гипотезы и формулирования выводов исследования используются диалектический, формально-логический, исторический, формально-юридический методы познания, метод толкования права, анализ материалов судебной практики.

1. Первоочередные меры по формированию надлежащей законодательной основы судебного контроля за административным усмотрением

В свое время председатель упраздненного ныне Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А.А. Иванов подчеркивал, что, «несомненно, суд не должен играть роль органа исполнительной власти, подменять собой последний, иное противоречило бы конституционному принципу разделения властей. Однако идея административного судопроизводства предполагает, что суд оценивает действия государственного органа со всех сторон. Причем такая оценка, которая, прежде всего, должна касаться законности, во многих случаях невозможна без учета социальных факторов, лежащих в

основе тех или иных административных актов, мотивов, которым следовали государственные должностные лица, того, как они проявляли то административное усмотрение, которое им принадлежит. Поэтому неверен тезис нижестоящих судов о том, что вопросы административного усмотрения государственных органов ни при каких обстоятельствах не могут быть предметом судебной оценки» [Иванов А.А., 2012: 168].

Увы, как свидетельствует практика, в судебном сообществе упомянутый тезис до сих пор не только не отвергается, но и скорее находит поддержку. Так, гражданин Ш. обратился в Набережночелнинский городской суд Республики Татарстан с административным иском к инспектору дорожно-патрульной службы (далее — ДПС) отдельного батальона Государственной инспекции безопасности дорожного движения (далее — ГИБДД) Управления МВД России по городу Набережные Челны А.М., Управлению МВД России по городу Набережные Челны о признании незаконными действий инспектора ДПС А.М. по проведению досмотра транспортного средства, протокола досмотра транспортного средства и возложении обязанности устранить допущенные нарушения.

По утверждению административного истца, 5.12.2015 инспектор ДПС А.М. произвел досмотр принадлежащего истцу транспортного средства в качестве меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении без поводов к возбуждению и вне производства по делу об административном правонарушении. Протокол о проведении досмотра транспортного средства был составлен с нарушением требований законодательства. Истец счел отмеченные действия инспектора ДПС нарушающими его право на свободу передвижения и право частной собственности.

Исследовав доказательства и сославшись в своем решении на п. 16 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 7.02.2011 №3-ФЗ «О полиции», согласно которому полиция вправе проводить личный досмотр граждан, досмотр находящихся при них вещей, а также досмотр их транспортных средств при наличии данных о том, что эти граждане имеют при себе оружие, боеприпасы, патроны к оружию, взрывчатые вещества, взрывные устройства, наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры либо ядовитые или радиоактивные вещества, суд пришел к выводу об отсутствии оснований для признания действий инспектора ДПС по проведению на посту ГИБДД досмотра транспортного средства незаконными. Подобный вывод суда, как следует из его решения, оставленного без изменения апелляционной инстанцией, основывается на том, что оспариваемые действия «проводились в целях защиты государственных и общественных интересов», «в полномочия данного должностного лица входит досмотр транспортного средства для выполнения возложенных на полицию обязанностей». Довод админи-

стративного истца о том, что «протокол досмотра транспортного средства не отвечает требованиям законодательства, поскольку оснований для досмотра транспортного средства у сотрудника ДПС не имелось, — отмечается в судебном решении, — нельзя признать состоятельным. Содержание вышеуказанного протокола отвечает предъявляемым к нему требованиям, данное процессуальное действие совершено в присутствии двух понятых, которые своими подписями подтвердили его соответствие фактическим обстоятельствам»⁴.

Нетрудно заметить, что суды, ограничившись проверкой соблюдения сотрудником полиции лишь формальных требований, предъявляемых к производству досмотра, даже не попытались выяснить, располагал ли сотрудник полиции, как того требует п. 16 ч. 1 ст. 13 Федерального закона от №3-ФЗ «О полиции», данными о том, что не совершивший никакого правонарушения водитель остановленного им автомобиля имеет при себе оружие, иные изъятые из гражданского оборота или ограниченно оборотоспособные предметы и вещества. Иными словами, оставляя без ответа вопрос о том, насколько действия сотрудника полиции по производству досмотра транспортного средства гражданина в сложившейся ситуации были обоснованными (разумными, целесообразными), суды первой и апелляционной инстанций, по сути, уклонились от должной проверки правильности реализации должностным лицом полиции принадлежащих ему дискреционных полномочий. И это, пожалуй, один из самых безобидных примеров из имеющей широкое распространение практики весьма лояльного, если можно так выразиться, отношения российских судов к административному усмотрению.

Для изменения подобной практики необходимо, на мой взгляд, расширить границы судебного контроля за осуществлением публичной администрацией дискреционных полномочий, что, в свою очередь, требует формирования надлежащей законодательной основы судебного контроля за административным усмотрением, которая не только обеспечивала бы единообразие судебной практики, но и, самое главное, отвечала положениям Конституции Российской Федерации.

В числе первоочередных мер, которые следует предпринять в данном направлении, важное место занимают, конечно, разработка и принятие федерального закона об административных процедурах (об административном производстве, возможны иные наименования). В одном из его разделов обязательно нужно «прописать» принципы административных процедур, которые будут играть роль стандартов судебной оценки (проверки) законности

⁴ Апелляционное определение Верховного Суда Республики Татарстан от 22.07.2016 по делу № 33а-12222/2016 // СПС КонсультантПлюс.

оспариваемых дискреционных административных актов. Речь идет о таких принципах, как законность административных актов (действий), соответствие административного акта (действия) цели, предусмотренной федеральным законом (запрет злоупотребления полномочиями), соразмерность административных актов (действий), равенство граждан и организаций перед законом и административным органом, беспристрастность и объективность, обоснованность, запрет отказа в применении правовых норм, единообразие административной практики, охрана доверия граждан и организаций к административной практике, запрет сверхформализма, своевременность издания административного акта и совершения действия, активность административного органа (должностного лица), охват большим меньшего, экономичность административной деятельности, **презумпция достоверности, предоставление возможности выразить мнение**, ограничение превентивного государственного контроля (надзора), толкование законодательства в пользу граждан и организаций, недопустимость неблагоприятных последствий при аналогии закона или права.

Надо признать, что в КАС РФ и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации, правовых позициях Конституционного и Верховного Судов Российской Федерации названные принципы административных процедур либо отсутствуют, либо отражены фрагментарно и бессистемно. В связи с этим автор разработал предлагаемые им к принятию проекты законодательных норм о принципах административных процедур, а также проект новой редакции ст. 226 КАС РФ в части обстоятельств, которые суд должен выяснять при рассмотрении дела об оспаривании решения, действия (бездействия) органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями. В отсутствие названных законодательных норм необходимую практико-ориентирующую роль мог бы взять на себя Верховный Суд Российской Федерации; разработанный мной проект соответствующих разъяснений высшей судебной инстанции по обсуждаемым вопросам также опубликован. Но решение проблемы этим не исчерпывается.

2. Положение закона, наделяющее административное усмотрение иммунитетом от судебной проверки, и его оценка Конституционным Судом Российской Федерации

Из поля зрения ученых, исследующих проблемы определения границ судебного контроля за административным усмотрением, до сих пор ускользало положение КАС РФ, которое определяет подобные границы самым ради-

кальным образом — вовсе выводит административное усмотрение из-под контроля суда. Имеется в виду п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, согласно которому «судья отказывает в принятии административного искового заявления в случае, если... из административного искового заявления об оспаривании нормативного правового акта, акта, содержащего разъяснения законодательства и обладающего нормативными свойствами, решения или действия (бездействия)» публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца».

В одном из решений Конституционный Суд Российской Федерации указал, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ «позволяет» судье при описанных в нем условиях отказывать в принятии административного искового заявления⁵. Однако формулировка этой статьи не оставляет сомнений в том, что в полной мере соответствующей закону является позиция, выраженная в другом акте Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которой п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ не «позволяет», а «предписывает» судье, т.е. обязывает его вынести подобное решение⁶.

Примечательно, что за три с половиной года действия КАС РФ п. 3 ч. 1 ст. 128 данного законодательного акта уже 16 раз подвергался рассмотрению Конституционным Судом Российской Федерации, который ничуть не усомнился в его конституционности. Со своей стороны, возьму на себя смелость утверждать, что упомянутое законодательное положение явно не соответствует ст. 46 Конституции Российской Федерации. Она гласит следующее:

«1. Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод.

2. Решения и действия (бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд.

3. Каждый вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты».

⁵ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.02.2017 № 11-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 40, частей 10 и 11 статьи 42 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», пунктов 2 и 3 части 1 статьи 128 и части 10 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в связи с жалобой граждан И. Л. Трунова и М. В. Юревича» // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.10.2016 № 2170-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Мещеринова Виктора Павловича на нарушение его конституционных прав пунктами 1, 3 и 4 части 1 статьи 128, пунктами 5, 7 и 8 части 1 статьи 129 и частью 9 статьи 208 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

В отличие от приведенных положений Конституции Российской Федерации ч. 1 ст. 4 КАС РФ гарантирует каждому заинтересованному лицу не судебную защиту его прав и свобод, а всего лишь «право на обращение в суд за защитой нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов». Иными словами, — и это следует из сравнения ч. 1 и 3 ст. 46 Конституции, КАС РФ низводит гарантии защиты прав граждан и организаций, предоставляемой отечественными судами, до уровня гарантий защиты, обеспечиваемой соответствующими межгосударственными органами. Нетрудно заметить, что п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, если иметь в виду его содержание, предстает логическим продолжением идеи, реализованной законодателем в ч. 1 ст. 4 названного Кодекса.

Вопреки очевидному, Конституционный Суд Российской Федерации рассценивает ч. 1 ст. 4 КАС РФ как положение, принятое «в развитие закрепленной в статье 46 Конституции Российской Федерации гарантии на судебную защиту прав и свобод человека и гражданина»⁷, а п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ — как часть «конкретизирующей статью 46 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации процессуального законодательства»⁸. В моем же понимании речь здесь идет не о «развитии» или «конкретизации» конституционных норм, а о явном сужении конституционных гарантий судебной защиты прав и свобод человека и гражданина.

Приведу два примера из практики Конституционного Суда Российской Федерации, относящейся к п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ.

Определением суда общей юрисдикции, оставленным без изменения судами апелляционной и кассационной инстанций, В.В. Цветкову было отказано в принятии его заявления, в котором, в том числе содержалось требование о признании незаконными действий (бездействия) уполномоченных органов по допущению проведения публичных мероприятий, в ходе которых, по мнению заявителя, были совершены административные правонарушения, предусмотренные ст. 6.21 «Пропаганда нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних» и ст. 20.3 «Пропаганда либо публичное демонстрирование нацистской атрибутики или символики, либо атрибути-

⁷ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.05.2017 № 1024-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алексева Бориса Витальевича, Васильева Владимира Дмитриевича и других на нарушение их конституционных прав положением пункта 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁸ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.04.2017 № 11-П «По делу о проверке конституционности части 2 статьи 40, частей 10 и 11 статьи 42 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», пунктов 2 и 3 части 1 статьи 128 и части 10 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в связи с жалобой граждан И.Л. Трунова и М.В. Юревича» // СПС КонсультантПлюс.

ки или символики экстремистских организаций, либо иных атрибутики или символики, пропаганда либо публичное демонстрирование которых запрещены федеральными законами» Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Как указали суды, ни сам В.В. Цветков, ни его дети участниками публичных мероприятий, описанных заявителем, не являлись, об указанных публичных мероприятиях заявителю стало известно из средств массовой информации; заявленные требования фактически поданы в защиту неопределенного круга лиц, при этом заявителю действующим законодательством не предоставлено право предъявлять подобные требования.

Не давая оценки состоявшимся судебным решениям, Конституционный Суд Российской Федерации ограничился формулированием самоочевидного тезиса о том, что оспариваемые заявителем положения процессуального законодательства не предполагают произвольного отказа в принятии судьей административного искового заявления и исходят из необходимости выяснения в каждом конкретном случае обстоятельств, с возникновением которых связано право лица на предъявление такого заявления⁹.

Более определенно Конституционный Суд Российской Федерации обозначил свою позицию по поводу п. 1 ч. 3 ст. 128 КАС РФ в другом, схожем с предыдущим деле.

Гражданин В.И. Сергиенко, являющийся последователем религиозной организации «Свидетели Иеговы», направил обращение прокурору, в котором просил последнего направить в суд заявление о признании книги И. Волоцкого «Просветитель» экстремистским материалом и изъятии ее из свободного обращения. В ответ на это обращение прокурор сообщил, что, поскольку данная книга основана на толковании Библии и в ее содержании приводятся цитаты из Библии, она не может быть признана экстремистским материалом.

Полагая, что упомянутая книга наряду с цитатами из Библии содержит призывы убивать лиц по признаку национальности и вероисповедания, являющиеся не цитатами из Библии, а только толкованием ее текста автором книги, В.И. Сергиенко обратился с административным иском в суд, в котором просил признать незаконным отказ прокурора в принятии мер к признанию указанной книги экстремистским материалом и обязать прокурора направить данную книгу на комплексное психолого-

⁹ См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26.01.2017 № 108-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Цветкова Василия Владимировича на нарушение его конституционных прав статьями 3 и 4, пунктом 1 части первой статьи 134, статьями 254 и 255 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, а также частью 1 статьи 4, частью 1 статьи 128, статьями 316 и 329 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс. См. также цитированное выше Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 13.04.2017 №11-П // СПС КонсультантПлюс.

лингвистическое исследование с целью установления наличия призывов к экстремистской деятельности. Определением районного суда, оставленным без изменения судом апелляционной инстанции, в принятии административного искового заявления было отказано. При этом суд апелляционной инстанции указал, что обращение заявителя рассмотрено в установленном порядке, ему направлен мотивированный ответ по существу поставленных вопросов, и несогласие заявителя с содержанием полученного им ответа не может служить основанием для принятия к рассмотрению его иска о признании незаконным и необоснованным отказа прокурора в принятии мер прокурорского реагирования.

Не подвергая какому-либо сомнению позицию судов первой и апелляционной инстанций, Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что «прокурор обладает определенной дискрецией (*курсив мой.* — Ю.С.) при решении вопроса о необходимости обращения в суд с заявлением о признании конкретного информационного материала экстремистским, вправе давать собственную предварительную оценку информационному материалу на предмет наличия признаков экстремизма для принятия дальнейших мер в отношении этого материала и независим при решении вопроса о необходимости обращения в суд с заявлением о признании информационного материала экстремистским. В связи с этим действующее правовое регулирование исключает понуждение гражданами прокурора в судебном порядке к принятию мер (*курсив мой.* — Ю.С.) по признанию конкретных информационных материалов экстремистскими, имея в виду, что такие заявления подаются прокурором в защиту публичных интересов, а не прав и интересов конкретных граждан»¹⁰.

Что касается последнего из двух приведенных суждений Конституционного Суда Российской Федерации, то занятую им в настоящем деле позицию оно, с моей точки зрения, никак не объясняет. Никто не спорит с тем, что законодательство «исключает понуждение гражданами» в судебном порядке прокурора (и не только его, но и иных представителей публичной власти) к принятию конкретных мер должностного реагирования, которые, по мнению граждан, являются необходимыми в данной ситуации. В то же время это законодательство ничуть не препятствует проведению судом по иску граждан и организаций проверки правомерности отказа представителей публичной власти от проявления служебной активности в требуемой административными истцами форме.

¹⁰ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 20.04.2017 № 906-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Сергиенко Владимира Ивановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и статьей 3.1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» // СПС КонсультантПлюс.

Позиция Конституционного Суда Российской Федерации становится понятной при уяснении смысла первого из двух составляющих приведенную выше цитату предложений: если из закона следует, что при принятии решения по тому или иному вопросу представитель публичной власти «обладает определенной дискрецией», заинтересованные гражданин или организация не имеют права требовать от него принятия конкретного варианта решения данного вопроса. Поскольку же такое право отсутствует, то, разумеется, оно не может быть нарушено (затронуту иным образом), в силу чего судья обязан отказать даже не в удовлетворении административного искового заявления, а, как следует из п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, в его принятии.

Позиция Конституционного Суда Российской Федерации, выраженная в упомянутом выше деле, означает, что в случае оспаривания дискреционного административного акта отказ судьи в принятии административного искового заявления со ссылкой на п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ будет признаваться законным при любых условиях. Это по существу означает исключение судебной проверки законности дискреционного административного акта, легальный вывод административного усмотрения из-под контроля суда, наделение административного усмотрения иммунитетом от такого контроля, короче, — отказ в доступе граждан и организаций к правосудию.

3. Конституционно-правовые аргументы против выведения административного усмотрения из-под контроля суда

Рассмотренная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации новеллой отечественной юриспруденции, конечно, не является. «Если бы юрисдикционная деятельность суда, — отмечалось в одном из фундаментальных трудов, посвященных аппарату управления социалистического государства, — распространялась также и на оценку правильности, целесообразности решений, это ущемляло бы самостоятельность органов государственного управления, поскольку решения зачастую основываются на дискреционном усмотрении» [Шульце Г. и др., 1977: 121]¹¹.

По мнению советского ученого-юриста Д.М. Чечота, в ситуациях, когда «норма права лишь в общем виде определяет правомочие административного органа на совершение действия по его усмотрению, не налагая на орган никаких обязанностей перед конкретным лицом», между административным органом и заинтересованным лицом «нет и не может быть административно-правового спора, так как никаких субъективных прав по отношению

¹¹ Следует отметить, что термин «дискреционное усмотрение» является юридическим плеоназмом («усмотренческое усмотрение»), в силу чего его нельзя считать корректным.

к органу у этого лица нет» [Чечот Д.М., 1973: 74]¹². С его точки зрения, «в тех случаях, когда совершение административного действия зависит исключительно от усмотрения административного органа, контроль судебных органов должен быть исключен. Если бы судебный контроль в таких случаях был установлен, это... означало бы, что судебные органы должны были бы разрешать спор, который не носит правового характера» [Чечот Д.М., 1973: 75].

В работах других известных советских правоведов также обосновывалась позиция, согласно которой суд не должен рассматривать жалобы на акты, принимающиеся на основе компетенции органа или должностного лица [Дюрягин И.Я., 1975: 347], жалобы по поводу отказа органов и должностных лиц в просьбе, удовлетворение которой не составляет согласно законодательству их обязанности [Мельников А.А., 1978: 70; см. также: Конституция СССР... 1978: 66]¹³, «разбирать споры о предоставлении прав, благ, если эти вопросы решаются по усмотрению администрации» [Бахрах Д.Н., Боннер А.Т., 1975: 20].

Нетрудно заметить, что приведенные взгляды явно входят в противоречие с Конституцией Российской Федерации, признающей за гражданином такие основополагающие права, как, во-первых, право на признание, соблюдение и защиту государством прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, ч. 1 ст. 45) и, во-вторых, право на деятельность органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, соответствующую Конституции Российской Федерации и законам (ч. 2 ст. 15). Данное право можно назвать правом на законную деятельность органов публичной власти и их должностных лиц.

Отмеченные права, предоставленные гражданам Конституцией Российской Федерации, имеют универсальный характер и согласно ее ст. 18 являются (подчеркну это) «непосредственно действующими». Они служат элементами содержания конституционного правоотношения, возникающего между публичной администрацией, издавшей административный акт, и административным истцом (гражданином, расценившим свои права и свободы «затронутыми» административным актом), наряду со спорным административным правоотношением, при этом не охватываясь последним. Можно утверждать, что два упомянутых конституционных права граждан выступают объектами судебной защиты при оспаривании гражданами и организациями по сути любого акта публичной администрации, имеющего дискреционный характер.

Иногда факт наличия того или иного конституционного права по причине отсутствия раскрывающих его содержание отраслевых юридических

¹² См. также: [Боннер А.Т., Квиткин В.Т., 1972: 18–19].

¹³ См. также: [Конституция СССР и расширение судебной защиты прав граждан, 1978: 66].

норм может выпадать из поля зрения не только административного истца, но и суда. Это может служить причиной к отказу в доступе к правосудию.

Например, гражданин обратился в суд с административным иском к территориальному подразделению МВД России, в котором просил признать незаконными действия административного ответчика по изготовлению уведомления о явке, т.е. повестки, и ее направлению в адрес административного истца. Определением судьи Замоскворецкого районного суда, оставленным 26.05.2017 г. без изменения Судебной коллегией по административным делам Московского городского суда, в принятии административного иска было отказано в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ. По мнению апелляционной инстанции, требования административного истца, вопреки его утверждениям в частной жалобе, не относятся к административным делам об оспаривании решений, действий (бездействия), порядок судебного обжалования которых регламентирован гл. 22 КАС РФ; оснований предполагать, что права и свободы истца, о защите которых он просит, нарушены или существует реальная угроза их нарушения оспариваемыми действиями полиции, не имеется; на заявителя оспариваемыми действиями не возлагается какой-либо обязанности, ему предлагают явиться для дачи объяснения по существу изложенных в его обращении сведений, его права и свободы не умаляются, не ограничиваются¹⁴.

Очевидно, что предусмотренное п. 3 ч. 1 ст. 13 Федерального закона №3-ФЗ «О полиции» право вызывать в полицию граждан и должностных лиц по расследуемым уголовным делам и находящимся в производстве делам об административных правонарушениях, а также в связи с проверкой зарегистрированных в установленном порядке заявлений и сообщений о преступлениях, об административных правонарушениях, о происшествиях, разрешение которых отнесено к компетенции полиции, — одно из важных ее дискреционных полномочий, которое она реализует когда сочтет нужным. Гражданин, получивший повестку, обязан явиться в полицию, права игнорировать ее у него, действительно, нет. Но при этом нельзя отрицать, что вызов в полицию сам по себе если не нарушает, то, по крайней мере, затрагивает предусмотренное ч. 1 ст. 23 Конституции РФ право каждого на неприкосновенность частной жизни, т.е. право «на невмешательство административной власти...» [Кобалевский В.Л., 1924: 210]. Кстати, так же, как и в англо-саксонской юридической доктрине и практике, где оно именуется правом «прайвеси», это право и у нас, думается, с полным основанием может и должно трактоваться как право гражданина «быть оставленным в покое» [Николайчик В.М., 1987: 4]. В связи с этим в описанном случае необходимо

¹⁴ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 26.05.2017 №33а-811/2017 // СПС КонсультантПлюс.

было не отказывать, а принимать к производству суда административный иск и в ходе его рассмотрения проверять, соблюдены ли оговоренные законом условия, при которых допустим вызов граждан в полицию.

Иначе говоря, содержащееся в административном исковом заявлении утверждение административного истца, что оспариваемый им административный акт является незаконным, бесспорно, свидетельствует о том, что указанный акт (даже если впоследствии он будет признан соответствующим закону) если и не нарушает, то, как минимум, «затрагивает»¹⁵ принадлежащие истцу конституционные права на признание, соблюдение, защиту государством прав и свобод человека и гражданина (ст. 2, ч. 1 ст. 45 Конституции Российской Федерации) и на законную деятельность органов публичной власти и их должностных лиц (ч. 2 ст. 15).

Отсюда следует, что отказ судьи в принятии административного искового заявления об оспаривании дискреционного административного акта (вне зависимости от его содержания) по мотиву наличия обстоятельств, предусмотренных п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, практически при любых условиях будет входить в противоречие с Конституцией РФ. Суждение о том, законен оспариваемый дискреционный административный акт или нет, суд должен выносить по результатам рассмотрения административного искового заявления, а не в момент его принятия. Это вполне естественно, поскольку при оспаривании дискреционного административного акта возникает ситуация, описываемая следующей часто встречающейся в судебных решениях фразой: «Проверить доводы истца, равно как и установить факт нарушения его прав либо опровергнуть такое нарушение возможно лишь на стадии рассмотрения дела по существу»¹⁶.

В судебно-арбитражной практике мнение о том, что реализация субъективного права на усмотрение, вытекающее из предоставленных органу публичной администрации полномочий, не может быть предметом судебного разбирательства «в принципе», обосновывается подчас весьма экзотическим аргументом, а именно: усмотрение органа публичной администрации составляет «элемент его частной деятельности (п. 1 ст. 1 ГК РФ)»¹⁷.

Между тем ссылка на п. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации, предусматривающий в числе основных начал гражданского за-

¹⁵ Законодатель не раскрывает содержания юридического термина «затрагивать». В русском языке это слово означает, в частности, следующее: «1. Касаться кого-л. или чего-л.; задевать. 2. перен. Иметь отношение к кому-л. или к чему-л.; быть связанным с кем-л. или с чем-л.» [Ефремова Т.Ф., 2005: 781].

¹⁶ См., напр.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 12.12.2017 № 57-КГ-20 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8.07.2005 № 09АП-6628/05-ГК по делу № А40-8725/05-79-70 // СПС КонсультантПлюс.

конодательства недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, не может считаться состоятельным доводом против того, чтобы суд оценивал законность реализации административного усмотрения. Названная статья закрепляет основные начала не административного, а гражданского законодательства. По справедливому мнению А.А. Иванова, «государство как субъект гражданского права более ограничено по сравнению с частными лицами в проявлении собственного усмотрения в частных делах. Об этом свидетельствует обширнейшее законодательство, посвященное, прежде всего, участию государства в имущественных отношениях (бюджетное законодательство, законодательство о приватизации и т.п.). Те цели, которые поставлены перед государством Конституцией Российской Федерации, не могут позволить ему действовать как простому частному лицу, принимая любые решения по поводу принадлежащего ему имущества» [Иванов А.А., 2012: 169].

Более развернуто на этот счет высказывается первый заместитель Председателя Верховного Суда Российской Федерации профессор П.П. Серков, исходящий из того, что управленческая деятельность органов (должностных лиц) публичной власти не является их «усмотренческой «вотчиной»: «Вопреки распространенному мнению, должностные лица выступают носителями, а не обладателями властных полномочий. Разница кардинальная, поскольку должностные лица не имеют полномочий «владевать», но обязаны надлежащим образом, в пределах и объеме своих функциональных правомочий, исполнять обязанности и реализовывать права, принятые государством... Человек бессилён перед несправедливым усмотрением до тех пор, пока за должностными лицами будет признаваться обладание, а не распоряжение властными полномочиями по единой и универсальной методологии механизма административного правоотношения... Подобные усмотренческие интерпретации прав и обязанностей государства со стороны должностных лиц должны расцениваться как выход за пределы правового регулирования в результате неправильного применения административного усмотрения» [Серков П.П., 2016: 20]¹⁸.

Объективности ради подчеркну, что упомянутая выше позиция Конституционного Суда Российской Федерации, сводящаяся к признанию «обладания» должностным лицом «определенной дискрецией» обстоятельством, исключающим судебную проверку изданного таким лицом дискреционного административного акта, расходится с его же позицией, сформулированной еще за десятилетие до принятия КАС РФ следующим образом: «Несмотря на то, что суды не уполномочены проверять целесообразность решений налоговых органов (их должностных лиц), которые действуют в рамках предо-

¹⁸ Более подробно см.: [Серков П.П., 2018 (6): 310–314].

ставленных им законом дискреционных полномочий (*курсив мой.* — Ю.С.), необходимость обеспечения баланса частных и публичных интересов в налоговой сфере как сфере властной деятельности государства предполагает возможность проверки законности соответствующих решений, принимаемых в ходе налогового контроля, — о проведении встречных проверок, истребовании документов, назначении экспертизы и т. д. Как следует из взаимосвязанных положений статей 46 (часть 1), 52, 53 и 120 Конституции Российской Федерации, предназначение судебного контроля как способа разрешения правовых споров на основе независимости и беспристрастности предопределяет право налогоплательщика обратиться в суд за защитой от возможного произвольного правоприменения»¹⁹. Отмечу, что пока Конституционный Суд Российской Федерации не был поставлен перед необходимостью оценивать конституционность п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, он стойко придерживался этой, с моей точки зрения, безупречной позиции и в других своих решениях²⁰, распространяя ее не только на налоговые органы, но и на прокуратуру²¹, антимонопольные органы²², а, значит, и на всю публичную администрацию.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16.07.2004 № 14-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений части второй статьи 89 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. Д. Егорова и Н. В. Чуева» // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См., напр.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 18.01.2005 № 130-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запросов Арбитражного суда Орловской области о проверке конституционности пунктов 1 и 6 статьи 101, статьи 106, пунктов 1 и 6 статьи 108 и статьи 109 Налогового кодекса Российской Федерации»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 16.03.2006 № 70-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Егорова Андрея Дмитриевича на нарушение его конституционных прав подпунктом 1 пункта 1 статьи 31, абзацем первым пункта 1 статьи 93 Налогового кодекса Российской Федерации, частью 1 статьи 65 и частью 5 статьи 200 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

²¹ См., напр.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17.02.2015 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 6, пункта 2 статьи 21 и пункта 1 статьи 22 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобами межрегиональной ассоциации правозащитных общественных объединений «Агора», межрегиональной общественной организации «Правозащитный центр «Мемориал», международной общественной организации «Международное историко-просветительское, благотворительное и правозащитное общество «Мемориал», региональной общественной благотворительной организации помощи беженцам и вынужденным переселенцам «Гражданское содействие», автономной некоммерческой организации правовых, информационных и экспертных услуг «Забайкальский правозащитный центр», регионального общественного фонда «Международный стандарт» в Республике Башкортостан и гражданки С. А. Ганнушкиной» // СПС КонсультантПлюс.

²² См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 14.05.2015 № 1076-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «АРГУС-СПЕКТР» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 5 части 2 статьи 39 Федерального закона «О защите конкуренции» // СПС КонсультантПлюс.

Хочется надеяться, что данный подход к пониманию дискреции и пределов судебного контроля за ней вновь возобладает в практике Конституционного Суда Российской Федерации.

4. Законные интересы граждан и организаций как мнимые объекты судебной защиты в делах об оспаривании дискреционных административных актов

Возвращаясь непосредственно к п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, наряду с отмеченной выше его неконституционностью следует также обратить внимание на внутреннюю ущербность упомянутого положения закона, обусловленную наличием в его тексте понятия «законные интересы». Как известно, ч. 1 ст. 1 и ч. 1 ст. 4 КАС РФ расширили в сравнении с ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации перечень объектов судебной защиты, включив в него наряду с правами и свободами «законные интересы» граждан и организаций. Аналогичный подход воплощен в Федеральном законе от 27.07.2004 №79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации», который в качестве одной из основных обязанностей государственного служащего закрепляет соблюдение им при исполнении должностных обязанностей не только прав, но и законных интересов граждан и организаций (п. 4 ч. 1 ст. 15). Федеральный закон от 26.12.2008 № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» также требует от должностных лиц органов государственного контроля (надзора) соблюдения при проведении проверки как прав, так и законных интересов юридического лица, индивидуального предпринимателя (п. 2 ст. 18).

Законодатель и высшие судебные инстанции страны понятие законного интереса не разъясняют. Вполне естественной, соответствующей обыденному сознанию представляется позиция, согласно которой законные интересы граждан и организаций — это их нужды, потребности, удовлетворение которых не запрещено законом. Речь идет о простой юридической дозволенности, точнее, незапрещенности определенного поведения, об усеченной юридической возможности, не подкрепленной, в отличие от субъективного права или свободы, обязанностью других лиц.

Парадоксально, но при таком понимании законного интереса п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ утрачивает регулирующий смысл и обрекается на неприменение, ибо административный истец всегда, при любых условиях может указать на какой-либо свой законный интерес (а их бесчисленное множество), который нарушается или, тем более, затрагивается иным образом оспари-

ваемым дискреционным административным актом. Этого не происходит потому, что отмеченная широкая трактовка понятия законного интереса, бесосновательно, на мой взгляд, введенного законодателем в правовой оборот наряду с «правами и свободами», не только не имеет распространения в юридической литературе, но и абсолютно не находит поддержки в судебной практике. При изучении судебных решений автору не удалось обнаружить административные дела, где административный истец ставил, а суд обсуждал бы вопрос о нарушении исключительно законных интересов истца. Речь всегда шла о правах, свободах истца либо о его правах, свободах и законных интересах.

Отмечу, что Конституционный Суд Российской Федерации, анализируя содержание п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, не считает необходимым даже упоминать о законных интересах. «Административное процессуальное законодательство, конкретизирующее положения статьи 46 Конституции Российской Федерации, исходит, по общему правилу, из того, что любому лицу судебная защита гарантируется только при наличии оснований предполагать, что права и свободы, о защите которых просит лицо (*подчеркиваю: права и свободы, без законных интересов.* — Ю.С.), ему принадлежат и при этом указанные права и свободы были нарушены или существует реальная угроза их нарушения»²³.

Практический опыт и интуиция подсказывают профессиональным судьям то, что иногда укрывается от взгляда юриста-теоретика, а именно, что «законные интересы вне субъективных прав и юридических обязанностей не существуют» [Черданцев А.Ф., Гунин Д.И., 2013: 12]. П.П. Серков абсолютно правильно, на мой взгляд, отмечает, что субъективным интересам

²³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28.01.2016 № 109-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Даньшина Сергея Викторовича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс. Данная позиция содержится также в следующих актах Конституционного Суда Российской Федерации: приведенное выше Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.10.2016 № 2170-О// СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 25.05.2017 №1024-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Алексева Бориса Витальевича, Васильева Владимира Дмитриевича и других на нарушение их конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28.09.2017 №1842-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Малюшкина Виктора Митрофановича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128, пунктом 1 части 1 статьи 194 и статьей 323 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации, а также частью 5 статьи 11 Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс»; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17.07.2018 №1721-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Крайнова Дмитрия Юрьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части 1 статьи 128 и частями 15 и 16 статьи 239 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

«не находится места в конструкции правоотношения... Законный «интерес» просто обречен на то, чтобы входить в «содержание субъективного права... Иного способа определения законности субъективно возникших интересов просто не существует» [Серков П.П., 2018 (а): 262, 264].

Отсюда следует, что являющаяся данью традициям отечественного, если так можно выразиться, законописания формулировка «права, свободы и законные интересы», используемая в КАС РФ и других нормативных правовых актах, относящихся к деятельности публичной администрации, должна быть сокращена до конституционной формулировки «права и свободы».

5. Практика применения Верховным Судом Российской Федерации пункта 3 части 1 статьи 128 КАС РФ: противоречия и перспективы

Уместно отметить, что за несколько лет до издания КАС РФ Пленум Верховного Суда Российской Федерации, разъясняя п. 1 ч. 1 ст. 134 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, аналогичный в рассматриваемом аспекте п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, акцентировал внимание судов на том, что отказ в принятии заявления допустим лишь при условии, когда оспариваемый гражданином или организацией административный акт не просто, а «очевидно» не затрагивает их права и свободы. «В случае, когда из заявления не усматривается, что оспариваемое решение, действие (бездействие) явно (*курсив мой. — Ю.С.*) не затрагивает права и свободы заявителя, судья не вправе отказать в принятии такого заявления»²⁴. В пришедшем на смену указанному документу Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.09.2016 №36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» подобные разъяснения отсутствуют. В настоящее время лишь отдельные суды исходят из того, что «судья вправе отказать в принятии административного иска, только если оспариваемое действие (бездействие) очевидно и бесспорно (*курсив мой. — Ю.С.*) не затрагивает права, свободы и законные интересы административного истца»²⁵. Не в этом ли кроется причина вынесения прямо противоположных решений по практически сходным административным делам?

²⁴ П. 17 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 №2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» (утратил силу) // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Апелляционное определение Московского городского суда от 30.08.2018 по делу № 33а-6265 // СПС КонсультантПлюс.

Так, еще в период действия первого из указанных постановлений граждане Н.А. Плысенко, Л.И. Тормосина, О.С. Зеркальчук и Н.Н. Разинкова, являвшиеся студентами Воронежского филиала Финансового университета при Правительстве Российской Федерации», обратились в Верховный Суд Российской Федерации с заявлениями о признании незаконным распоряжения Правительства Российской Федерации от 25.12.2012 № 2529-р, которым указанный филиал был ликвидирован. По мнению заявителей, оспариваемый административный акт создал препятствия к осуществлению конституционного права на получение высшего образования, нарушил право свободы выбора образовательного учреждения, гарантированное ст. 2 Федерального закона от 22.08.1996 №125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании», противоречит Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования (1960) и ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966).

Рассматривая данное дело, Апелляционная коллегия Верховного Суда Российской Федерации отметила, что закрепленное в п. 5 ст. 2 Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» право свободы выбора образовательного учреждения не означает установления запрета на ликвидацию избранного гражданином образовательного учреждения, его филиала, если при этом обеспечивается право свободы выбора других действующих учебных заведений, осуществляющих обучение по соответствующей специальности. Поскольку оспариваемое распоряжение, по мнению Коллегии, не содержит положений, направленных на ограничение прав и возможностей граждан при получении высшего образования, какое-либо противоречие оспариваемого акта Конвенции о борьбе с дискриминацией в области образования и ст. 13 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах отсутствует.

Коллегия отметила также несостоятельность ссылки заявителей на недоказанность вывода суда о том, что им обеспечено право свободы выбора других действующих учебных заведений, осуществляющих обучение по соответствующей специальности, несостоятельна. Право на свободу выбора образовательного учреждения будет реализовано, в частности, при переводе заявителей с их согласия в федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Воронежский государственный университет». Продолжение обучения в другом филиале университета также не нарушает право выбора заявителей, так как обучение при наличии согласия заявителей будет ими продолжено в том же образовательном учреждении.

В результате Апелляционная коллегия Верховного Суда Российской Федерации вынесла справедливое, на мой взгляд, решение, отказав в удовлет-

ворении апелляционной жалобы²⁶. Как видно, в данном случае вопрос о том, затрагивает ли административный акт права и свободы заявителей, не возник ни в одной судебной инстанции.

Прямо противоположный подход продемонстрирован в следующем, во многом совпадающем по своему содержанию с предыдущим, деле, рассмотренном после признания утратившим силу Постановления Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 2. Гражданин Н. обратился в Полярный районный суд Мурманской области с административным исковым заявлением к Федеральной службе по надзору в сфере образования и науки (Рособрнадзору) о признании незаконными действий (бездействия), который определением от 23.03.2016 отказал Н. в принятии административного искового заявления.

В частной жалобе Н. просил указанное определение об отказе в принятии заявления отменить и обязать суд принять административное исковое заявление к производству. Заявитель полагал необоснованным вывод суда о том, что его обращение в суд с иском является защитой нарушенных прав вуза, в котором он проходил обучение, поскольку решениями Рособрнадзора о приостановлении государственной аккредитации нарушаются его права как получателя образовательных услуг. В частности, в результате лишения государственной аккредитации университета он вынужден переезжать за пределы своего населенного пункта в места нахождения образовательных организаций, давших согласие на принятие студентов указанного вуза для завершения обучения.

Судебная коллегия по гражданским делам Мурманского областного суда определение судьи Полярного районного суда Мурманской области от 23.03.2016 оставила без изменения, а частную жалобу Н. — без удовлетворения, обосновав свою позицию следующим образом. Отказывая в принятии административного искового заявления, судья, руководствуясь п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, исходил из того, что за восстановлением нарушенного права должен был обратиться сам вуз. Сведений о наличии у заявителя полномочий для обращения в суд с требованием в защиту прав указанного лица в материалах дела не содержится.

Исходя из содержания п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ, судебному контролю подлежат только такие акты (решения, действия, бездействие и т. п.), которые нарушают права и законные интересы административного истца. «Применительно к гражданским правам административного истца оспариваемый приказ является юридически безразличным, непосредственно к истцу не относится и соответствующих предписаний в отношении него не содержит

²⁶ Определение Апелляционной коллегии Верховного Суда Российской Федерации от 27.06.2013 № АПЛ13-243 // СПС КонсультантПлюс.

(курсив мой. — Ю.С.). Указанные в частной жалобе доводы сводятся к обоснованию взаимосвязи оспариваемого приказа с гражданскими правами и свободами административного истца, направлены на иное толкование закона и не могут повлечь отмену определения. Выводы судьи соответствуют нормам права, и оснований считать их ошибочными не имеется»²⁷.

Если бы Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10.02.2009 № 9 продолжало действовать, суды вряд ли сочли возможным признать оспариваемый в настоящем деле административный акт (вынуждающий молодого человека к смене места жительства для продолжения обучения в вузе, имеющем государственную аккредитацию) явно не затрагивающим его права и, скорее всего, приняли бы административное исковое заявление к производству. Таким образом, на мой взгляд, требуется усиление юридических гарантий доступа граждан и организаций к правосудию.

Возможно, это совпадение, но после выступления автора с докладом по исследуемой в настоящей статье теме на проведенной 20–21.09.2018 Верховным Судом Российской Федерации и Российским государственным университетом правосудия международной научно-практической конференции «Административное судопроизводство: проблемы и перспективы развития» Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда Российской Федерации вынесла по одному из дел кассационное определение от 18.01.2019 №41-КГ18-53, в котором сформулировала очень важную, принципиальную правовую позицию. В п. 43 Обзора судебной практики Верховного Суда Российской Федерации №1 (2019), утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 24.04.2019, эта позиция сформулирована следующим образом: «При разрешении вопроса о принятии административного искового заявления к производству суда не может быть дана оценка действиям и полномочиям административных ответчиков, а также не может быть сделан вывод об отсутствии нарушений оспариваемыми действиями прав, свобод и законных интересов административных истцов, поскольку указанные обстоятельства подлежат установлению при рассмотрении и разрешении административного дела по существу»²⁸. Казалось бы, можно праздновать победу, но согласно ч. 2 и 3 ст. 310 КАС РФ одним из оснований для отмены или изменения решения суда в апелляционном порядке является неправильное истолкование закона, в том числе без учета правовой позиции, содержащейся исключительно в постановлениях Президиума Верховного Суда Российской Федерации, а не в утвержденных им обзорах судебной практики. Поэтому без законодательных решений здесь не обойтись.

²⁷ См.: Апелляционное определение Мурманского областного суда от 21.04.2016 №33а-1350/2016 // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ СПС КонсультантПлюс.

Заключение

Изложенное убеждает в целесообразности исключения из ч. 1 ст. 128 КАС РФ пункта 3, в соответствии с которым судья отказывает в принятии административного искового заявления, если из административного искового заявления об оспаривании административного акта, решения, действия или бездействия публичной администрации «не следует, что этими актом, решением или действием (бездействием) нарушаются либо иным образом затрагиваются права, свободы и законные интересы административного истца».

Предлагаемая законодательная мера позволит привести КАС РФ в соответствие с положениями ч. 1 и 2 ст. 46 Конституции Российской Федерации, не устанавливающими каких-либо барьеров для проверки судом законности оспариваемых административных актов. Опасения насчет того, что данный шаг будет иметь следствиями посягательство судебной власти на независимость власти исполнительной, а также чрезмерное увеличение судебной нагрузки, представляются безосновательными. Лишение административного усмотрения предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 128 КАС РФ иммунитета от судебного контроля приблизит отечественное правосудие к европейским стандартам. Как это может выглядеть в наших условиях, показывает следующий пример из практики Европейского Суда по правам человека.

Офисные помещения ассоциации-заявителя и дома четырех других заявителей располагаются недалеко от дорог с интенсивным движением и перекрестков в Гамбурге (ФРГ). В 2001 г. заявители потребовали у Федерального бюро автомобильного транспорта и водителей обязать производителей автомобилей принять специальные меры для уменьшения вдыхаемых выбросов дизельных автомобилей, но их требование в конечном счете было отклонено. Заявители затем предъявили иск в административные суды, который был окончательно отклонен после того, как суды пришли к выводу, что критические объемы пылевых выбросов, предусмотренные немецким законодательством, соответствовали европейским стандартам и что позитивные обязательства государства не требовали от властей принимать специальные меры, на которых настаивали заявители.

Как указал Европейский Суд по правам человека, заявители, по существу, оспаривали уклонение государства от надлежащей защиты их здоровья. Однако даже если шум или иные загрязнения, серьезно влияющие на здоровье лица, могут вызывать вопросы с точки зрения ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), Конвенция как таковая прямо не предусматривает права на чистую и тихую окружающую среду. Заявителями не оспаривалось, что государство приняло определенные меры для снижения выбросов дизельных транспортных средств. Выбор средств решения про-

блем окружающей среды находится в рамках свободы усмотрения государства, и заявители не доказали, что, отказываясь принять специальные меры, требуемые ими, государство превысило свои дискреционные полномочия, не установив справедливого равновесия между интересами граждан и общества в целом.

Рассмотрев жалобу, Европейский Суд по правам человека признал ее явно необоснованной²⁹. В то же время нельзя отрицать, что все органы судебной власти продемонстрировали в настоящем случае уважительное, бережное отношение не только к правам, но и к законным интересам граждан в широком их понимании.

В качестве резюме отмечу, что реализация обоснованного в настоящей статье предложения об исключении из ч. 1 ст. 128 КАС РФ пункта 3 будет способствовать «очеловечиванию» российской судебной системы, усилению действенности судебного контроля за законностью административной деятельности и, следовательно, повышению доверия граждан к органам публичной власти и их представителям.



Библиография

- Бахрах Д.Н., Боннер А.Т. Административная юстиция: развитие и проблема совершенствования // Советское государство и право. 1975. N 8. С. 13–21.
- Бланкенегель А., Хартвиг М., Мальманн О., Пуделька Й., Вебер Й. Административно-процессуальный кодекс: концепция, модельный закон и комментирование. Берлин: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2014. 206 с.
- Боннер А.Т., Квиткин В.Т. К вопросу о соотношении административной и судебной деятельности // Вестник МГУ. Сер. Право. 1972. N 5. С. 13–22.
- Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление (теоретические проблемы): дис. ... д.ю.н. Свердловск, 1975. 398 с.
- Ефремова Т.Ф. Современный толковый словарь русского языка. Т. 1. М.: АСТ, 2005. 1168 с.
- Зеленцов А.Б. Конституционализация административного права в России: теоретические проблемы // Административное право и процесс. 2018. N 12. С. 12–21.
- Иванов А.А. Дело «Общество «Монаб» против Правительства города Москвы и других» / Правовые позиции Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: избранные постановления за 2006 год с комментариями / под ред. А.А. Иванова. М.: Статут, 2012. С. 163–172.
- Кобалевский В.Л. Очерки советского административного права. Харьков: Гос. изд-во Украины, 1924. 258 с.
- Конституция СССР и расширение судебной защиты прав граждан // Советское государство и право. 1978. N 11. С. 63–67.

²⁹ См.: Информация о Решении Европейского Суда по правам человека от 12.05.2009 по делу «Гринпис Е.В.» и другие (Greenpeace E.V. and others) против Германии» // СПС КонсультантПлюс.

Мельников А.А. Право граждан обжаловать в суд действия должностных лиц // Советское государство и право. 1978. N 11. С. 68–74.

Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М.: Наука, 1987. 197 с.

Серков П.П. Административное право, административное судопроизводство и механизм правоотношения // Журнал административного судопроизводства. 2016. N 1. С. 14–24.

Серков П.П. (а) Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования). Часть первая: Грани правового неведомого. М.: Норма, 2018. 512 с.

Серков П.П. (б) Правоотношение (Теория и практика современного правового регулирования). Часть вторая: Очертания правовой универсальности; Часть третья: Закономерность правовых закономерностей. М.: Норма, 2018. 1088 с.

Черданцев А.Ф., Гунин Д.И. Интересы законные, противозаконные и незаконные // Российское правосудие. 2013. N 7. С. 12–21.

Чечот Д.М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1973. 132 с.

Шульце Г., Тихомиров Ю.А., Хинов С. и др. Аппарат управления социалистического государства. Ч. 2. М.: Юрид. лит., 1977. 351 с.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality



Yuri P. Solovey

Professor, Siberian Law University, Honored Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 12 Korolenko Str., Omsk 644010, Russian Federation. E-mail: rektor@siblu.ru



Abstract

The subject of the research in this article is the legislative norms defining the boundaries of judicial review of the legality of the exercise by authorities and officials of the public administration of discretionary powers, first of all, clause 3 of part 1 of article 128 of the Administrative Procedure Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as CAS RF). According to this provision of the law, the judge refuses to accept an administrative claim if “from an administrative claim for challenging a regulatory legal act, an act containing explanations of legislation and having normative properties, a decision or action (inaction)” of the public administration does not follow that this act, decision or act (inaction) violates or otherwise affects the rights, freedoms and legitimate interests of the administrative claimant.” The purpose of the study is to prove that paragraph 3 of part 1 of Article 128 of the CAS RF in the interpretation given to it by court practice, contrary to the position stated by the legislator, does not simply unduly narrow the boundaries of judicial review of the legality of those administrative acts that are discretionary, but also the possibility of such verification. Based on dialectical, formal logical, historical, formal legal methods of cognition, the method of interpretation of law and the results of the analysis of published materials of judicial practice, the Author concludes that paragraph 3 of part

1 of Article 128 of the CAS RF does not comply with the provisions of the Constitution of the Russian Federation and the need to exclude it from CAS RF. The proposed legislative measure will allow the CAS RF to be brought into line with parts 1 and 2 of Article 46 of the Constitution of the Russian Federation, which do not establish any barriers for the court to verify the legality of the contested administrative acts. Fears that this step will have the implication of the judiciary on the independence of the executive branch, as well as an excessive increase in the judicial burden, seem to be groundless. Depriving the administrative discretion of Article 128 of the CAS of the Russian Federation on Article 3 of paragraph 3 of immunity from judicial control will bring domestic justice closer to European standards, will help “humanize” the Russian judicial system, strengthen the effectiveness of judicial control over the legality of administrative activities and, consequently, increase public confidence in public authorities, authorities and their representatives.



Keywords

administrative discretion; discretionary powers; discretionary administrative act; public administration; legality; refusal to accept an administrative claim; rights and legal interests of citizens and organizations; judicial control; denial of access to justice.

For citation: Solovey Y.P. (2019) Discretionary Nature of Administrative Act as a Circumstance Precluding Judicial Review of its Legality. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 72–99 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.72.99



References

- Bakhrakh D.N., Bonner A.T. (1975) Administrative Justice: Development and the Problem of Improvement. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 8, pp. 13–21 (in Russian)
- Blankenagel A., Hartwig M., Mallmann O., Podelka J., Weber J. (2014) *Administrative Procedure Code: Concept, Model Law and Commenting*. Berlin, 206 p. (in Russian)
- Bonner A.T., Kvitkin V.T. (1972) On the Question of the Relationship between Administrative and Judicial Activities. *Vestnik MGY, seria Pravo*, no 5, pp. 13–22 (in Russian)
- Chechot D.M (1973) *Administrative Justice: theoretical issues*. Leningrad: University Press, 132 p. (in Russian)
- Cherdantsev A.F., Gunin D.I. (2013) Interests are legal, illegal and illegal. *Rossiiskoe pravosudie*, no 7, pp. 12–21 (in Russian)
- Dyuryagin I.Y. (1975) *Application of norms of the Soviet law and social (state) management (theoretical problems)*. Doctor of Juridical Sciences Thesis. Sverdlovsk, 398 p. (in Russian)
- Ivanov A.A. (2012) Case of The Monab Society v. Moscow City Government and Others. *Pravovie pozicii Prezidiuma Vishego Arbitrazhnogo Suda: Izbrannie postanovleniya za 2006 s kommentariyami*. Moscow: Statut, pp. 163–172 (in Russian)
- Kobalevsky V.L. (1924) *Essays on Soviet administrative law*. Kharkov: Gosizdat Ukrainy, 258 p. (in Russian)
- Melnikov A.A. (1978) The right of citizens to appeal against the actions of officials to a court. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 68–74 (in Russian)
- Nikolaychik V.M. (1987) *SShA: Police Control over Society*. Moscow: Nauka, 197 p. (in Russian)

Serkov P.P. (2016) Administrative law, administrative legal proceedings and the mechanism of legal relations. *Zhurnal administrativnogo sudoproizvodstva*, no 1, pp. 14–24 (in Russian)

Serkov P.P. (2018) *Legal Relationship (Theory and Practice of Modern Legal Regulation). Part. 1: The Edge of Legal Unknown*. Moscow: Norma, 512 p. (in Russian)

Serkov P.P. (2018) *Legal Relationship (Theory and Practice of Modern Legal Regulation). Part 2: Outlines of Legal Universality; Part. 3: Regularities of Legal Laws*. Moscow: Norma, 1088 p. (in Russian)

Schulze G., Tikhomirov Y.Z., Khinov S. etc. (1977) *Management Apparatus of the Socialist State. Part 2*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 351 p. (in Russian)

The Constitution of the USSR and the expansion of judicial protection of the rights of citizens (1978) *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 63–67 (in Russian)

Zelentsov A.B. (2018) The Constitutionalization of Administrative Law in Russia: theoretical issues. *Administrativnoe pravo i process*, no 12, pp. 12–21 (in Russian)

Понятие правовых символов в рамках институционально-юридического подхода



И.В. Мальцев

сотрудник отдела Министерства труда и социального развития Новосибирской области. Адрес: 630007, Российская Федерация, Новосибирск, ул. Серебренниковская, 6. E-mail: ivan_maltsev@mail.ru



Аннотация

В статье исследуются подходы к изучению феномена правовых символов в юридической науке. Подчеркивается, что существующие подходы к рассмотрению символов ограничивают пространство их понимания аспектами исследования формы права в историко-правовой и технико-правовой парадигмах. Историко-юридический подход ограничивает сферу соответствующих исследований вопросами развития формы права, где понятие «символ» в значительной степени соотносится с понятием «обычай». В данном случае, за пределами исторического контекста, категория правовых символов зачастую утрачивает юридическое значение и не может рассматриваться в качестве правового института. В рамках технико-юридического подхода символам отводится роль вспомогательного средства правового регулирования, приема юридической техники. Данные подходы не позволяют раскрыть полностью сущность символов, затрудняют решение вопроса об их правовой институционализации. Критически оценивается обращение к понятию правовых символов, сопряженное с размытостью терминологических границ его объема, и предупреждается о риске проникновения сомнительных теоретических построений в позитивное право. Применен институционально-юридический подход к символам в опоре на метод индукции через поиск объектов, способных войти в состав понятия правового символа как межотраслевого правового института с учетом существенных признаков этого понятия, выделяемых в общенаучных концепциях и юридической науке, а также с учетом терминологической практики, отраженной в правовых актах. Авторское определение понятия правовых символов в рамках институционально-юридического подхода основано на комплексе существенных признаков: условности; многозначности; особой ценности; исключительности правовой связи с субъектом-носителем; уникальности; стабильности; правового опосредования; внешней объективации в особой форме. Указанные признаки позволяют выделить правовые символы из более широкой категории социальных символов, а также отграничить их от смежных знаковых явлений, имеющих юридическое значение.



Ключевые слова

символ; знак; герб; флаг; гимн; форма права; юридическая техника; институционализация.

Для цитирования: Мальцев И.В. Понятие правовых символов в рамках институционально-юридического подхода // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 100–121.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.100.121

Введение

Одним из актуальных вопросов изучения правовых символов с позиций правовой науки является их исследование в качестве межотраслевого правового института и значимого для права ценностного объекта, поскольку существующие подходы к пониманию символов в правоведении ограничивают пространство их понимания аспектами исследования формы права в историко-правовой и технико-правовой парадигмах.

Так, историко-юридическое понимание символов ограничивает сферу соответствующих научных исследований вопросами развития формы права, где понятие «символ» в значительной степени соотносится с понятием «обычай»¹. Вспомним здесь позиции дореволюционного ученого П.Д. Колмыкова о символах как наиболее ранней эпохе «истории обрядов юридических» [Колмыков П.Д., 1839: 19], выводы В.В. Момотова, по мнению которого «ритуально-символическая форма права была одной из первых форм выражения обычного права в древнерусском обществе» [Момотов В.В., 2003: 16], обобщения А.Ю. Глушакова, отмечающего непосредственную функциональную «связь обычного права (в последующем и так называемых “варварских” правд) и правовых символов — в сфере обычного права, в котором правовые символы использовались в процессе правового регулирования» [Глушаков А.Ю., 2008: 314].

За пределами исторического контекста категория правовых символов зачастую утрачивает юридическое значение и не может рассматриваться в качестве соответствующего правового института: предметы, когда-то отражавшие особое символично-правовое содержание (природные объекты, предметы быта, части человеческого тела и др.), сохраняют его лишь в качестве «правовых древностей» либо институционализируются в праве как таковые, безотносительно к отвлеченным значениям.

В рамках технико-юридического понимания символов отчетливо прослеживается их актуальность для современного, «живого», права, но многие ученые вслед за Н.Н. Вопленко [Вопленко Н.Н., 1995: 71–73] отводят символам роль вспомогательного средства правового регулирования, приема юридической техники. Например, как отмечает А.В. Никитин, «применение символов в праве имеет двоякое значение: во-первых, оно облегчает уни-

¹ Как отмечает И.А. Исаев, «обычай составлял основу символической формы» [Исаев И.А., 2002: 6].

фикацию права, и, во-вторых, оно способствует экономии сил, упрощая и типизируя юридически значимое поведение» [Никитин А.В., 2000: 443].

Данный подход затрудняет решение вопроса о правовой институционализации символов, поскольку обычно обращение ученых к данному понятию сопряжено с размытостью терминологических границ его объема и, как следствие, риском попадания сомнительных теоретических построений в позитивное право. Безотносительно к содержанию признакам и функциям, вкладываемым в понятие «символ» в доктринальных источниках и нормативных правовых актах, к правовым символам как средствам юридической техники относят чрезвычайно широкий круг явлений — от схем и таблиц (А.Ю. Глушаков) до Интернета (О.И. Шарно).

Отправной точкой предпринятого в данной работе институционально-юридического подхода к символам является поиск объектов, способных войти в состав понятия «правовой символ» как межотраслевого правового института с учетом существенных признаков этого понятия, выделяемых в общенаучных концепциях и юридической науке, а также с учетом терминологической практики, отраженной в нормативных правовых актах. Необходимой основой для построения дальнейших выводов о понятии «правовой символ», по нашему мнению, должен являться *метод индукции*.

1. Проблема предметной определенности символов как правового института

Рассуждения о символах в праве с позиции институционально-юридического подхода и, что наиболее принципиально, выбор элементов рассматриваемого класса для последующих индуктивных заключений целесообразно начинать, отграничив и восприняв явления, которым сущность символа свойственна вне зависимости от избранных допущений и контекста; явления, которые остаются символами в любых условиях, устойчиво определяются через данное родовое понятие с учетом формально-логических правил в словарно-энциклопедической, научной литературе и нормативных правовых актах. Именно внеконтекстуальность, часто оставаясь за рамками научных работ о правовых символах, на наш взгляд, способна задать изучаемому вопросу отчетливый предметный вектор.

Так, если понятия «герб», «флаг», «гимн» устойчиво определяются как символы и в общеязыковой практике, и в нормативных правовых актах, то подобное сопоставление для многих причисляемых к символам явлений происходит вне опоры на фундаментальные дефиниции, в рамках стоящих перед исследователем задач или в силу сиюминутной риторической красоты².

² Проблему терминологической чистоты понятия «символ» применительно к вопросам правовой науки осложняет и мощный риторический потенциал этого понятия, обуславливающий

Не менее важно разграничить символы как объекты правоотношений от символов, рассматриваемых в качестве теоретико-правовых построений или «нетрадиционных» правовых норм (и в этом смысле сравниваемых, например, с правовыми аксиомами [Давыдова М.Л., 2009: 296–298], правовыми фикциями [Дормидонтов Г.Ф., 1895: 61–63] и т.д.). Действительно, если мы понимаем под символом мыслительный прием замещения чего-то одного чем-то другим, поиск не только исчерпывающего, но даже сколько-нибудь репрезентативного перечня объектов, составляющих объем данного понятия, теряет всякий смысл. Попытки поиска такой выборки не будут корректными, если правовой символ предстает в исследовании как «определенная форма отражения юридической действительности, выраженной как в форме мысли, психических переживаниях, так и в форме текста правового акта» [Никитин А.В., 2000: 446] или в качестве нетипичной формы нормативно-правового предписания [Давыдова М.Л., 2009: 191–192].

Дифференциация подходов в понимании правового символа (например, как объекта правоотношения и как особой правовой нормы) требуется и при выделении существенных признаков данного понятия. Например, если О.Е. Спиридонова в качестве одного из признаков, присущих правовому символу, указывает на общеобязательность [Спиридонова О.Е., 2002: 41], очевидно, что позиция исследователя тяготеет к пониманию символа как особой нормы права (некорректно было бы говорить об общеобязательности какого-либо символа как объекта правоотношения).

Узкий круг явлений, последовательно определяемых в качестве символов (герб, эмблема, флаг, знамя, вымпел, гимн), вполне отчетливо сформировался в позитивном праве³. Не менее осторожный «объектный» подход можно заметить при попытке найти обращение к этому понятию в юридических энциклопедиях и словарях, где развернутые определения символа (символов) нередко подменяются перечислением объектов-представителей⁴ либо вообще не включаются в качестве самостоятельных статей⁵. В подавляющем

его отвлеченное использование, нередко вне рамок предметного исследования. Так, «символами» зачастую именуются самые значимые государственно-правовые явления: Конституцию, кодекс, суверенитет, государство, правовое государство и т.д.

³ Примером яркого и не вполне оправданного исключения, на наш взгляд, являются положения п. 11.1 ст. 2 Федерального закона от 04.12.2007 № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2007. № 50. Ст. 6242), где приведен широкий открытый перечень объектов, входящих в понятие «символика».

⁴ Например, статья «Государственные символы» в Юридической энциклопедии, составленной Л.В. Тихомировой и М.Ю. Тихомировым, отличается предельной краткостью: «См. Государственный герб; Государственный гимн; Государственный флаг» [Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю., 2002: 202].

⁵ Статью «Символы» («Государственные символы») нам не удалось обнаружить в советских юридических словарях, где самостоятельные статьи обычно посвящены государственным гербу, флагу и гимну.

большинстве случаев, сводящихся, впрочем, лишь к характеристике символов государства⁶, к числу таких объектов-представителей составители юридических энциклопедий и словарей относят государственные герб, флаг, гимн⁷. Указанные объекты попадают в зону внимания практически любого современного исследования о правовых символах, а в теории государства и права нередко рассматриваются собирательно в качестве признака государства.

2. Признаки правовых символов в рамках институционально-юридического подхода

Основываясь на допущении о закономерности рассмотренной объектной избирательности для правовой науки и практики и принимая во внимание, что каждый из упомянутых объектов обладает комплексом существенных признаков, одновременно свойственных родовому понятию символа в праве, методологически оправдана попытка вычленения, анализа данных признаков для последующего их синтеза при составлении авторского определения понятия «правовой символ».

Предлагаемые нами в рамках институционально-юридического подхода признаки правовых символов, которые приводятся ниже, кроме того, позволяют выделить их из более широкой категории социальных символов, а также разграничить со смежными знаковыми явлениями, имеющими юридическое значение.

2.1. Условность (конвенциональность)

С общенаучной точки зрения конвенция (соглашение) — «познавательная операция, предполагающая введение норм, правил, ценностных суждений, знаков, символов, языковых и других систем на основе договоренности и соглашения субъектов познания» [Микешина Л.А., 2013: 16]. Общий для самых разных по форме, содержанию и функциям обозначений признак условности является для символов фундаментальным. Признак условности (конвенциональности), на наш взгляд, исключает из числа объектов, которые в формально-логическом смысле могут быть названы символами или знаками в правовой доктрине и нормативных правовых актах, такие объекты, как официальные документы, поскольку последние прямо и очевидно передают соответствующую информацию.

⁶ Таким образом, по итогам проработки специализированной словарно-энциклопедической литературы может сложиться ложное впечатление, что иные символы, кроме государственных, праву безразличны.

⁷ Несколько реже упоминаются также государственные цвета, штандарт главы государства, государственная печать, девиз государства, столица государства, торжественные даты и др.

В связи с этим подчеркнем, что показательно понятия «символ» и «знак» (с одной стороны) и «документ» (с другой стороны) разграничены в п. 6 ст. 1259 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ). Однако в данном случае законодатель перечисляет примеры символов и знаков без редакционного разделения: «государственные символы и знаки (флаги, гербы, ордена, денежные знаки и тому подобное), а также символы и знаки муниципальных образований». Совершенно очевидно, что с использованием одного лишь признака условности (конвенциональности) указанные объекты разграничить не удастся.

2.2. Многозначность

Во многих научных работах, предметом которых выступают символы и знаки, при попытках их разграничения отмечается многозначность первых и однозначность вторых. Так, например, В.С. Мартьянов указывает, что «символ неизменно связан с поливалентностью смысла. Знак — это носитель любого фиксированного смысла. Символ потенциально заключает в себе множественные смыслы» [Мартьянов В.С., 2011: 114]. А.Н. Веракса делает при этом акцент на принципе предметности, отмечая, что «символ характеризуется двойственной предметностью: первичная предметность символа определяется его внешностью, т.е. чувственно созерцаемой формой, вторичная (скрытая) предметность обусловлена указанием на символизируемую сущность. Причем обе различающиеся предметности символа существенны» [Веракса А.Н., 2016: 54]. В отличие от символа, знак с заданным значением, по мнению ученого, обладает единичной предметностью.

К сожалению, в специальных исследованиях ученых-юристов о правовых символах признаку многозначности зачастую не уделяется необходимого внимания, что в ряде случаев приводит к фактическому отождествлению категорий символа и знака⁸, смешению разнопорядковых правовых объектов, когда понятием «символ» охватываются любые знаковые явления, элементарные технические решения (вплоть до таблиц, сигналов светофора) и т.д. Возможно, указанная тенденция была бы лучше объяснима, если за основу в качестве обобщающего понятия исследователи принимали бы понятие «знак», поскольку ценность символов, сводимая в праве лишь к точному, лаконичному и оперативному доведению до субъектов правовых предписаний в услов-

⁸ Показательным примером являются две отдельные энциклопедические статьи, посвященные символам и знакам, где *знаки государственные* определяются как «символы государства, к которым относятся флаг, герб, гимн, государственная печать, а также пограничные знаки», а *символы и эмблемы государства* — как «индивидуальные знаки, символизирующие данное государство: государственный флаг, государственный герб, государственный гимн, столица государства» [Топорнин Б.Н., 2001: 354, 989].

ной форме, превращает эти символы в знаки с предельно четким единственным значением. Такая трактовка ничего «не отнимет», скажем, у дорожных знаков или жестов регулировщика, но, по нашему мнению, лишит важнейших смысловых и сущностных компонентов те же гербы, флаги и гимны.

Возвращаясь к формулировке п. 6 ст. 1259 ГК РФ, где упоминаются символы и знаки, следует сделать вывод, что обе данные категории одновременно признаются, но не отождествляются законодателем (во всяком случае, их позиционирование происходит вне рамок логических отношений равнообъемности или подчинения одного понятия другому). Однако вопрос о сколько-нибудь определенном объектном наполнении каждого из них решен следующим образом: приведен *общий* для символов и знаков незакрытый перечень примеров («флаги, гербы, ордена, денежные знаки и тому подобное»).

В данном случае одним из важных критериев разграничения символов и знаков является как раз признак многозначности, отраженный, в том числе в устойчивой нормативно-правовой терминологии, когда за одними объектами последовательно закрепляется термин «символ» (гербы, флаги, гимны), за другими — термин «знак» (ордена как вид знаков отличия⁹, денежные знаки, дорожные знаки и т.д.). В случае с символами своеобразному «кодированию» подлежит не только связь обозначаемого (например, Российская Федерация) и обозначающего (например, Государственный герб России), но и иные семантические пласты, выходящие за пределы сугубо внешнего обозначения, которые также могут иметь юридическое значение и правовую ценность.

Так, гербы, флаги и гимны способны служить не только визуальными идентификаторами своих носителей, но и выражать пространство их внутренней идентичности, нести информацию об исторической основе, идеологических максимах, целевых ориентирах. В случае с государственными символами мы нередко можем делать выводы о форме правления, форме государственного устройства или политическом режиме того или иного государства¹⁰. Как замечает М. Пастуро, «изображение как на печати, так и на гербе говорит не только о личности и социальном статусе ее обладателя, но также — за счет выбора того или иного рисунка, той или иной легенды — о его индивидуальности, его стремлениях, его притязаниях. В этом смысле оно одновременно является и эмблемой, и символом» [Пастуро М., 2017: 238].

Нельзя не отметить позиций, «дезаурирующих» попытки поиска в рассматриваемых символах какого-либо особого смыслового содержания. На-

⁹ Ср. также позиции, перечисленные в п. 3 Положения о Государственном геральдическом регистре Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации от 21.03.1996 № 403 «О Государственном геральдическом регистре Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 13. Ст. 1307.

¹⁰ Например, флаг США является наглядным историко-правовым путеводителем по становлению этого федеративного государства: по количеству полос и звезд мы можем судить о первоначальном и современном количестве штатов.

пример, по мнению геральдиста М.Ю. Медведева, «основная функция герба состоит в указании на хозяина, а не на некие абстрактные вещи. Поэтому на деле, что именно обозначает двуглавие российского орла — абсолютно неважно. Двуглавый российский орел обозначает Россию — вот и все. Дальше мы можем вычитывать любые смыслы, близкие нашему пониманию контекста»¹¹. По сути, такое понимание гербов (а равно флагов и гимнов) сводит их на уровень элементарных знаков, подобных знакам, используемым в точных науках или в правовом регулировании дорожного движения. Тогда мы получили бы объект, который, словами А.Ф. Лосева, «практически имеет вполне однозначное, вполне одномерное и начальное значение, которое указывает только на факт существования чего бы то ни было другого, не входя ни в какую обрисовку этого другого и не вступая с ним ни в какие иные отношения, кроме самого акта обозначения» [Лосев А.Ф., 1976: 134]. Нельзя не привести здесь и слова И.А. Исаева, что «символизм правовой формы заключается не столько во внешних и материальных знаках, сколько в динамизме и многосмысленности [курсив наш. — И.М.] отражения им правовой реальности» [Исаев И.А., 2002: 4].

На наш взгляд, способность быть не только внешними идентификаторами, но одновременно выражать сущность своего носителя через потенциально неограниченный спектр семантических векторов, рассматриваемая здесь как многозначность, — важный признак символов, отличающий их от знаков.

2.3. Особая ценность

Круг правовых символов отчетливо сужается в аксиологическом аспекте. Гербы, флаги, гимны, выделенные нами для анализа в этом качестве, нередко рассматриваются в исследованиях как объекты, однопорядковые с особо почитаемыми духовными явлениями. Например, концепция работы Н.А. Соболевой и А.Н. Казакевича состоит в структурном объединении глав, посвященных российскому государственному гербу, гербам территорий и российских городов, государственным флагу и гимну, с главой о символах и святынях Русской Православной Церкви [Соболева Н.А., Казакевич А.Н., 2006: 208 с.]. По мнению Е.Н. Карабановой, «именно ценностный характер значения, некий симбиоз идейного начала и эмоциональной оценки, отличает символ от всех других видов знаков» [Карабанова Е.Н., 2013: 62], а государственные герб, флаг и гимн исследователь характеризует как «особо почитаемые символы» наряду с символами, увековечивающими память погибших при защите отечества, и символами религиозного почитания.

¹¹ Медведев М. Основная функция герба состоит в указании на хозяина. 2019. Available at: URL: (дата обращения: 09.04.2019)

Как отмечают И.М. Дзялошинский и М.А. Пильгун, символ, «обозначая какие-то предметы, явления или процессы, одновременно указывает на связь означаемого предмета или явления с высшими ценностями или высшими силами» [Дзялошинский И.М., Пильгун М.А., 2011: 18].

Разумеется, ценностный характер, не сопоставимый с ценностью соответствующего материального носителя, придает символу именно устойчивая взаимосвязь обозначаемого и обозначающего. Так, в аспекте проблем уголовно-правовой охраны особо почитаемых символов Е.Н. Карабанова указывает, что «если символизируемое явление признается социально значимым и особо почитаемым с точки зрения нравственной ценности, то объектом уголовно-правовой охраны должны выступать и само явление, и его символ, суть которого в неразрывной связи знака и обозначаемого явления» [Карабанова Е.Н., 2013: 62].

Вспомним здесь знаменитое высказывание британского публициста, историка и философа Т. Карлейля, который писал: «Разве я сам не знал пять сотен живых солдат, изрубленных на пищу воронам за кусок сатина, который они называли своим Флагом; который, если его продать на каком-нибудь рынке, не принес бы больше трех грошей?» [Carlyle T., 1838: 230]. Не зря при оценке современных проблем российской идентичности П.Е. Родькин задается вопросом, вынесенным в заголовок соответствующей статьи: «Национальная идентичность: готовы ли мы умирать за свои символы?»¹².

Представляется, что аксиологический компонент в исследовании правовых явлений в целом может быть с большой наглядностью продемонстрирован как раз на примере правовых символов. При этом важно отметить, что несмотря на отпечаток «сакрализации», который вносят используемые при характеристике ценности символов понятия «святыня», «почитание» и т.д., в данном случае мы ни в коей мере не говорим о возможности их выведения за пределы рациональной оценки и научной интерпретации.

2.4. Исключительность правовой связи с субъектом-носителем

Как на примере избранных для анализа форм символов — герба, флага, гимна, так и в опоре на приведенные выше рассуждения об особой ценности как признаке правовых символов, допустимо в порядке постановки проблемы говорить о выделении в качестве таковых (соответственно, и в контексте разграничения со смежными категориями) лишь явлений, имеющих *исключительную* правовую связь с субъектом права.

¹² Available at: URL: <https://centerforpoliticsanalysis.ru/position/read/id/nacionalnaya-identichnost-gotovy-li-my-umirat-za-svoi-simvoly> (дата обращения: 09.04.2019)

Если принять во внимание, что, по сути, ценность символов как явлений обозначающих определяется ценностью связанных с ними и обусловивших самое их существование явлений обозначаемых, в пространстве юридической науки очевидно смещение акцента на субъектов права — на человека¹³ (физических лиц), на объединения граждан (в том числе создаваемые ими юридические лица), на публично-правовые образования, объединяющие людей на территориальном и государственном уровнях.

С этой точки зрения нельзя назвать случайным формирование заметной «субъектно-символической» и «объектно-знаковой» терминологии в правовых актах, когда понятие «символ» соотносится с субъектами права (государственные символы Российской Федерации¹⁴, официальные символы Вооруженных Сил Российской Федерации¹⁵, официальные символы муниципальных образований¹⁶ и др.), а понятие «знак» — с объектами правоотношений (товарные знаки¹⁷, денежные знаки¹⁸, знаки почтовой оплаты¹⁹ и др.)²⁰.

Тесная связь правовых символов именно с субъектами права подтверждается, кроме того, их рассмотрением в работах правоведов (прежде всего ученых-цивилистов) с позиции классических «субъектных» институтов, среди которых, прежде всего, «личное неимущественное право» и «субъективное право». Например, субъективное право на личный герб Т.В. Дробышевская

¹³ В ст. 2 Конституции России высшей ценностью провозглашен человек.

¹⁴ См. ст. 17.10 Кодекса РФ об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1. Ч. 1. Ст. 1.

¹⁵ См. ст. 1 Федерального закона от 29.12.2000 № 162-ФЗ «О знамени Вооруженных Сил Российской Федерации, знамени Военно-Морского Флота, знаменах иных видов Вооруженных Сил Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. № 1. Ч. II. Ст. 14.

¹⁶ См. ст. 9 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

¹⁷ См. ст. 1477 ГК РФ (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 52. Ч. 1. Ст. 5496.

¹⁸ См. ст. 33 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» // СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

¹⁹ См. ст. 2 Федерального закона от 17.07.1999 № 176-ФЗ «О почтовой связи» // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3697.

²⁰ Отметим, что «дихотомически» последовательно такое соотнесение не всегда. Например, в федеральном законодательстве мы встречаем понятие «символ», сопоставленное с такими категориями как «героизм, мужество и стойкость народов нашего Отечества» (в отношении мест боевых действий), «Победа советского народа в Великой Отечественной войне» (в отношении Знамени Победы), «воинская слава России», «судебная власть», «государственная власть». Большинство случаев бессубъектного применения понятия «символ» законодателем, как можно видеть, связаны с ценностными категориями, опосредующими безусловные социально-исторические и политические максимы Российского государства, но здесь мы, скорее всего, сталкиваемся с понятиями из более обширной области социально-политического дискурса, применение которых в юридической деятельности сопряжено со значительными трудностями адекватного толкования.

рассматривает в числе личных неимущественных прав физического лица [Дробышевская Т.В., 2001: 32], а В.С. Толстой говорит и о неимущественных правах юридических лиц и публично-правовых образований на выбор обозначений (для последних в числе обозначений упоминаются также герб, флаг, гимн) [Толстой В.С., 2009: 210].

Рассматривая гербы и другие символы в числе объектов личных неимущественных прав, мы предлагаем обратиться и к такому признаку указанных прав, как их неотчуждаемый характер. Сопоставляя в этом отношении субъективное право на символ и исключительное право на средство индивидуализации (к числу которых относятся и товарные знаки), следует обратить внимание на существенное различие в распоряжении этими правами. Насколько можно судить, первые в данном случае близки по своей природе к понятию «нематериальные блага», которые в силу ст. 150 ГК РФ являются неотчуждаемыми и непередаваемыми иным способом. Вторые в силу прямого указания закона могут отчуждаться, в том числе в полном объеме (положения о договоре об отчуждении исключительного права закреплены в ст. 1234 ГК РФ). Кроме того, нельзя не указать на бессрочный характер признания нематериальных благ в отличие от регламентируемых в законодательстве сроков действия исключительных прав²¹. Важно отметить, что подавляющее большинство правовых знаков, которые наряду с собственными символами может использовать субъект права, через категории личных неимущественных прав или нематериальных благ охарактеризовать нельзя. В данном случае речь идет, например, о знаках отличия и знаках различия.

Очевидно, что символ, рассматриваемый как явление, однопорядковое с именем лица, является обозначением неотчуждаемым и обладает ярко выраженным персонифицированным характером, связь лица и символа исключительна. В случае со знаками отличия и знаками различия, по общему правилу, речь не может идти ни о персональной индивидуализации, ни о каких-либо исключительных правах на этот знак. Кроме того, ни то, ни другое не доступно для любого желающего и по крайней мере «теоретически» неотчуждаемо.

Таким образом, рассматриваемый признак, как мы полагаем, выводит из числа правовых символов следующие явления, которые причисляются к таковым в ряде научных работ и нормативных правовых актов: знаки отличия (в том числе ордена, медали и другие награды), форменную одежду и знаки различия (в том числе отличительные знаки должности судей и другие должностные знаки), денежные знаки, товарные знаки. Также мы отмечаем очевидную проблемность как для возможной интеграции в системный понятийный аппарат отечественного права, так и для практического правоприменения от-

²¹ Например, ст. 1491 ГК РФ определяет срок действия исключительного права на товарный знак (10 лет) с возможностью последующего продления.

дельных примеров создания законодателем абстрактных конструкций, в которых понятие «символ» опосредует столь же трудные для оценки их содержания и объема явления (например, «символы воинской славы»).

2.5. Уникальность

Признак уникальности правового символа обусловлен неповторимостью каждого отдельного субъекта права и является логическим продолжением исключительности их связи, о которой говорилось выше. Конечно, правовые символы — это не биометрические данные, неповторимая индивидуальность которых изначально «гарантирована» природой, а рукотворный феномен, не исключающий схожих решений в пространственном или временном аспектах. Однако решение задачи по предупреждению и устранению коллизий, вызванных сходством правовых символов, определяет принципиальную важность рассматриваемого признака, ведь с юридической точки зрения особенно заметна вся серьезность последствий, связанных с ошибкой в идентификации того или иного лица.

Универсальных методик преодоления данных коллизий на межгосударственном уровне нет, впрочем, и случаи совпадения символов суверенных государств весьма редки (вспомним государственные флаги Индонезии и Монако; Румынии и Чада; Люксембурга и Нидерландов). Деликатность подобных вопросов, безусловно, связана с реализацией государствами их суверенных прав. С другой стороны, несмотря на всю полноту самостоятельности и независимости, государства не существуют в современном мире автономно и самодостаточно, а их символы не терпят изоляции, поскольку являются одним из важнейших феноменов, способствующих межгосударственным коммуникациям.

В рамках внутригосударственной юрисдикции, как правило, создаются необходимые правовые рычаги, позволяющие избежать или снизить риск появления одинаковых символов у разных субъектов права. Например, в России право на установление собственных символов самостоятельно реализуют субъекты федерации и муниципальные образования, однако содержание этих символов анализируется при их внесении в Государственный геральдический регистр, созданный в целях систематизации и упорядочения использования официальных символов и отличительных знаков²². Территориальные гербы в Российской империи вводились после Высочайшего утверждения монархом²³ (Император жаловал также и дворянские гербы).

²² П. 1 Положения о Государственном геральдическом регистре Российской Федерации, утвержденного Указом Президента Российской Федерации «О Государственном геральдическом регистре Российской Федерации».

²³ См., напр.: Высочайше утвержденные гербы для сорока шести губерний и областей, объявленные Сенату [от 05.07.1878] // Полное Собрание Законов Российской Империи. Собр. 2. Т. LIII. Отд. 2. № 58684. СПб., 1880. С. 6–7.

В настоящее время примеры централизованного установления символов имеются в Республике Беларусь²⁴, Италии²⁵, Эстонии²⁶ и др., а в Австрии гербы муниципалитетов устанавливаются правительствами земель²⁷.

Количество символов физических и юридических лиц может несопоставимо превышать число символов публично-правовых образований, но и здесь при желании возможны самые разные пути их упорядочения, в том числе контроля над их уникальностью — от публикации специальных уведомлений, предшествующих принятию²⁸, до официальной регистрации²⁹ или официального утверждения³⁰.

2.6. Стабильность

Признак стабильности правовых символов напрямую связан со стремлением к устойчивости и постоянству их носителей — любых субъектов права; здесь мы можем говорить как об устойчивости публично-правовых образований и легитимности публичной власти, так и о сплоченности «под

²⁴ См., напр.: Указы Президента Республики Беларусь от 01.12.2011 № 564 «Об учреждении официальных геральдических символов административно-территориальных единиц Минской области» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 2011. № 137, 1/13126; от 24.07.2014 № 373 «Об учреждении гербов административно-территориальных и территориальных единиц Витебской и Гродненской областей» // Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь. 2014. № 1/15194.

²⁵ См.: *Emblemi concessi dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri*. 2019. Available at: URL: http://presidenza.governo.it/onorificenze_araldica/araldica/emblemi/index_emblemi.html (дата обращения: 09.04.2019)

²⁶ Например, гербы и флаги уездов (маакондов) утверждены Министром внутренних дел Эстонии, см.: *Siseministri 26.09.2014 määrus nr 40 «Maakondade sümbolite kehtestamine»*. 2019. Available at: URL: <https://www.riigiteataja.ee/akt/109102014008> (дата обращения: 09.04.2019)

²⁷ См., напр.: *Kundmachung der o.ö. [oberösterreichischen] Landesregierung vom 15. Jänner 1973 über die Verleihung des Rechtes zur Führung eines Gemeindegewappens an die Gemeinde Pollham* // *Landesgesetzblatt für Oberösterreich*. Jg. 1973. Stück 5. Nr. 12. S. 19; *Verordnung der Steiermärkischen Landesregierung vom 20. April 1998 über die Verleihung des Rechtes zur Führung eines Gemeindegewappens an die Gemeinde Sulztal an der Weinstraße (politischer Bezirk Leibnitz)* // *Landesgesetzblatt für die Steiermark*. Jg. 1998. Stück 12. Nr. 36. S. 72.

²⁸ См., напр., практику Южно-Африканской Республики, где предусмотрены официальные публикации поступивших на регистрацию гербов (для возможной подачи возражений заинтересованными лицами), в том числе: *Government Gazette*. 2014. 27 June. Available at: URL: http://www.gpwonline.co.za/Gazettes/Gazettes/37760_27-6_National_Gazette.pdf (дата обращения: 09.04.2019)

²⁹ Например, в Молдове личные гербы регистрируются в Общем гербовнике Республики (ч. 2 ст. 7 Закона Парламента Республики Молдова от 28.07.2011 № 86 «О публичных символах»). 2011. Available at: URL: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=340408&lang=2> (дата обращения: 09.04.2019)

³⁰ Например, Президентом Италии утверждена хоругвь Трентского университета. Available at: URL: http://presidenza.governo.it/onorificenze_araldica/araldica/emblemi/2008/enti_giuridici/universita_trento.html (дата обращения: 09.04.2019)

общим знаменем» социальных групп на самых разных уровнях, об укреплении родословных традиций. Этимология слова «герб» в русском языке более чем наглядно выражает данный признак: если во многих европейских языках речь идет о связи со словами, обозначающими оружие³¹, то русское слово восходит к немецкому «Erbe», понимаемому как «наследство» или «наследие»³². Стремлением «унаследовать» исторические символы изобилует и практика публично-правовых образований.

Так, в отношении Государственного герба Российской Федерации Н.А. Михалева отмечает, что он «восходит к традиционным российским символам, несет в себе идею стабильности государства и тех непреходящих ценностей, которые составляют его основу» [Окуньков Л.А., 1996: 300]. Прямых указаний на преемственность символа Федеральный конституционный закон «О Государственном гербе Российской Федерации» не содержит³³, однако *de facto* его историческая судьба на протяжении нескольких столетий связана с Россией.

Нередко преемственность исторических символов констатируется *de jure*. По итогам анализа нормотворческой практики субъектов Российской Федерации и муниципальных образований следует выделить несколько вариантов ее нормативно-правового отражения:

путем указания на исторический символ как основу для вновь устанавливаемого (например, «основу герба Архангельской области составляет исторический герб Архангельской губернии»³⁴);

путем восстановления исторического символа, когда предполагается, что соответствующий правовой акт об утверждении символа утратил силу (на-

³¹ Например, *arms* в английском; *armas* в испанском; *armes* во французском; *Wappen* (= *Waffen*) в немецком; *wapen* в нидерландском; *våben* в датском; *våpen* в норвежском; *vapen* в шведском).

³² А.Б. Лакиер, анализируя слово «герб» и его аналоги в славянских языках («herb», «erb», «irb»), замечает: «Не беремся решать, коренной ли это славянский звук, случайно похожий на германский, или же славянское слово обязано своим происхождением германскому корню; для нас важна та идея, которую славяне связывали с названием герба. Это понятие о наследственности эмблемы, о ее неизменяемости» [Лакиер А.Б., 1990: 132].

³³ См.: Федеральный конституционный закон от 25.12.2000 № 2-ФКЗ «О Государственном гербе Российской Федерации» // СЗ РФ. 2000. № 52. Ч. I. Ст. 5021. О преемственности шла речь только в пояснительной записке 2000 года к соответствующему законопроекту: «Двуглавый орел более 500 лет назад стал первым официальным и признанным в мире гербом единой и суверенной России» — 2000. Available at: URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=PRJ&n=30742&rnd=285391.2524519958#0> (дата обращения: 07.04.2019). Следует упомянуть, что положения о «целях восстановления исторической символики Российского государства» содержались в преамбуле Указа Президента Российской Федерации от 30.11.1993 № 2050 «О Государственном гербе Российской Федерации» // САПП РФ. 1993. № 49. Ст. 4761 (данный Указ вернул двуглавого орла на Государственный герб после прекращения существования СССР и РСФСР).

³⁴ Преамбула Закона Архангельской области от 15.07.2003 № 178-23-ОЗ «О гербе Архангельской области» // Ведомости Архангельского областного Собрания депутатов третьего созыва. 2003. № 23.

пример, «восстановить исторический герб города Перми, официально принятый 17 июля 1783 года, и утвердить “Положение о гербе города Перми” согласно приложению»³⁵);

путем обращения к историческому символу, когда делается акцент, что соответствующий правовой акт об утверждении символа не утрачивал силу, хотя и не применялся (например, «исторический герб Санкт-Петербурга, утвержденный в 1730 году, подтвержденный в 1780 году, дополненный в 1857 году, никогда не отменявшийся и вновь введенный в употребление в 1991 году, является старейшим и основным официальным символом Санкт-Петербурга»³⁶).

При этом, как можно убедиться, преемственность исторических символов может быть и абсолютной (символ принимается без каких-либо изменений), и относительной, когда символ «актуализируется», древние царские и золотые императорские короны сосуществуют в единой композиции с лентой ордена Ленина и т.д.

Стабильность гербов с точки зрения геральдических правил также презюмируется «на века»: взять хотя бы рекомендацию о недопустимости размещения в них конкретных архитектурных и скульптурных сооружений³⁷. Разумеется, ни о чем подобном речь не может идти в случае с товарными знаками, исключительные права на которые имеют фиксированный срок действия, или «символикой», создаваемой для проведения разовых мероприятий.

2.7. Правовое опосредование

Важнейшим признаком, который имеет для правовых символов определяющий характер, является их юридическая регламентация (или, в более широком смысле, правовое опосредование). Этот признак, в отличие от некоторых ранее рассматриваемых, сам по себе уже не является достаточным для разграничения символов и смежных знаковых явлений, получивших

³⁵ П. 2 постановления Администрации Перми от 23.12.1993 № 1840 «О восстановлении исторического герба города Перми». 2019. Available at: URL: <http://www.nordcup.ru/index.php?ds=346398> (дата обращения: 09.04.2019)

³⁶ Ст. 3 Закона Санкт-Петербурга от 13.05.2003 № 165-23 «О детальном описании официальных символов Санкт-Петербурга и порядке их использования» // Вестник Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2003. № 6.

³⁷ В частности, Геральдический совет при Президенте Российской Федерации уточняет: «В гербе нельзя, к примеру, изобразить Московский Кремль или Медного всадника (хотя можно изобразить условную крепость с остроконечными башнями, определив их число, расположение и т.д., или всадника на скале)». См.: Основные нормы составления территориальных и муниципальных гербов: методические рекомендации. 2019. Available at: URL: <https://sovnet.geraldika.ru/article/1992> (дата обращения: 09.04.2019)

нормативное закрепление, однако заметно сужает круг социальных символов, использование которых не имеет юридического значения.

Различные аспекты данного признака неизменно выделяются правоведами при обращении к правовым символам и их характеристикам как закрепленных законодательством (В.К. Бабаев; О.Е. Спиридонова; А.Ю. Глушаков и др.); создаваемых или санкционируемых, а также охраняемых государством (А.В. Никитин; П.Д. Шалагинов).

Символы, закрепленные в официальных источниках права и охраняемые государством, М.Л. Давыдова называет также нормативными или законодательными и предлагает считать их правовыми символами в узком смысле, тогда как в рамках широкого понимания «речь идет о тех условных образах, которые не получили юридического закрепления, но их смысл имеет к праву непосредственное отношение». Последние, по мнению ученой, «представляют интерес с точки зрения правотворческой техники, так как именно они являются тем материалом, который впоследствии подлежит нормативному закреплению» [Давыдова М.Л., 2009: 290–291, 312]³⁸.

С учетом указанной концепции, по нашему мнению, к правовым символам в узком смысле могут быть отнесены и отдельные случаи обычно-правовых символов, не получивших нормативного закрепления. Например, описание флага Швейцарии, повторяющее изображение герба страны, в отличие от последнего³⁹ в законодательстве не установлено. Данное обстоятельство не в последнюю очередь обуславливает и дискуссионный характер определения пропорций флага. Исследователь Й.М. Галликер отмечает: «Так как он [флаг Швейцарии. — И.М.] восходит к военным знаменам, он имеет свою традиционную квадратную форму» [Galliker J.M., 1996: 23].

Рассматриваемый признак, на наш взгляд, затрагивает целый комплекс вопросов юридического опосредования правовых символов, связанных с их бытованием и реализацией ими своих функций, важнейшими компонентами которого являются вопросы их установления, использования и защиты.

2.8. Внешняя объективация в особой форме

В рамках институционально-юридического подхода именно внешняя объективация символов в особой форме послужила нам отправной точкой для поиска остальных признаков рассматриваемого явления на примере гер-

³⁸ Необходимо отметить, что определение грани, пройдя которую символ необходимо подлежит нормативному закреплению, на наш взгляд, является дискуссионной проблемой, как и сам вопрос о пределах действия права в системе иных социальных регуляторов.

³⁹ См.: Bundesbeschluss vom 12. Dezember 1889 betreffend das eidgenössische Wappen. 2019. Available at: URL: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890018/188912120000/111.pdf> (дата обращения: 09.04.2019)

бов, флагов и гимнов. Однако эти объекты, оказывая важную методологическую помощь, не могут исчерпать и не исчерпывают всего богатства форм, в которых существовали, существуют и могут существовать в будущем правовые символы. Одновременно нельзя не отметить системообразующее значение, которое указанные виды символов, взаимно дополняя друг друга, имеют для формирования цельного символично-правового пространства.

Кроме того, в опоре на герб, флаг и гимн нами предлагается выделить соответствующие группы правовых символов, сходных с ними по формальным и функциональным характеристикам:

геральдико-графическая группа, в которую, кроме гербов, можно относить объекты, приближенные к ним по визуально-графической форме выражения, выполняемым функциям и другим признакам, проанализированным выше, однако не являющиеся гербами в строгом понимании (прежде всего, в силу допустимой произвольности составления и графической неизменности воспроизведения), например, эмблемы, геральдические знаки — эмблемы, гербовые эмблемы, гербовые знаки;

вексиллологическая⁴⁰ группа, в которую, наряду с флагами, предлагается относить, в том числе, знамена, штандарты, вымпелы, хоругви⁴¹;

музыкально-поэтическая группа, выделяемая, главным образом, благодаря гимнам — непростой для формально-логического осмысления форме символов, которая тем не менее прочно вошла в употребление у различных субъектов права и позволяет еще более наглядно и комплексно их представить (прежде всего на общегосударственном уровне наряду с гербами и флагами)⁴². На наш взгляд, наряду с гимнами в данную группу символов могут быть включены и иные объекты, соответствующие рассмотренным ранее признакам и рассчитанные на аудиальное восприятие, в том числе марши, песни (официально не сопоставленные со словом «гимн», но выполняющие функции гимнов), фанфары, нередко используемые в настоящее время для краткого торжественного представления высших должностных лиц в качестве их персонифицированных музыкальных символов⁴³;

⁴⁰ Название данной группы символов предполагает их прямую связь с вексиллологией — специальной дисциплиной, предметом изучения которой являются флаги, знамена и другие похожие символы.

⁴¹ Хоругви (итал. *gonfalone*) широко распространены в Италии, где они на уровне областей, провинций и коммун часто замещают флаги либо используются наряду с ними.

⁴² Необходимо обратить внимание, что понятие «гимн», рассматриваемое в значении символа, требуется разграничивать с пониманием гимна как музыкального или литературного жанра.

⁴³ Известна, например, композиция П.Б. Овсянникова «Президентская фанфара», исполняемая во время ряда протокольных мероприятий с участием Президента России непосредственно перед его появлением или выступлением. Особые «Президентские фанфары» имеются, например, и у Президента Словацкой Республики. Available at: URL: <https://www.prezident.sk/page/symboly-a-tena/> (дата обращения: 09.04.2019). В Соединенных Штатах Америки в качестве президентско-

сфрагистическая⁴⁴ группа, выделяемая при допущении, что печати, не вошедшие в универсальную «триаду», являются самостоятельной формой символов, а не простым опосредованием использования тех же гербов. Современная мировая практика знает не только случаи нормативного отнесения печатей к числу символов⁴⁵, но и случаи расхождения содержания печатей и гербов⁴⁶.

Заключение

Обобщая рассмотренные в статье признаки, мы предлагаем в рамках институционально-юридического подхода понимать под правовыми символами уникальные, стабильные, выраженные в особой форме ценностные объекты, условно представляющие субъектов права на разных семантических уровнях, установленные, используемые и охраняемые в соответствии с нормами права.

Институционально-юридический подход к правовым символам позволит придать их исследованиям ту предметную определенность, которую, как отмечает Г.В. Мальцев, институционализируемое явление приобретает, «если институт создается из зыбкого материала верований, ценностей, символов, духовных традиций и т.п.» [Мальцев Г.В., 2010: 19]. Отмечая вслед за ученым важность институционализации при определении единого образа того или иного предмета и при облегчении проблем распознавания, систематизации и классификации тех или иных институтов, подчеркнем актуальность данного подхода применительно к упорядочению терминологии в сфере правовых символов.

го гимна, или фанфар, известна имеющая официальный статус композиция «Приветствие лидеру» («Hail to the Chief»). Available at: URL: <https://loc.gov/item/ihas.200000009> (дата обращения: 09.04.2019)

⁴⁴ Название группы связано со сфрагистикой – дисциплиной, предметом изучения которой являются печати.

⁴⁵ Федеральный закон о гербе и других государственных символах Республики Австрии содержит нормы о печати Республики Австрии (см.: Bundesgesetz vom 28. März 1984 über das Wappen und andere Hoheitszeichen der Republik Österreich (Wappengesetz), § 2 // Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich. Jg. 1984. Stück 72. Nr. 159. S. 1335); печати как самостоятельные символы рассматриваются в законодательстве всех девяти земель Австрии. Конституция Бразилии предусматривает: «Символами Федеративной Республики Бразилии являются национальные флаг, гимн, герб и печать». См.: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, § 1º Art. 13. 2019. Available at: URL: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (дата обращения: 09.04.2019)

⁴⁶ Например, в соответствии с Уставом Кельна от 10.02.2009 печатями города являются историческая печать Святого Петра (Petrussiegel), служебная печать и малая служебная печать. Герб Кельна изображается только на служебных печатях, а Petrusiegel, являющаяся главной печатью города со времен раннего Средневековья, несет изображение покровителя города. См.: Hauptsatzung der Stadt Köln vom 10. Februar 2009, § 2 Abs. 2 — 2011. Available at: URL: <http://www.stadt-koeln.de/mediaasset/content/satzungen/hauptsatzung-15042011.pdf> (дата обращения: 09.04.2019)



Библиография

- Веракса А.Н. Символ и знак: диалектика символического познания // Вопросы философии. 2016. № 1. С. 51–58.
- Вопленко Н.Н. Правовая символика // Правоведение. 1995. № 4–5. С. 71–73.
- Глушаков А.Ю. Символы в истории цивилизации: юридический аспект // Известия Российского государственного педагогического университета имени А. И. Герцена. 2008. № 12. С. 309–315.
- Давыдова М.Л. Юридическая техника: проблемы теории и методологии. Волгоград: Издательство Волгоградского государственного университета, 2009. 318 с.
- Дзялошинский И.М., Пильгун М.А. Бизнес как пространство символической коммуникации / Символы в коммуникации. М.: НИУ ВШЭ, 2011. С. 7–37.
- Дормидонтов Г.Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань: Типо-литография Императорского Университета, 1895. 176 с.
- Дробышевская Т.В. Личные неимущественные права граждан и их гражданско-правовая защита. Красноярск: Красноярский государственный университет, 2001. 131 с.
- Исаев И.А. Символизм правовой формы (историческая перспектива) // Правоведение. 2002. № 6. С. 4–10.
- Карабанова Е.Н. Особо почитаемые символы как объект уголовно-правовой охраны: проблемы законодательного регулирования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 10. С. 62–65.
- Колмыков П.Д. О символизме права вообще и русского в особенности. СПб.: Карл Край, 1839. 93 с.
- Лакиер А.Б. Русская геральдика. М.: Книга, 1990. 399 с.
- Лосев А.Ф. Проблема символа и реалистическое искусство. М.: Искусство, 1976. 367 с.
- Мальцев Г.В. О социальной природе юридических институтов / Институционализация в праве: сборник статей. М.: РАГС, 2010. С. 5–23.
- Мартынов В.С. Знак и символ как конкурирующие структуры политического дискурса // Политическая лингвистика. 2011. № 3. С. 110–116.
- Микешина Л.А. Конвенция как универсальная операция познания и коммуникаций // Эпистемология и философия науки. 2013. № 1. С. 16–34.
- Момотов В.В. Символизм в средневековом праве как первоначальный этап формирования права // История государства и права. 2003. № 2. С. 14–19.
- Никитин А.В. Правовой символ как прием юридической техники / Проблемы юридической техники: сборник статей / под ред. В.М. Баранова. Нижний Новгород: [б. и.], 2000. С. 440–450.
- Окуньков Л.А. (отв. ред.) Комментарий к Конституции Российской Федерации. М.: БЕК, 1996. 664 с.
- Пастуро М. Символическая история европейского средневековья. СПб.: Александрия, 2017. 448 с.
- Соболева Н.А., Казакевич А.Н. Символы и святыни Российской державы. М.: ОЛМА, 2006. 208 с.
- Спирidonова О.Е. Символ как предмет преступления: дис...к.ю.н. Ярославль, 2002. 215 с.

Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия. М.: Издание М.Ю. Тихомирова, 2002. 972 с.

Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М.: Академия повышения квалификации работников образования, 2009. 216 с.

Топорнин Б.Н. (отв. ред.) Юридическая энциклопедия. М.: Юристъ, 2001. 1272 с.

Carlyle T. Sartor Resartus: Life and Opinions of Herr Teufelsdröckh. London: Saunders and Otley, 1838. 310 p.

Galliker J.M. Schweizer Wappen und Fahnen. H. 4. Zug: Stiftung Schweizer Wappen und Fahnen, 1996. 96 S.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

On the Concept of Legal Symbols within Scope of the Institutional Legal Approach



Ivan V. Maltsev

Official, Ministry of Labor and Social Development, Novosibirsk Region. Address: 6 Serebrennikovskaya Str., Novosibirsk 630007, Russian Federation. E-mail: ivan_maltsev@mail.ru



Abstract

The article analyzes the approaches to study the phenomenon of legal symbols in the science of law. The author pays attention to the fact that the existing approaches to study the symbols restrict the scope of their comprehension to the analyzing the legal forms within the historical-legal and technical-legal paradigms. The historical-legal approach restricts the scope of the respective research works to the issues of the legal form building, where the notion of a 'symbol' is correlated to the notion of a 'custom'. Here, beyond the historical context, the category of legal symbols frequently loses all and any legal significance and cannot be considered as the corresponding legal institution. Within the scope of the technical-legal approach symbols are considered just as a supplementary tool of the legal regulation or a tool of the legal technique. These methods are unable to unfold the whole nature of symbols and do not allow us to solve the issue of their legal institutionalization. The author gives critical assessment of those researchers' considerations on the legal symbols, which are ambiguous in terms of the terminological borders of this scope, warning about the risk of penetration of questionable theoretical structures into the positive law. The research applies the institutional-legal approach to symbols supported by induction through the search for the objects, which can be included into the notion of a 'legal symbol' as an intersectional legal institution with consideration of the important characteristic features of this concept, mentioned in the general scientific concepts and the science of law, as well as with consideration of the terminological practice expressed in the acts of law. The author's definition of the legal symbols within the scope of the institutional-legal approach is based on the complex of the following significant features: conditional character (conventionality); multiple meaning; special value; exclusive legal correlation with the bearing subject; uniqueness; stability; legal mediation; 8) external objectification in a special form. The mentioned features allow us to distinguish the legal symbols from a broader category of social symbols, as well as to demarcate them from the adjacent sign phenomena with the legal importance.



Keywords

symbol; sign; coat of arms; flag; anthem; legal form; juridical technique; institutionalization.

For citation: Maltsev I.V. (2019) On the Notion of Legal Symbols within Scope of the Institutional Legal Approach. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 100–121 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.100.121



References

- Davydova M.L. (2009) *Juridical technique: theory and methodology*. Volgograd: University Press, 318 p. (in Russian)
- Dormidontov G.F. (1895) *Classifying phenomena of legal life attributable to the use of fictions*. Kazan': University Press, 176 p. (in Russian)
- Drobyshevskaya T.V. (2001) *Personal non-property rights of citizens and their civil protection*. Krasnoyarsk: University Press, 131 p. (in Russian)
- Dzyaloshinskij I.M., Pil'gun M.A. (2011) Business as the space of symbolic communication. *Simvoly v kommunikatsii*. Moscow: HSE Publishers, pp. 7–37 (in Russian)
- Galliker J. (1996) *Schweizer Wappen und Fahnen*. H. 4. Zug: Stiftung Schweizer Wappen und Fahnen, 96 S. (in German)
- Glushakov A.Yu. (2008) Symbols in the civilization history: legal aspect. *Izvestiya Rossijskogo pedagogicheskogo universiteta*, no 12, pp. 309–315 (in Russian)
- Isaev I.A. (2002) Symbolism of the legal form (historical prospect). *Pravovedenie*, no 6, pp. 4–10 (in Russian)
- Karabanova E.N. (2013) Especially respected symbols as the object of criminal law protection: legal regulation. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 10, pp. 62–65 (in Russian)
- Kolmykov P.D. (1839) *On symbolism of law in general and Russian in particular*. Saint Petersburg: Karl Kray, 93 p. (in Russian)
- Lakier A.B. (1990) *The Russian heraldry*. Moscow: Kniga, 399 p. (in Russian)
- Losev A.F. (1976) *Issue of symbol and realistic art*. Moscow: Iskusstvo, 367 p. (in Russian)
- Mal'tsev G.V. (2010) The social nature of legal institutions. *Institutsionalizatsiya v prave*. G.V.Mal'tsev (ed.). Moscow: RAGS, pp. 5–23 (in Russian)
- Mart'yanov V.S. (2011) The sign and the symbol as competition structures of political discourse. *Politicheskaya lingvistika*, no 3, pp. 110–116 (in Russian)
- Mikeshina L.A. (2013) Convention as a universal operation of knowledge and communications. *Epistemologiya i filosofiya nauki*, no 1, pp. 16–34 (in Russian)
- Momotov V.V. (2003) Symbolism in medieval law as the primary phase of building of law. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 2, pp. 14–19 (in Russian)
- Nikitin A.V. (2000) Legal symbol as an instrument of juridical technique. *Problemy yuridicheskoy tekhniki*. V.M. Baranov (ed.). Nizhny Novgorod: no publisher, pp. 440–450 (in Russian)
- Okun'kov L.A. (ed.) (1996) *Commentary on the Constitution of Russia*. Moscow: BEK, 664 p. (in Russian)
- Pasturo M. (2017) *Symbolic history of the European Middle Ages*. Saint Petersburg: Aleksandriya Press, 448 p. (in Russian)

- Soboleva N.A., Kazakevich A.N. (2006) *Symbols and relics of the Russian Power*. Moscow: OLMA, 208 p. (in Russian)
- Spiridonova O.E. (2002) Symbol as an object of criminal offence. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Yaroslavl', 215 p. (in Russian)
- Tikhomirova L.V., Tikhomirov M.Yu. (2002) *The juridical encyclopedia*. Moscow: Tikhomirov Publishers, 972 p. (in Russian)
- Tolstoy V.S. (2009) *Personal non-property legal relationship*. Moscow: APKiPPRO Press, 216 p. (in Russian)
- Topornin B.N. (ed.) (2001) *The juridical encyclopedia*. Moscow: Yurist, 1272 p. (in Russian)
- Veraksa A.N. (2016) Symbol and sign: dialectics of symbolic cognition. *Voprosy filosofii*, no 1, pp. 51–58 (in Russian)
- Voplenko N.N. (1995) Legal symbolism. *Pravovedenie*, no 4–5, pp. 71–73 (in Russian)

Эволюция и прекращение существования обычных норм международного права



Ю.С. Ромашев

профессор, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: romashev-yus@mail.ru



Аннотация

В доктрине международного права много внимания уделяется вопросам формирования обычных норм международного права. В то же время довольно редко можно найти исследования, посвященные их эволюции и прекращению существования. В данной статье эти вопросы анализируются на основе диалектического подхода, использования общенаучных методов исследования, а также таких частнонаучных методов, как сравнительно-правовой метод, методы правового моделирования и правового прогнозирования. Кроме того, рассмотрены результаты исследования процесса эволюции обычных норм международного права и их отмирания. Применительно к сформировавшимся обычным нормам международного права их эволюция предусматривает этап их качественного изменения, развития и обусловлена, прежде всего, потребностями развития межгосударственных отношений. Эволюция сопровождается уточнением элементов таких норм. При этом появление новой нормы невозможно без нарушений существующих, а правонарушители, отклоняясь от ранее сложившихся норм и неся международно-правовую ответственность, вместе с тем должны объяснять другим государствам причины такого поведения. В основном такая практика касается диспозитивных норм международного права. Для формирования новой обычной нормы международного права необходимо, чтобы отклонение от прежней нормы носило массовый характер, первоначально локальный, а в дальнейшем — и всеобщий. Для оценки происходящих изменений применимы критерии формирования обычных норм международного права. К основным факторам, влияющим на эволюцию обычной нормы международного права, можно отнести появление противоречащей существующей норме измененной новой нормы в законодательствах государств, международных договорах, новой нормы международного мягкого права. Эволюции обычных норм международного права способствуют кодификация и прогрессивное развитие международного права. Важно обратить внимание, что при отсутствии потребностей общественного развития, а также соответствующей практики обычная норма международного права отмирает. В этом случае возможно появление принципиально новых обычных норм международного права, а в дальнейшем — и их эволюция.



Ключевые слова

международное право, международные отношения, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, обычные нормы, международная практика.

Для цитирования: Ромашев Ю.С. Эволюция и прекращение существования обычных норм международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 122–143.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.122.143

Введение

Развитие человечества всегда сопровождалось совершенствованием общественных отношений, нуждающихся в соответствующем правовом закреплении. При этом право не только связано с прогрессом общества, с его поступательным, восходящим движением, оно способно быть инструментом, более того, прямым выражением социального прогресса, его гарантом [Алексеев С.С., 1995: 181]. Не является исключением и международное право, которое постоянно развивалось, как и находящиеся в процессе эволюции договорные и обычные правовые нормы, из которых оно состоит.

Роль международно-правового обычая как одного из основных источников международного права с древнейших времен была весьма высока. В настоящее время обычно-правовые нормы продолжают занимать важнейшее место в регулировании международных отношений [Ильинская О.И., 2012: 114]. Количество международных договоров, в том числе кодификационных конвенций, уже сейчас огромно и продолжает расти, но при этом значение обычных норм международного права не уменьшается. Напротив, именно они, как показывает практика Международного Суда ООН, позволяют урегулировать подчас наиболее трудные споры на основе международного права [Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А., 2012: 79]. Во многих международных конвенциях, например, в преамбулах Конвенции о дипломатических сношениях (1961)¹ и Конвенции ООН по морскому праву (1982)² отмечается, что нормы международного обычного права будут продолжать регулировать вопросы, прямо не предусмотренные их положениями.

Несмотря на относительный консерватизм международного права по сравнению с внутригосударственным, государства и иные субъекты международного права нередко пересматривали содержание существующих международно-правовых норм. Это содержание определялось объективными закономерностями, которые лежали в основе международных отношений на каждом этапе развития человеческого общества [Кожевников Ф.И., 1957: 22]. Постоянное развитие международного права предполагает изменение и

¹ Available at: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/dip_rel.shtml (дата обращения: 15.06.2019)

² Available at: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/lawsea.shtml (дата обращения: 20.06.2019)

адаптацию существующих норм к условиям международного общения, пересмотр и замену устаревших норм, внедрение новых правил поведения государств [Мовчан А.П., 1972: 101].

Об этапах формирования обычных норм международного права и их становлении достаточно много сказано в доктрине международного права. В то же время вопросам их эволюции уделялось недостаточно внимания. В научных трудах многие ученые обходят стороной вопросы установления причин, вызывающих такого рода эволюцию, а также мало внимания уделяют содержательной, качественной стороне происходящих при этом изменений. Поэтому на основе диалектического подхода важно осмыслить процесс эволюции обычных норм международного права, а также прекращения их существования. При этом требуется использование общенаучных методов исследования, методов правового моделирования и правового прогнозирования, сравнительно-правового метода. Исследование данного вопроса носит не только теоретический, но и практический характер, так как правоприменитель должен владеть эффективным инструментарием, позволяющим выявить обычные нормы международного права, действующие в текущее время и в конкретных обстоятельствах.

1. Эволюция обычных норм международного права как этап прогрессивного развития международного права

Латинское слово *evolutio* первоначально обозначало разворачивание свитка в процессе чтения книги. По толковому словарю Д.Н. Ушакова эволюция — это развитие, процесс изменения кого-чего-нибудь от одного состояния к другому³. Современная энциклопедия (2000) в широком смысле рассматривает ее как синоним развития; процессы изменения (преимущественно необратимые) в природе и обществе; в узком смысле в понятие эволюции включают лишь постепенные изменения, в отличие от революции⁴. Национальная политическая энциклопедия определяет эволюцию как развитие явления или процесса в результате постепенных непрерывных изменений, переходящих одно в другое без скачков и перерывов при сохранении качественной определенности в ходе качественно-количественных изменений (в отличие от революции)⁵. Е.В. Васякина, исходя из понимания

³ Available at: URL: <https://ushakovdictionary.ru/word.php?wordid=87061> (дата обращения: 19.01.2019)

⁴ Available at: URL: <http://niv.ru/doc/encyclopedia/modern/fc/slovar-221-1.htm#zag-12332> (дата обращения: 19.01.2019)

⁵ Available at: URL: <http://politike.ru/termin/evolyucija.html> (дата обращения: 21.01.2019)

эволюции как одной из форм развития, выделяет следующие ее признаки: результатом является новое состояние объекта, изменение его характеристик; подчинение определенным закономерностям; необратимость; направленность. На эволюцию как на форму развития влияют внешние факторы и внутреннее состояние объекта [Васякина Е.В., 2014: 21].

И.И. Лукашук подчеркивал, что международное право развивается не только путем создания новых принципов и норм, но и в результате обновления, развития содержания уже существующих. По его выражению, обычай продемонстрировал удивительную способность к адаптации к новым условиям, к решению задач непосильных международным договорам [Лукашук И.И., 1996: 78.]. Заключение международного договора — сложный, противоречивый процесс. Государствам нередко трудно принять одновременно большой свод договорных норм. Многие проекты многосторонних договоров так и не обретали дальнейшую жизнь из-за разногласий среди их разработчиков относительно отдельных положений. В свою очередь, международный обычай, состоящий в большинстве случаев из одной нормы, проще находит воплощение в практике межгосударственных отношений. Так, Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (1986)⁶, кодифицировала и развила многие обычные нормы международного права в этой области межгосударственных отношений. Однако Конвенция из-за разногласий среди ее участников до сих пор не вступила в силу. Вместе с тем, государства и международные организации используют в отношениях друг с другом многие содержащиеся в этой Конвенции обычные нормы права международных договоров, уточненные ее положениями и рассматриваемые также как обычно-правовые.

Применительно к сформировавшимся обычным нормам международного права их эволюция предусматривает собой этап их изменения, как правило, прогрессивного развития, которое включает в себя идею пересмотра и обновления международно-правовых норм [Мовчан А.П., 1972: 44]. Согласно Е.В. Васякиной, развитие международного права как любой надстроечной категории динамично развивающегося общества не может не осуществляться прогрессивно. При характеристике эволюции в международном праве целесообразно рассматривать не все изменения международного права, а только те, которые указывают на качественное его совершенствование. Исходя из этого оправдано, что в международном праве понятие «эволюция» является синонимичным понятию «прогрессивное развитие» [Васякина Е.В., 2014: 22].

⁶ Available at: URL: <https://undocs.org/ru/A/CONF.129/15> (дата обращения: 20.07.2019)

По мнению Г.И. Тункина, характеристика того или иного правила «как старого» может иметь два аспекта. С одной стороны, это может означать, что данное правило, будучи в течение длительного времени соблюдаемо в международной практике, прошло испытание временем. Вместе с тем та же самая характеристика вызывает вопрос: в какой мере «старое» правило отвечает современным потребностям [Тункин Г.И., 2000: 99]. Поэтому, следуя потребностям общественного развития, государства вынуждены иногда нарушать сложившиеся обычные нормы международного права, отклоняться от их содержания.

Вместе с тем, как известно, действует общий принцип, согласно которому право не возникает из правонарушений (*jus ex injuria non oritur*). Однако в отношении международных обычаев это исключительная ситуация, в которой в интересах совершенствования правового регулирования межгосударственных отношений без нарушений не обойтись.

Согласно традиционному международному праву, государства могут возражать против нормы международного обычного права только во время ее появления. Государство не может в одностороннем порядке отойти от обычного правила, как только оно стало связанным им. Этот подход оставляет возможность отказаться от участия в этапе формирования обычая, но не предусматривает возможности для последующей адаптации обычаев к меняющимся потребностям международного сообщества с течением времени. В контексте многосторонних обычаев международная правовая практика постепенно вырабатывает доктрины, с тем, чтобы избежать чрезмерной жесткости международного обычного права. Одна из таких доктрин вытекает из применения давнего принципа *rebus sic stantibus* к обычному праву и позволяет государствам отойти от международного права перед лицом фундаментальных изменений в положении дел, которые привели к первоначальному правовому обязательству. Существующее обычное право, таким образом, содержит семена собственного нарушения. В противном случае оно никогда не может измениться [D'Amato A., 1987: 377].

Заметим, что в доктрине международного права сформировались различные оценки возможности влияния правонарушений на появление измененных обычных норм международного права — от их полного неодобрения до полного оправдания. Отклонения субъектов от сложившейся нормы во взаимных отношениях могут вызывать протесты других государств, которые могут потребовать ответственности правонарушителей. Существует, например точка зрения, что если действия нарушителей встречается с общей оппозицией со стороны других государств, то они не генерирует нового обычая, а истолковывается как нарушение международного обычного права [Vincy F., Parisi F., 2009: 292]. В каждом случае два или более государств-правонарушителей, среди которых возникло согласие относительно нового правила по-

ведения, будут вынуждены объяснять причину несоблюдения обычной нормы международного права и следования новому правилу. Заметим, что речь должна идти как минимум о двух государствах, между которыми возникают новые правоотношения, но которые будут считаться правонарушителями со стороны других субъектов международного права, признающих существующую обычную норму международного права, пока не появится измененная общая норма. Между такими государствами, если они так будут считать, будет действовать локальный обычай.

Таким образом, возникает коллизия универсального и возникшего локального международного обычая, противоречие в практике сторон, которые эти обычаи соблюдают и которые их нарушают. По мнению Комиссии международного права, отклонения от предположительно существующей нормы могут свидетельствовать о том, что нормы не существует, или указывать в том числе на появившееся допустимое исключение обычно-правового характера, изменение прежней нормы, норму партикулярного обычного международного права, существование одного или нескольких настойчиво возражающих государств⁷.

Для формирования нового общего правила межгосударственных отношений желательно, чтобы отклонение от прежней обычной нормы международного права в поведении государств и иных субъектов международного права носило массовый характер, первоначально локальный, а в дальнейшем — и всеобщий характер. Такое отклонение должно непременно соответствовать более прогрессивной практике, составляющей основу международного обычая. При этом требуются усилия большинства государств, создателей «старой» обычной нормы международного права, чтобы изменить ее содержание и утвердить возникновение измененной нормы. По наблюдению И.И. Лукашука, обычная норма общего международного права может быть изменена международным сообществом в целом [Лукашук И.И., 1997: 129]. К сожалению, как и в случае становления обычной нормы международного права, критерии окончания этапа эволюции формально не определены. Они пока основываются на доктринальных подходах, имеющих место в науке международного права.

Когда говорят о плавном эволюционном процессе изменения обычных норм международного права, то, как правило, речь идет о диспозитивных нормах международного права. В отношении императивных норм требуется иной подход, нужны радикальные меры, осуществляемые мировым сообществом в целом. Как известно, согласно ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров (1969) императивная норма общего международного права является нормой, которая принимается и признается междуна-

⁷ Док. ООН, А/73/10. С. 152.

родным сообществом государств в целом как норма, отклонение от которой недопустимо и которая может быть изменена только последующей нормой общего международного права, носящей такой же характер⁸. В настоящее время этому процессу, на наш взгляд, способствует договорный процесс на универсальном уровне, с максимальным числом государств. Наиболее отчетливо это проявилось при принятии в 1945 г. Устава ООН⁹. В решении Международного Суда ООН по делу о военных и полувоенных действиях США против Никарагуа отмечено, что под влиянием данного Устава нормы обычного права получили еще большее развитие, причем такое, что теперь многие положения Устава сами обладают самостоятельным статусом обычных норм международного права¹⁰.

По мнению С.В. Черниченко, международное правотворчество бывает целенаправленным и стихийным [Черниченко С.В., 1999: 369]. Эволюция обычных норм международного права также является элементом международного правотворчества. Отдельные ученые придерживаются позиции стихийности формирования обычных норм международного права и их развития. По определению Г. Кельзена, международный обычай представляет собой бессознательный процесс создания права [Kelsen H., 1967: 441]. Вместе с тем государства нередко предпринимают целенаправленные действия в данном вопросе, которые могут повлиять на изменение обычной нормы международного права, и здесь можно говорить о ее модификации, которая тесно связана с эволюцией. Г.М. Даниленко утверждал, что если исходить из положения, что международное обычное право создается в результате соглашения государств, то очевидно, что необходимая предпосылка этого — признание сознательности международного обычного правотворчества. Теория соглашения, по его мнению, исходит из того, что в процессе образования международного обычного права сознательное подчинение юридическому обязательству в целом аналогично волевым действиям при заключении договора [Даниленко Г.М., 1988: 19].

Согласно Большому энциклопедическому словарю модификация (позднелат. *modificatio* — изменение) — это видоизменение, преобразование чего-либо, характеризующееся появлением новых свойств¹¹. Словарь иностранных слов определяет модификацию (лат. от *modus* — мера, *facere* — делать)

⁸ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/law_treaties.shtml (дата обращения: 15.08.2019)

⁹ Available at: URL: <https://www.un.org/ru/charter-united-nations/> (дата обращения: 16.08.2019)

¹⁰ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986.

¹¹ Available at: <https://gufo.me/dict/bes/%D0%9C%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A4%D0%98%D0%9A%D0%90%D0%A6%D0%98%D0%AF> (дата обращения: 19.01.2019)

как видоизменение, перемену¹². В свою очередь Толковый словарь Ожегова указывает, что модифицировать — то же, что видоизменить¹³. Таким образом, модификация связана с целенаправленной деятельностью в отношении тех или иных предметов, процессов. Применительно к обычной норме международного права это прежде всего преобразование нормы в результате целенаправленной деятельности государств, характеризующееся появлением ее новых качественных свойств, в результате чего меняется и содержание регулируемых новой обычной нормой правоотношений. Например, это возможно в результате кодификации обычных норм с помощью универсальных международных договоров. На видоизменение, развитие обычных норм международного права влияют самые различные факторы, среди них, например, принятие резолюций и иных документов в рамках международных организаций или на межправительственных конференциях¹⁴.

Встает теоретический вопрос. Происходит ли в ходе изменения ранее существующей обычной нормы международного права эволюция (модификация) такой нормы или появляется новая норма? На наш взгляд, все зависит от характера и содержания качественных изменений нормы. Здесь возможны незначительное уточнение нормы при сохранении ее общего содержания или идеи, которая в нее заложена, либо кардинальное изменение содержания нормы с появлением новых качественных свойств (что уже не позволяет говорить о ее постепенном, эволюционном изменении, а свидетельствует о появлении новой нормы и отмирании предыдущей). Например, это наиболее отчетливо проявляется при трансформации дозволения в запрет или наоборот. Так, например, ранее воюющие стороны в период войн не были ограничены в выборе средств и способов ведения войны, гуманность определялась лишь моральными установками отдельных военачальников и сражающихся. Ныне значительное большинство положений Женевских конвенций (1949), накладывающих ограничения на действия воюющих сторон, включая общую ст. 3, считаются обычным правом [Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. и др., 2006: XI].

В рамках эволюции могут меняться не только содержащаяся в норме диспозиция, т.е. правило поведения, но и ее гипотеза и санкция, как отдельно, так и в различных сочетаниях. Так, например, обычная норма международного права о запрете пиратства, возникшая в древние времена, предусматривала криминализацию насильственных действий в отношении торговых судов вне зависимости от того, в пределах каких морских пространств они

¹² Available at: URL: <http://rus-yaz.niv.ru/doc/foreign-words-chudinov/fc/slovar-204-4.htm#zag-16874> (дата обращения: 19.01.2019)

¹³ Available at: URL: <https://slovarozhegova.ru/word.php?wordid=14669> (дата обращения: 23.01.2019)

¹⁴ Док. ООН, A/RES/73/203.

совершались. Теперь этот международно-правовой запрет распространяется только на открытое море. Ранее пиратство наказывалось сурово, в том числе смертной казнью путем повешения пиратов на рее. Теперь такая международно-правовая санкция исчезла, и наказание осуществляется по законодательству государств, захвативших пиратов, при обязательном учете международных стандартов в области соблюдения прав человека, в том числе и стандартов правосудия, которые сформировались как на национальном, так и международном уровнях. Запрет пиратства рассматривается в настоящее время не только как договорная норма по Конвенции ООН по морскому праву, но и как модифицированная под воздействием этой Конвенции обычная норма международного права, признаваемая государствами, не участвующими в этом международном договоре.

Социальный прогресс во многом раскрывается через право, по мнению С.С. Алексеева, он может и должен находить в праве непосредственное, естественное выражение [Алексеев С.С., 1995: 181]. Существенные перемены в общественной жизни государств, в межгосударственных отношениях, связанные с развитием экономики, науки и техники, иные коренные изменения на международной арене, как прогрессивные, так и нет, могут привести соответственно и к изменению практики отношений, которые отражаются и в обычных нормах международного права.

Практика, как известно, является основным элементом международного обычая, и только ее изменение и массовость могут привести к изменению обычной нормы международного права. Здесь мы наблюдаем проявление основного закона диалектики перехода количества в качество, в новое качество обычной нормы международного права. Здесь важны не только количественные показатели, но и качественные изменения самого характера практики. Поэтому встает логичный вопрос — насколько к изменяющейся обычной норме международного права могут применяться критерии формирования обычной нормы международного права? По нашему мнению, в вопросе эволюции обычных норм международного права к оценке происходящих изменений, несомненно, применимы такие нашедшие отражение в правовой доктрине критерии формирования всеобщей практики, как общность [Villiger M., 1997: 30], единообразие¹⁵ и определенность, устойчивость (стабильность) [Шаммасова Л.Р., 2006: 84] и постоянство (непрерывность) [Даниленко Г.М., 1988: 91]; соответствие закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств.

Приоритет в этом процессе отводится соответствию новой практики потребностям общественного развития, которое является оценкой качествен-

¹⁵ Док. ООН A/CN.4/659. С. 10, 13, 14.

ных изменений обычной нормы международного права. Государство понимает, что именно определенное поведение соответствует обстоятельствам, велениям времени [Кузнецов В.И., 2010: 43]. Даже попытка воздействия влиятельных государств на изменение всеобщей практики обречена на неудачу, если оно противоречит таким потребностям. А.П. Мовчан подчеркивал, что если норма международного права соответствует объективным законам общественного развития, то в практике международных отношений она находит и может иметь наиболее благоприятные условия для своего повседневного проявления, имплементации, т.е. практического воплощения в жизнь [Мовчан А.П., 1972: 100]. По нашему мнению, это подтверждает вывод, что ничто в мире не долговечно, если оно искусственно и не соответствует потребностям общественного развития. Таким образом, при эволюции обычных норм международного права мы наблюдаем их как количественную (т.е. определенную величину, число, объем, темп протекания процессов, степень развития свойств и т.д. [Фролов И.Т., 1986: 194]), так и качественную определенность. Как известно, ни один предмет не обладает только качественной или только количественной стороной [Фролов И.Т., 1986: 194].

По утверждению Г.М. Даниленко, с момента осознания государствами необходимости правового регулирования той или иной возникающей проблемы, практика приобретает значение сознательного нормативного инструмента формирования будущих правовых норм [Даниленко Г.М., 1988: 22]. При этом появление измененной нормы международного права невозможно без соответствующего всеобщего признания практики в качестве правовой норм (*opinio juris*). Г.И. Тункин утверждал, что изменение или отмена обычной нормы международного права путем обычая состоит в том, что происходит изменение «всеобщей практики», которое сопровождается признанием в качестве международно-правовой нормы. Такое признание подразумевается в тех случаях, когда новая практика, отклоняющаяся от действующей нормы международного права, не вызывает возражений со стороны других государств [Тункин Г.И., 2000: 118]. Этой точки зрения придерживался и И.И. Лукашук [Лукашук И.И., 1997: 250].

Наряду с молчаливым согласием здесь применимы такие основные формы подобного признания, как одностороннее заявление главы государства (правительства), другого уполномоченного государством должностного лица, руководителя международной межправительственной организации, иного субъекта международного права; включение правила поведения в тот или иной внутригосударственный нормативный правовой акт; включение правила поведения в международный договор или иной основанный на нем юридически обязательный международный нормативный правовой акт, принятый его участниками (если рассматривать эти документы как акты одностороннего признания); при определенных условиях — судебное решение в государстве.

2. Основные факторы, влияющие на эволюцию обычной нормы международного права

Придерживаясь теории двухэлементного состава обычной нормы международного права, нашедшей отражение в ст. 38 Статута Международного Суда ООН¹⁶ и подтвержденной в Резолюции, принятой 20. 12.2018 Генеральной Ассамблеей ООН (далее — ГА ООН) «Выявление международного обычного права» (2018) (далее — Резолюции ГА ООН 2018 г.)¹⁷, к основным факторам, которые могут оказывать влияние на обычно-правовую практику и, как следствие, на эволюцию обычной нормы международного права, по нашему мнению, можно отнести появление противоречащей существующей норме измененной новой нормы: 1) в законодательстве государств; 2) в международном договоре. Первоначально возможно ее закрепление в договоре с ограниченным числом участников. Затем возможно появление новой конвенционной нормы. Не исключена ситуация закрепления новой нормы сразу в универсальном международном договоре; 3) в международном мягком праве.

2.1. Влияние новой нормы, появившейся в законодательствах государств

Два или более государств на законодательном уровне могут изменить позицию в отношении содержания ранее признаваемой ими нормы, в том числе в отношении нормы, признаваемой путем молчаливого согласия. Хотя есть и иная точка зрения относительно невозможности возражения против обычной нормы международного права, в отношении которой государство дало свое согласие, но тогда она противоречит возможности эволюции обычных норм международного права. Распространение такого рода норм среди государств и, соответственно, практика их применения при отсутствии протестов других государств или при тенденции к их спаду могут привести к изменению ранее существующей обычной нормы международного права. Таким образом, можно говорить о выходе государств из устаревшего всеобщего международного обычая, трансформации его в локальную норму и о формировании измененной нормы. В таком случае, как указывалось выше, государства, не соблюдающие содержащееся в нем правило и иные элементы нормы, должны, по крайней мере, аргументировать необходимость своих действий как государствам, которые пострадали от нарушения международного обязательства, так и всему мировому сообществу в целом. В настоящее время это не сложно сделать. По мнению Г.М. Даниленко, рас-

¹⁶ Available at: URL: <https://www.un.org/ru/icj/statut.shtml> (дата обращения: 12.08.2019)

¹⁷ Док. ООН, A/RES/73/203.

ширение контактов между государствами и современные средства коммуникации способствуют тому, что практика различных государств по тем или иным вопросам международного права в течение короткого периода времени становится известной всем членам международного сообщества, которые реагируют на нее соответствующим образом [Даниленко Г.М., 1988: 19]. Однако изменение практики должно быть массовым, нарастающим и соответствовать потребностям общественного развития.

Вместе с тем нельзя не указать и на то, что сдерживание эволюционного изменения обычной нормы международного права может осуществляться государствами, имеющими отличные интересы: политические, экономические и др. Они могут протестовать против появления новой нормы как на международном, так и законодательном уровнях, что, как известно, освобождает протестующих от обязательности такой нормы. В соответствии с доктриной «настойчивого возражения» государство может получить освобождение от новых норм обычного права, выступая против формирующейся обычной практики. Массовость подобного рода позиций может привести к блокированию появления новой общей нормы международного права, несмотря на ее прогрессивность, и существованию двух локальных обычаев, соответствующих старой норме и ее измененной новой норме.

2.2. Влияние новой договорной нормы международного права

Договоры, как показано выше, могут обосновывать, модифицировать обычное право или подтверждать его существование [Витцтум В. и др., 2011: 91]. Международный Суд ООН в решении по делу о континентальном шельфе (1985) отметил, что многосторонние конвенции играют значительную роль не только в плане закрепления и определения обычных норм, но и в их развитии¹⁸. Следует заметить, что сами международные договоры не создают новых обычных норм международного права, а являются лишь фактором, влияющим на их формирование и развитие. Согласно Выводу 11 (Договоры) Резолюции ГА ООН 2018 г. норма, закрепленная в договоре, может отражать норму международного обычного права, если установлено, что договорная норма положила начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*), тем самым порождая новую норму международного обычного права¹⁹.

Отклонения от обычных норм международного права могут первоначально проявляться, например, в результате заключения государствами двусторонних или многосторонних договоров с ограниченным числом участни-

¹⁸ I. C. J. Reports. 1985. P. 29–30.

¹⁹ Док. ООН, A/RES/73/203.

ков. Особенно процессу изменения обычных норм международного права содействует принятие универсальных международных договоров с участием большого числа государств. Появляются общепризнанные договорные нормы международного права и соответствующая всеобщая практика их применения. Тогда международный обычай как таковой, как объективная реальность и социально-правовое явление под воздействием данного фактора может претерпеть соответствующие быстрые изменения.

Как известно, с помощью универсальных международных договоров нередко осуществляется не только кодификация обычных норма международного права, но и их прогрессивное развитие. В рамках этого единого процесса осуществляется совершенствование действующих международно-правовых норм (их уточнение, устранение имеющихся между ними противоречий, отмена устаревших), формулирование новых норм и приведение тех и других во внутренне согласованную систему [Клименко Б.М., Петровский В.Ф., Рыбаков Ю.М., 1982: 62]. Нередко формулировки обычных норм международного права носят расплывчатый характер и их уточнение, конкретизация будут способствовать их определенности, что положительно влияет на практику правоприменения. Так, сфера действия принципа уважения прав человека, носящего как договорный, так и обычно-правовой характер, в настоящее время наполняется все новым содержанием, включая их международную защиту. Устав ООН сформулировал принципиально новый подход государств к толкованию и применению принципа невмешательства во внутренние дела государств [Карташкин В.А., 2015: 29]. Нормы дипломатического права, старейшей отрасли международного права, состоящие ранее в основном из обычно-правовых норм, получили дальнейшее развитие в Венской конвенции о дипломатических сношениях (1961), путем уточнения существующих норм.

Современное международное право может быть эффективным, если оно активно, быстро и верно отражает потребности международных отношений, в том числе постоянно происходящие в мире изменения в области экономики, политики, социального и научно-технического прогресса [Мовчан А.П., 1972: 101]. Так, кардинальное изменение обычных норм международного права под воздействием международных договоров наиболее ярко проявилось в международном морском праве.

Современное международное право разграничения морских пространств следовало в своем развитии потребностям практики, связанным с распространением юрисдикции прибрежного государства на морские пространства. До середины XX в. права государства в отношении морских пространств распространялись в силу международного обычая только на его территориальное море [Пунжин С.М., 2014: 61]. Успехи научно-технической революции в 1960-х гг. послужили сильным импульсом развития мировой эконо-

мики и серьезных глобальных изменений. Это явление не могло не сказаться на международных отношениях в целом, и, в особенности, на отношениях, касающихся использования пространств и ресурсов Мирового океана, — относительно мало исследованной, но перспективной сферы [Коломбос Д., 1975: 9]. Появление в эти годы большого количества независимых прибрежных государств потребовало развития международного морского права, разработки норм, отвечающих потребностям этих государств, изменения обычно-правового режима открытого моря в интересах прибрежных государств. В итоге, в результате прогрессивного развития международного права, осуществленного на III Конференции по морскому праву, появились исключительные экономические зоны с внешней границей, находящейся на удалении, не превышающем 200 морских миль, отчитываемых от исходных линий. Договорные положения этих норм быстро приобрели и обычно-правовой характер.

Аналогичное можно сказать и о континентальном шельфе. В настоящее время сформировались как договорная, так и обычно-правовая норма о наличии континентального шельфа прибрежных государств и об отдельных их суверенных правах на эту территорию. Этому способствовало изменение в подходе многих государств, развитие их законодательства и появление притязаний прибрежных государств на континентальный шельф, прогрессивное развитие договорного права. Сама обычно-правовая норма о свободе открытого моря претерпела изменения в связи с развитием деятельности государств в Мировом океане, связанной с добычей ресурсов континентального шельфа, где государства осуществляют отдельные суверенные права и юрисдикцию. Эти ограничения признаются государствами не только как договорные, но и как обычно-правовые, в том числе государствами, не являющимися участниками Конвенции ООН по морскому праву.

В качестве примера воздействия договорных норм на формирование новой обычно-правовой практики можно привести и Конвенцию о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18.11.1907), в Преамбуле которой отмечалось, что признавая, что «для сего надлежит подвергнуть пересмотру общие законы и обычаи войны как в целях более точного их определения, так и для того, чтобы ввести в них известные ограничения, которые, насколько возможно, смягчили бы их суровость»²⁰.

2.3. Влияние норм международного мягкого права

Существенное воздействие на процесс изменения обычных норм международного права могут оказывать документы, принимаемые в рамках авто-

²⁰ Конвенция о законах и обычаях сухопутных войн, Гаага, 18 ноября 1907 г. / Ведение военных действий: Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений, издание второе. М., 1999. С. 18.

ритетных международных организаций, таких как ООН, ВОЗ, ИМО, ИКАО и др., а также международных конференций. При этом, несмотря на то, что эти документы и содержащиеся в них положения что носят рекомендательный характер, они нередко способствуют формированию международных правовых стандартов, могут стать основой будущих международных договоров, нормы которых противоречат сложившимся обычным нормам международного права или уточняют их содержание. В рамках ООН большая роль в этом процессе отводится деятельности Комиссии международного права. Как было признано Международным Судом ООН и другими международными судами и трибуналами, определение Комиссии, подтверждающее существование и содержание нормы обычного международного права, может иметь особую ценность, как и вывод Комиссии о том, что такой нормы не существует. Это вытекает из уникального мандата Комиссии в качестве вспомогательного органа ГА ООН, заключающегося в содействии прогрессивному развитию международного права и его кодификации, тщательности процедур Комиссии (включая рассмотрение обширных исследований практики государств и *opinio juris*) и ее тесных отношений с ГА ООН и государствами (включая получение в ходе ее работы устных и письменных комментариев государств)²¹.

Комиссия международного права нередко привлекается к разработке принимаемых в форме резолюций ГА ООН документов, содержащих, в частности, проекты статей, призванных кодифицировать обычные нормы международного права, уточнить формулировки существующих, а также дать новый импульс развитию новой практики. В качестве примера можно привести Проект статей, разработанный Комиссией международного права и содержащийся в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 12.12. 2001 № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния»²². При этом ГА ООН не исключает принятия в будущем конвенции по данному вопросу. Хотя, на наш взгляд, это неблизкая перспектива в отношении такой нередко политизированной сферы, какой является международно-правовая ответственность государств. Вместе с тем, несомненно, данный документ окажет прогрессивное влияние и на изменение общего международного права, уточнение существующих обычных норм международного права, их развитие.

Согласно Выводу 12 (*Резолюции международных организаций и межправительственных конференций*) Резолюции ГА ООН 2018 г. о выявлении международного обычного права, резолюция, принятая международной организацией или на межправительственной конференции, может способ-

²¹ Док. ООН, А/73/10, с. 160.

²² Док. ООН, А/RES/56/83.

ствовать развитию нормы международного обычного права²³. Аналогичное можно сказать и о роли самой Резолюции ГА ООН 2018 г., в которой сформулированы общие положения, которые призваны оказать помощь правоприменителям осуществлять анализ практики и ее признания в качестве правовой нормы на предмет выявления локальных и всеобщих обычных норм международного права.

Следует обратить внимание, что в проектах выводов, содержащиеся в Приложении к данной Резолюции, напрямую не рассматриваются процессы, посредством которых нормы обычного международного права развиваются с течением времени. Также в них, как указывает в комментариях к выводам Комиссия международного права, не рассматривается на систематической основе, как возникают такие нормы, как они изменяются или прекращают действовать. Однако на практике выявление такого рода норм не всегда можно рассматривать в отрыве от их формирования. Выявление существования и содержания той или иной нормы обычного международного права вполне может предполагать изучение процесса ее развития²⁴.

Положения Резолюции ГА ООН 2018 г. в будущем могут привести не только к формированию, но и уточнению обычных норм права международных обычаев, представляющего собой институт международного права, включающий совокупность обычных норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения в вопросах формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования, понятийный аппарат в данной сфере.

Важное значение для прогрессивного развития общего международного права сыграла Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН, принятая резолюцией 2625 (XXV) ГА ООН от 24.10.1970²⁵ и способствующая совершенствованию международно-правовой практики и положений таких основных принципов международного права как «принцип невмешательства», «принцип суверенного равенства государств», «принцип мирного разрешения международных споров» и др. Подобное можно сказать и в отношении Резолюции 3314 (XXIX) от 14.12.1974 г. ГА ООН, утвердившей определение агрессии²⁶. С помощью этого документа была уточнена обычная норма, сложившаяся на момент принятия

²³ Док. ООН, A/RES/73/203.

²⁴ Док. ООН, A/73/10, с. 137.

²⁵ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml (дата обращения: 15.08.2019)

²⁶ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи ООН. 29-я сессия. Приложение. № 31. С. 181–182. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/aggression.shtml (дата обращения: 16.07.2019)

Резолюции. Новая формулировка «агрессии» в дальнейшем получила всеобщую практику и признание в качестве уточненной обычной нормы международного права.

Косвенное влияние на процесс изменения существующих обычных норм международного права могут оказать и многие другие международные документы, закрепляющие прогрессивные, если их так оценивать, международно-правовые стандарты по самым различным вопросам.

3. Прекращение существования обычной нормы международного права

Как отмечает С.В. Черниченко, международные обычаи не вечны и исчезают, когда в международной жизни происходят изменения, в результате которых необходимость в существовании каких-либо из них отпадает [Черниченко С.В., 2014: 146]. Отмирание обычных норм международного права может сопровождаться либо путем прекращения их существования как таковых, либо появления вместо них принципиально новых норм международного права, с возможной их дальнейшей эволюцией. По мнению И.И. Лукашука, прекращение обычной нормы общего международного права может иметь место с согласия международного сообщества в целом [Лукашук И.И., 1997: 129]. При этом не исключается вариант, когда всеобщая обычная норма международного права может превратиться сначала в локальную норму, а в дальнейшем исчезнуть. Как указывалось выше, важную роль в этом могут сыграть международные договоры, в том числе в рамках процесса кодификации и прогрессивного развития международного права. А.П. Мовчан отмечал, что несоответствие нормы международного права объективным законам общественного развития приводит к тому, что оно является тормозом на пути действия объективного закона, теряет свою жизненность, является вредной, противоречащей требованиям международных отношений и обречена на отмирание, на свою самоликвидацию или отмену в результате правотворческой деятельности государства, позиция которых соответствует требованиям объективных законов [Мовчан А.П., 1972: 101].

Основные факторы, влияющие на отмирание обычной нормы международного права, соответствуют перечисленным выше факторам, свойственным эволюции такого рода норм. Разница заключается в степени качественных изменений — в появлении принципиально новых норм международного права. Кроме того, к числу такого рода факторов можно отнести коренное изменение обстоятельств, при которых появилась прежнее обычная норма международного права. Применение к указанным ситуациям принципа *rebus sic stantibus* (лат. *clausula rebus sic stantibus*, буквально — оговорка о ве-

цах, остающихся в том же положении) [Vincy F., Parisi F., 2009: 292] возможно, если его рассматривать как общую норму международного права, относящуюся как к международным договорам, так и международным обычаям.

В качестве примера замены договорным путем обычной нормы и возникновения вместо нее новой обычной нормы международного права можно привести заключение Парижского пакта (1928)²⁷, установившего принцип запрещения агрессивной войны. Этот принцип подвергся развитию в Уставе ООН, который пошел дальше Парижского пакта, предусматривая запрещение применения силы и угрозы силой против территориальной неприкосновенности и политической независимости любого государства. Он заменил в отношениях между участниками договора старую норму, подтверждающую «право государства на войну», и постепенно приобрел договорным и обычным путем характер общепризнанного принципа международного права [Тункин Г.И., 2000: 110, 127]. О такого рода событиях пишет и В.А. Карташкин, по определению которого принципы международного права зарождаются, зреют и, в конечном счете, могут исчезнуть [Карташкин В.А., 2015: 29].

Примером влияния международных договоров на прекращение существования обычной нормы международного права является отмена ранее существовавшей нормы о допустимости рабства и работорговли. Данный процесс сопровождался принятием государствами многочисленных международных и национальных документов. Отмена рабства и формирование обычной нормы общего международного права о запрете этого позорного явления начала происходить в основном после принятия Конвенции о рабстве (Женева, 25.09.1926)²⁸. Потребовалось также принятие Дополнительной конвенция об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством (Женева, 7.09.1956)²⁹ и ряда других международных договоров, которые коренным образом изменили прежнюю всеобщую практику и правовое отношение к ней.

Заключение

Таким образом, эволюция ранее сложившихся обычных норм международного права обусловлена потребностями развития межгосударственных

²⁷ Договор об отказе от войны в качестве орудия национальной политики (Париж, 27 августа 1928 года) // Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключённых СССР с иностранными государствами. М., 1930. Вып. V. С. 5-8.

²⁸ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/convention_slavery.shtml (дата обращения: 15.07.2019).

²⁹ Available at: URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/supplementconvention_slavery.shtml (дата обращения: 15.07.2019)

отношений. Эволюционное изменение обычных норм международного права сопровождается уточнением их элементов. Отклонение от ранее существующей обычной нормы международного права должно носить массовый, первоначально локальный, а в дальнейшем и всеобщий характер. Эволюция такого рода норм в основном касается диспозитивных норм международного права. Для оценки происходящих изменений применимы критерии формирования обычных норм международного права. К основным факторам, которые могут оказывать влияние на эволюцию обычной нормы международного права можно отнести появление противоречащей существующей норме измененной новой нормы в законодательствах государств, международных договорах, актах международного мягкого права. Этому процессу также способствует кодификация и прогрессивное развитие международного права. При отсутствии потребностей общественного развития и соответствующей практики обычная норма международного права отмирает, как правило, превращаясь сначала в локальную норму. Основную роль в изменениях играют международные договоры, прекращающие прежнюю практику межгосударственных отношений. Прекращение существования обычной нормы международного права может произойти и при коренном изменении обстоятельств, при которых появилась прежняя норма международного права.



Библиография

- Алексеев С.С. Теория права. М.: Бек, 1995. 320 с.
- Васякина Е.В. Эволюция международных уголовных трибуналов (1945–1994 гг.): дис... к. ю. н. М., 2014. 193 с.
- Вицтум В и др. Международное право. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 962 с.
- Вылегжанин А.Н., Каламкарян Р.А. Международный обычай как основной источник международного права // Государство и право. 2012. № 6. С. 78–89.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Ильинская О.И. Вопросы применения международных обычно-правовых норм // Журнал российского права. 2012. № 11. С. 114–125.
- Карташкин В.А. Изменение нормативного содержания основных принципов современного международного права // Московский журнал международного права. 2015. № 1. С. 29–39.
- Клименко Б.М., Петровский В.Ф., Рыбаков Ю.М. (ред.) Словарь международного права. М.: Международные отношения, 1982. 248 с.
- Кожевников Ф.И., Коровин Е.А., Крылов С.Б. и др. Международное право. М.: Госюриздат, 1957. 472 с.
- Коломбос Д. Международное морское право. Пер с англ. М.: Прогресс, 1975. 447 с.
- Кузнецов В.И. (отв. ред.) Международное право. М.: Норма, 2010. 720 с.
- Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: БЕК, 1996. 371 с.

- Лукашук И.И. Нормы международного права в международной правовой системе. М.: Спарк, 1997. 322 с.
- Мовчан А.П. Кодификация и прогрессивное развитие международного права. М.: Юрид. литература, 1972. 216 с.
- Пунжин С.М. Принципы разграничения морских пространств / Международное морское право. Сост. Р.А. Колодкин, С.М. Пунжин. М.: Статут, 2014. С. 61–93.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М.: Зерцало, 2000. 111 с.
- Фролов И.Т. (ред.). Философский словарь. М.: Политиздат. 1986. 590 с.
- Хенкертс Ж.-М., Досвальд-Бек Л. и др. Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы. Пер. с англ. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2006. 818 с.
- Черниченко С.В. Контурь международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
- Черниченко С.В. Теория международного права. Т 2. М.: НИМП, 1999. 531 с.
- Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к. ю. н. М., 2006. 214 с.
- D'Amato A. (1987) The President and International Law: A Missing Dimension. The American Journal of International Law, no 2, pp. 375-377.
- Kelsen H. (1967) Principles of International Law. New York: Holt, Rinehart and Winston, 461 p.
- Villiger M. (1997) Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources. The Hague: Kluwer Law International, 378 p.
- Vincy F., Parisi F. (2009) Stability and Change in International Customary Law. Supreme Court Economic Review, no 1, pp. 279-309.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Evolution and Cessation of the Existence of Customary Rules of International Law



Yuri S. Romashev

Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Studies, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitsky Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: romashev-yus@mail.ru



Abstract

The doctrine of international law pays a lot of attention to the formation norm of customary international law. At the same time, it is quite rare to find studies on their evolution and the end of existence. In this article, therefore, based on a dialectical approach, the use of scientific research methods, and such private-scientific methods as a comparative legal method, as well as methods of legal modelling and legal forecasting, the results of the study of the evolution norm of customary international law, as well as their extinction, are presented. In the case of the established norms of customary international law,

their evolution provides for a stage of their qualitative change, development and is conditioned, first of all, by the needs of the development of inter-State relations. Evolution is accompanied by clarification of the elements of such norms. At the same time, the emergence of a new norm is not possible without violations of existing ones, and offenders, deviating from the established norms, with international legal responsibility, at the same time must explain to other States the reasons for such behavior. This practice is mainly related to the dispositive norms of international law. In order for a new norm of customary international law to be formed, it is necessary that the deviation from the previous norm be massive, initially local and, in the future, universal. The criteria for the formation norm of customary international law are applicable to assess the changes that are taking place. The main factors that may influence the evolution norm of customary international law include the emergence of a non-existent rule of amended new rule in the laws of states, the international treaty, and the new international soft law. Codification and the progressive development of international law contributed to the evolution norm of customary international law. It is important to note that, in the absence of the needs of social development, as well as appropriate practice, the norm of customary international law dies. In this case it is possible to create fundamentally new norms of customary international law, and in the future their evolution.



Keywords

international law; international relations; sources of international law; international custom; law of international customs; customary norms of international law; international practice.

For citation: Romashev Yu.S. (2019) Evolution and Cessation of the Existence of Customary Rules of International Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 122–143 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.122.143



References

- Alekseev S.S. (1995) *Theory of Law*. Moscow: BEK, 320 p. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (2014) *Contours of International Law*. Moscow: Nauchnaya Kniga, 592 p. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (1999) *Theory of International Law*. Vol. 2. Moscow: NIMP, 531 p. (in Russian)
- D'Amato A. (1987) The President and International Law: A Missing Dimension. *American Journal of International Law*, no 2, pp. 375–377.
- Danilenko G.M. (1988) *Custom in Contemporary International Law*. Moscow: Nauka, 192 p. (in Russian)
- Frolov I.T. (ed.) (1986) *Philosophical Dictionary*. Moscow: Politizdat, 590 p. (in Russian)
- Henkerts J.-M., et al. (2006) *Customary international humanitarian law*. Vol. 1. Moscow.: International Committee of the Red Cross, 818 p. (in Russian)
- Il'inskaja O.I. (2012) Issues of applying customary international law. *Zhurnal rossijskogo prava*, no 11, pp. 114–125 (in Russian)
- Kartashkin V.A. (2015) Changing the Normative Content of the Principles of Modern International Law. *Moscow Journal of International Law*, no 1, pp. 29–39 (in Russian)

- Kelsen H. (1967) *Principles of International Law*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 461 p.
- Klimenko B.M., Petrovsky V.F., Rybakov I.M. (ed.) (1982) *Dictionary of International Law*. Moscow: Mezhdunarodnyye otnosheniya, 248 p. (in Russian)
- Kojevnikov F.I. (ed.) (1957) *International Law*. Moscow: Gosyurizdat, 472 p. (in Russian)
- Kolombos D. (1975) *International Law of the Sea*. Moscow: Progress, 447 p.
- Kuznetsov V.I. (ed.) (2010) *International Law*. Moscow: Norma, 720 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1996) *International Law. Common Part*. Moscow: BEK, 371 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1997) *Norms of International Law in International Normative System*. Moscow: Spark, 223 p. (in Russian)
- Movchan A.P. (1972) *Codification and development of international law*. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 216 p. (in Russian)
- Punjin S.M.(ed.) (2014) *Principles of demarcation of marine spaces. International Law of the Sea*. Moscow: Statut, pp. 61–93 (in Russian)
- Shammasova L.R. (2006) *International Custom in Contemporary International Law*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 214 p. (in Russian)
- Tunkin G.I. (2000) *Theory of International Law*. Moscow: Zertsalo, 111 p. (in Russian)
- Vasyakina E.V. (2014) *Evolution of International Criminal Tribunals (1945–1994)*. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 193 p. (in Russian)
- Vilegjanin A.N., Kalamkaryan R.A. (2012) International custom as the main source of international law. *Gosudarstvo i pravo*, no 6, pp. 78–89 (in Russian)
- Villiger M. (1997) *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*. The Hague: Kluwer Law International, 378 p.
- Vincy F., Parisi F. (2009) Stability and Change In International Customary Law. *Supreme Court Economic Review*, no 1, pp. 279–309.
- Vittstum W. et al. (2011) *International Law*. Moscow: Infotropik Media, 962 p. (in Russian)

Принцип субсидиарности в Европейском союзе: перипетии практического применения



О.И. Пименова

отдел по взаимодействию с федеральными органами государственной власти Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 103426, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Дмитровка, 26. E-mail: oxana_krasnova@mail.ru



Аннотация

Предметом исследования выступают два аспекта практического применения принципа субсидиарности в ЕС — правовой (судебный) и политический. В рамках первого аспекта автор выявляет тенденции в качественном развитии (изменении) оценки соблюдения принципа субсидиарности в законодательных актах ЕС, даваемой Судом ЕС в его решениях, принятых после вступления в силу Маастрихтского договора. В рамках второго аспекта автор исследует роль национальных парламентов государств ЕС в контроле соблюдения принципа субсидиарности в законодательном процессе ЕС. Посредством контент-анализа основных судебных и регулирующих документов ЕС автор развивает гипотезу, что межинституциональное измерение практического применения принципа субсидиарности наиболее полно отвечает динамическому характеру и смешанной политико-правовой природе данного принципа. Аргументируется, что соблюдение принципа субсидиарности должно обеспечиваться не за счет последовательного его применения правовым (Судом ЕС) и политическими (национальными парламентами, Европейским парламентом, Советом ЕС и Комиссией ЕС) институтами, а в результате их межинституционального взаимодействия. Автор формулирует практические рекомендации для национальных парламентов, которые могли бы в значительной степени добиться учета своих возражений по поводу соблюдения принципа субсидиарности в законодательных актах ЕС, но не путем возбуждения процедур «желтой» и «оранжевой» карт в отношении уже выпущенных институтами ЕС законопроектов, а через развитие с ними политического диалога на ранних этапах законодательного процесса, когда соблюдение принципа субсидиарности могло бы обеспечиваться без ущерба политическому влиянию законодательных институтов ЕС. Например, развитию диалога между национальными парламентами и Комиссией ЕС могла бы способствовать процедура «зеленой карты», возбуждаемая национальными парламентами на этапе подготовки законопроекта Комиссией ЕС, в рамках которой национальные парламенты заявляли бы о своих субсидиарных возражениях ранее вынесения законопроекта на рассмотрение законодателя, повышая свои шансы быть услышанными и принятыми всерьез. Дополняя процедуры «желтой» и «оранжевой» карт, «зеленая карта» могла бы способствовать формированию «трехуровневого» субсидиарного контрольного механизма по разрешению национальных субсидиарных возражений на всех стадиях законодательного процесса ЕС, трансформируя национальные парламенты из «надзирателей» субсидиарности в партнеров, работающих вместе с Комиссией ЕС по регулированию интеграционных отношений.



Ключевые слова

Европейский союз; принцип субсидиарности; судебный контроль; национальные парламенты; межинституциональный диалог; субсидиарный контрольный механизм; «зеленая карта».

Для цитирования: Пименова О.И. Принцип субсидиарности в Европейском союзе: перипетии применения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 144–163.

УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.144.163

Введение. Природа принципа субсидиарности

Будучи для одних «словом, спасшим Маастрихт» [Cass D., 1992: 1107], а для других — всего лишь «текстовой небрежностью» [Schütze R., 2009: 250], принцип субсидиарности вызывает дискуссии в экспертной среде ЕС по поводу своей практической полезности или, напротив, вредности. Так, одни исследователи видят в нем «ошибочную идею в ошибочном месте в ошибочное время», «угрожающую суверенитету национальных государств» [Davies G., 2006: 63], либо, напротив, «ослабляющую наднациональную власть» [Toth A., 1992: 1079] и в целом «идущую вразрез с европейским интеграционным процессом» [Estella A., 2002: 3]. Другие считают его «краеугольным камнем правовой архитектуры ЕС», «функциональным принципом осуществления [регулирующих] полномочий на наиболее подходящем уровне управления», который дает ЕС «ценный метод установления эффективного и в то же время гибкого баланса полномочий между ЕС и его государствами-членами» [Fabbrini F., 2016: 213].

При всей противоречивости подходов к принципу субсидиарности он действительно неоднозначен, но, как говорится, тем и хорош. Данный принцип «не отдает предпочтений и не создает презумпций решениям как более лучшим какого-либо уровня власти» [UK House of Lords European Union Committee, 2014: 26], но «требует баланса за счет сравнительной эффективности таковых». По словам А. Эстеллы, он имеет «двойственную природу» (Estella A., 2002: 177), справедливо представляя в работах большинства исследователей как «концепция с двумя лицами» [Schütze R., 2009: 246], которая может работать как вверх, так и вниз. Результат, получаемый каждый раз, будет зависеть от способности нижестоящих единиц «справляться с решением возложенных задач» [Lenaerts K., Nuffel P., 2011: 134].

С вступлением в силу в 1993 году Маастрихтского договора принцип субсидиарности получил в ЕС статус правовой нормы, применяемой прак-

тически во всех сферах наднационального регулирования интеграционных отношений (кроме сферы исключительного ведения ЕС) и подлежащей юрисдикционной защите. Однако этот шаг авторов европейской интеграции (вернее, учредительного договора), несмотря на свою важность в части определения статуса принципа субсидиарности в праве ЕС, не внес ясности в вопросы применения данного принципа.

По сегодняшний день не утихают споры о природе принципа субсидиарности. Г. Дэвис [Davies G., 2015], П. Кивер [Kiiver P., 2012], Ф. Фаббрини и К. Гранат [Fabbrini F., Granat K., 2013] считают субсидиарность правовым принципом, тогда как И. Купер [Cooper I., 2013; 2015], Дж. Луис [Louis J.-V., 2008], Р. Шульц [Schütze R., 2009] видят в нем политическую природу. Первые фокусируются преимущественно на исследовании роли правового института — Суда ЕС в применении принципа субсидиарности, вторые — на роли политических институтов (обычно национальных парламентов) в его применении, равно как и на межинституциональном взаимодействии. В конечном итоге «правоведы» стремятся выяснить, каким образом принцип субсидиарности влияет на качество законодательства как результата законодательного процесса ЕС, тогда как «политиковеды» сосредотачивают свои усилия на поиске возможностей более эффективного применения принципа субсидиарности в ходе самого законодательного процесса ЕС за счет средств межинституционального взаимодействия. При этом между ними отсутствует единое понимание ответа на вопрос, должен ли принцип субсидиарности применяться правовыми или политическими институтами?

Автор статьи полагает, что, *с правоприменительной точки зрения, принцип субсидиарности имеет смешанную политико-правовую природу, поскольку применяется последовательно политическими и правовым институтами.* Так, Маастрихтский договор (1992) привлек в качестве субъекта применения принципа субсидиарности Суд ЕС, Амстердамский договор (1997) — Комиссию ЕС, предписав ей необходимость «консультаций, мотиваций, информирования и публикаций», Лиссабонский договор (2007) — национальные парламенты государств-членов ЕС. Если исходить из исключительно правовой природы принципа субсидиарности, то решающая роль в его применении должна выполняться Судом ЕС. Если же, напротив, брать во внимание только политическую сторону принципа субсидиарности, то он должен применяться только политическими институтами и контроль его соблюдения не может носить последующего характера, то есть осуществляться в отношении вступившего в силу акта ЕС. Однако в действительности контроль соблюдения принципа субсидиарности осуществляется как в ходе законодательного процесса ЕС (политическими институтами), так и после его завершения (Судом ЕС), т.е. носит как предварительный, так и последующий характер. Более того, ни один из применяющих принцип субсидиарности институтов не

имеет последнего слова в его применении, и даже Суд ЕС, как единственный толкователь и окончательный применитель права ЕС, воздерживается от его произнесения. Почему? Попытаемся ответить на этот и некоторые другие вопросы практического применения принципа субсидиарности в ЕС через контент-анализ основных судебных и регулирующих документов.

1. Об «учредительном регулировании» принципа субсидиарности

Принцип субсидиарности получил последовательное правовое развитие в учредительных актах ЕС. Не именуясь таковым, принцип субсидиарности впервые получил нормативное закрепление в ст. 130г (4) Римского договора (1957) в контексте отношений в сфере охраны окружающей среды. Указанная статья, воспринятая затем Единым европейским актом (1986), вводила тест сравнительной эффективности действий Сообщества и действий его государств-членов по достижению предусмотренных экологических целей и являлась «более продуманной версией критерия, согласно которому законодательство Сообщества должно было соответствовать статье 235 Римского договора о том, что действия Сообщества должны доказывать свою необходимость» [Lenaerts K., 1993: 859]. По словам возглавлявшего в то время Комиссию ЕС Ж. Делора, «текст [Единого европейского акта] об охране окружающей среды ... это тот обрывок, который, несомненно, будет принят всеми единогласно, поскольку каждому позволит делать то, что он считает должным» [Golub J., 1996: 690]. Это стало первым важным шагом на пути к закреплению субсидиарности в качестве основополагающего принципа реализации компетенции ЕС.

Вторым важным шагом в правовом развитии субсидиарности стало принятие Маастрихтского договора, с вступлением в силу которого данный принцип был распространен на все сферы отношений, не подпадающие под исключительную компетенцию ЕС (а не только на отношения в сфере охраны окружающей среды). Маастрихтский договор обеспечил принципу субсидиарности судебную защиту, но при этом ничего не сказал о процедурах и субъектах досудебного применения принципа субсидиарности. В значительной мере этот пробел был восполнен Амстердамским договором. Приложением к нему стал Протокол о применении принципов субсидиарности и пропорциональности, в рамках которого подробно раскрывались критерии применения принципа субсидиарности¹ и процедуры его соблюдения в законодательном процессе ЕС. Основным субъектом применения принципа

¹ Их еще именуют Амстердамскими «операционными критериями» и они включают три теста – национальной недостаточности средств, сравнительной наднациональной эффективности и транснациональности проблемы.

субсидиарности выступала Комиссия ЕС как институт ЕС, от которого исходит наибольшее количество законопроектов. На нее возлагалось осуществление «консультаций, мотиваций, информирования и публикаций»² при подготовке законопроектов ЕС по вопросам регулирования интеграционных отношений, не отнесенных к исключительному ведению ЕС. При этом Амстердамский договор ничего не говорил о роли Суда ЕС в применении принципа subsidiarity, наверное, потому что это было бы излишним с точки зрения новизны.

В отличие от своих предшественников, Лиссабонский договор уделяет значительно больше внимания процедурным аспектам применения принципа subsidiarity в законодательной деятельности ЕС, в связи с чем в литературе даже появились соображения об угрозе пост-лиссабонской «дематериализации принципа subsidiarity» [Terrinha L., 2017: 3]. На основании Протокола о применении принципов subsidiarity и пропорциональности, принятого вместе с Лиссабонским договором (далее — Протокол), в ЕС учреждается так называемый subsidiarity control mechanism (далее — Механизм) в целях предварительного (в ходе законодательного процесса) контроля над соблюдением принципа subsidiarity в проектах законодательных актов ЕС. Этот контроль отдается в руки национальных парламентов, которые впервые на учрежденном уровне вовлечены в законодательный процесс ЕС и, по расхожему выражению И. Купера, призваны стать «сторожевыми псами» [Cooper I., 2006: 283] subsidiarity. Видимо, не удовлетворившись результатами самоконтроля, проводимого институтами ЕС при подготовке и принятии законопроектов, с одной стороны, и не возлагая больших надежд на судебный контроль соблюдения принципа subsidiarity в действиях институтов ЕС с другой, авторы Лиссабонского договора решили обратиться к национальным парламентам как акторам наднациональной интеграции, которые, по словам Ф. Фаббрини, более чем кто-либо способны «прочувствовать издержки передачи компетенции на уровень ЕС» [Fabbrini F., 2016: 291].

Исходя из материального определения принципа subsidiarity, введенного Маастрихтским договором и практически без изменений воспринятого Лиссабонским договором³, «Союз в сферах, которые не относятся к

² В частности, Комиссии ЕС предписывалось: проводить консультации перед подготовкой законопроектов ЕС, обосновывать данные законопроекты на предмет соответствия их принципу subsidiarity, принимать меры по минимизации финансовых и административных издержек разрабатываемого законодательства ЕС, могущих возникнуть в ходе его применения на территории государств-членов ЕС, а также готовить и направлять на рассмотрение других институтов ежегодные доклады о применении принципов subsidiarity и пропорциональности в ЕС.

³ Лиссабонский договор усилил определение принципа subsidiarity лишь указанием на необходимость учета при оценке достаточности средств, находящихся в распоряжении государств-членов ЕС, «регионального» и «местного» аспектов достижения целей предполагаемого действия.

его исключительной компетенции, действует лишь тогда и в такой степени, в какой цели предполагаемого действия не могут достаточным образом быть достигнуты государствами-членами на центральном, региональном или местном уровне, но ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия могут быть лучше достигнуты на уровне Союза». Данное положение *in globo* содержит тест сравнительной эффективности действий ЕС и действий его государств-членов, который, однако, не играет решающей роли при практической оценке необходимости действий со стороны ЕС. Во внимание принимается лишь способность государств-членов ЕС к достижению поставленной цели. Если средства, доступные всем государствам-членам ЕС, достаточны, чтобы достигнуть цель предполагаемого действия, но действия ЕС эффективнее в силу «эффекта экономии, вызванного эффектом масштаба», то, тем не менее, ЕС не приобретает права приоритетного действия. Иными словами, мера действий ЕС, реализуемых в соответствии с Лиссабонской редакцией принципа субсидиарности, должна быть ограничена тем, что необходимо для заполнения «policy gap»⁴, оставленного государствами-членами как следствие их частичной или полной неспособности достичь цели предполагаемого действия. Остаточные регулирующие прерогативы членов ЕС не должны быть затронуты более чем необходимо, чтобы и ЕС, и его члены действовали эффективно, в духе лояльного сотрудничества друг с другом. Процедурно это достигается путем обоснования предполагаемых действий ЕС с точки зрения необходимости их совершения (обоснование).

Согласно ст. 5 Протокола «каждый проект законодательного акта должен содержать доводы, позволяющие сделать вывод о том, что его цель может быть лучше достигнута на уровне ЕС. Эти доводы должны опираться на качественные и, по мере возможности, на количественные показатели». Обоснование включается, как правило, в преамбулу проекта законодательного акта ЕС и выступает важнейшим процедурным аспектом применения принципа субсидиарности, контроль в отношении которого ведется как политическими институтами в ходе законодательного процесса ЕС (о чем будет сказано ниже), так и правовым институтом — Судом ЕС, но уже не в ходе законодательного процесса ЕС, а по его завершении.

2. О судебном контроле соблюдения принципа субсидиарности

Отсутствие обоснования или его недостаточность может повлечь отмену Судом ЕС законодательного акта на основании нарушения им принципа субсидиарности (ст. 8 Протокола). С момента вступления в силу Маастрихт-

⁴ Политического разрыва (англ.)

ского договора, когда принцип субсидиарности получил юрисдикционную защиту, ни один законодательный акт ЕС, оспаривавшийся в связи с недостаточным характером его обоснования, не был отменен Судом ЕС по основанию нарушения им принципа субсидиарности.

За более чем два десятилетия имело место около 10 исков в связи с нарушениями законодательными актами ЕС принципа субсидиарности [Craig P., 2012: 80]. В ходе их рассмотрения Суд ЕС, по оценкам экспертов, применял принцип субсидиарности «в формальной и осторожной форме» [Delehanty M., 2010: 137]; [Lindseth P., 2014: 558], используя его, по словам Г. де Бурки, в качестве «инструмента низкой интервенции и минимальной проверки» [Burca de G., 1998: 225]. Вынося решения по таким делам, Суд ЕС, как правило, оценивал соблюдение принципа субсидиарности с точки зрения наличия или отсутствия обоснования, не вдаваясь в рассмотрение и оценку содержания обоснования и, таким образом, избегая анализа материальных норм о «достаточности средств», находящихся в распоряжении государств-членов ЕС, и о «лучшем достижении» цели предполагаемого действия на уровне Союза.

В лучшем случае Суд ограничивался констатацией содержания преамбулы законодательного акта⁵, полагаясь в вопросе о необходимости действий на уровне Союза полностью на мнение самих институтов ЕС, подготовивших оспаривавшийся законопроект⁶, в худшем — голословным заявлением ответчика (обычно Комиссии ЕС или Совета ЕС) о том, что «цели планируемых мер со всей очевидностью будут лучше достигнуты ЕС»⁷, не требуя при этом представления каких-либо «качественных или количественных показателей», подтверждающих соблюдение принципа субсидиарности, как того, в частности, требует ст. 5 Протокола⁸.

Нельзя не отметить, что в 2016 г., вынося **решение по делу Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health**⁹, Суд ЕС указал, что оценка соответствия оспариваемого законодательного акта ЕС принципу субсидиарности «должна осуществляться не только исходя из содержания самого акта и прилагаемых к нему документов, но также исходя из [политического] контекста и обстоятельств рассмотрения данного дела». Очевидна позитивная (не ограничивающаяся формально-юридическими форму-

⁵ Case C-377/98, *Netherlands v Parliament and Council*; Case C-491/01, *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco*. Available at: <http://www.curia.europa.eu> (дата обращения: 13.08.2016)

⁶ Case C-176/09, *Luxembourg v Parliament and the Council*. Available at: <http://www.curia.europa.eu> (дата обращения 13.08.2016)

⁷ Case C- 84/94, *UK v Council*. Available at: <http://www.curia.europa.eu> (дата обращения 13.08.2016)

⁸ Case 233/94, *Federal Republic of Germany v European Parliament & Council of the European Communities*. Available at: <http://www.curia.europa.eu> (дата обращения 13.08.2016)

⁹ Case C-547/14, *Philip Morris Brands SARL and Others v. Secretary of State for Health*. Available at: <http://www.curia.europa.eu> (дата обращения 13.08.2016)

лировками) динамика в изложении Судом ЕС своей позиции в отношении оценки соблюдения принципа субсидиарности в законодательных актах ЕС, но в целом Суд ЕС относится к принципу субсидиарности как к категории, не требующей сугубо юридической оценки. Это можно понять, хотя за это Суд ЕС и обвиняется экспертами в «судейской политической деятельности» [Burca de G., 1998: 234].

Использование принципа субсидиарности всегда сопряжено с необходимостью учета специфики ситуации и ее ресурсного контекста, который меняется во времени, делая практически невозможной (да и нецелесообразной) адекватную правовую оценку. Как в связи с этим отмечает А. Делкамп, этот принцип «оставляет фактические условия его применения открытыми, означая, что таковые могут весьма варьироваться в зависимости от обстоятельств времени и места» [Delcamp A., 1993: 609]. Весьма показательно, что несмотря на признание его правовой природы и последовательное закрепление в нормах учредительных актов ЕС, однозначные материально-правовые критерии применения принципа субсидиарности в праве ЕС до сих пор отсутствуют. Поэтому решение вопроса о соблюдении принципа субсидиарности вполне естественным образом перемещается из плоскости правовых оценок в плоскость целесообразности и усмотрения правоприменителя.

Призывы к более «взыскательной судебной проверке соблюдения принципа субсидиарности» [Kumm M., 2006: 525] чреваты рисками нарушения институционального баланса в процессе принятия законодательных актов ЕС. В многоуровневой управленческой системе ЕС в решении вопроса, на каком уровне (наднациональном или национальном) лучше осуществлять регулирование искомых отношений, участвуют различные политические институты — субъекты законодательного процесса Союза, приверженные различным политическим взглядам. В частности, Комиссия ЕС проводит анализ соблюдения принципа субсидиарности на этапе подготовки проекта законодательного акта ЕС (и включает соответствующие данные в специальный сопроводительный документ к законопроекту — Доклад оценки регулирующего воздействия), а Совет ЕС и Европейский парламент при рассмотрении законопроекта ЕС (поправок к нему) также дают оценки соблюдения принципа субсидиарности (в рамках собственных оценок регулирующего воздействия) и учитывают их результаты при соответствующих голосованиях). Если Суд ЕС, вынося свое решение по уже принятому Советом ЕС и (или) Европейским парламентом законодательному акту ЕС, оспариваемому на предмет соответствия его принципу субсидиарности, будет давать правовые оценки соблюдения данного принципа политическими институтами ЕС (подготовившими и принявшими данный акт), то это «потенциально поставит его [Суд ЕС] против воли квалифицированного большинства в Совете

и против воли большинства в Европейском парламенте» [Craig P., 2012: 81], дав поводы для обвинения его в «оголтелом судебном активизме» [Toth A., 1994: 48].

Такая «самостоятельность» Суда ЕС в решении, по своей сути, политического вопроса о выборе надлежащего уровня реализации законодательных прерогатив ЕС подорвет систему многоуровневой представительной демократии, сложившуюся в Союзе и обеспечивающую «двухуровневую» легитимацию законодательных актов ЕС: Европейского парламента как представителя граждан ЕС и Совета ЕС как представителя национальных правительств, несущих ответственность перед своими парламентами или непосредственно гражданами национальных государств. Поэтому «Суду ЕС не стоит низвергать результаты демократических дебатов» [Fabbrini F., 2014: 108] ни в Совете, ни в Европейском парламенте. На деле так и происходит. Суд ЕС считается с мнением, согласованным в ходе законодательного процесса ЕС между тремя политическими институтами ЕС — Комиссией ЕС, Советом ЕС и Европейским парламентом.

Определенно, в системе, базирующейся на правовых и демократических ценностях, нельзя пренебрегать правом судебного органа указывать на ошибки законодателя в соблюдении им правил и процедур при реализации своих регулирующих прерогатив, но при этом, как показывает практика ЕС, судебный контроль — это не единственный путь, посредством которого может гарантироваться соблюдение правил и процедур в процессе принятия политическими институтами политических решений. Сам законодательный процесс ЕС, который отличается многополярностью и трудностью согласования позиций его участников, дает наиболее действенные средства контроля реализации законодательной компетенции ЕС в соответствии с принципом субсидиарности. Необходимость в принятии законодательного акта ЕС, его пригодность для достижения поставленной цели регулирования «могут быть гораздо адекватнее оценены во взаимодействии различных институтов ЕС» [Fabbrini F., Granat K., 2013: 123], нежели единолично Судом ЕС, что вполне отвечает динамическому характеру принципа субсидиарности.

3. О политическом контроле соблюдения принципа субсидиарности

Сегодня в законодательном процессе ЕС одним из средств разноуровневого и межинституционального взаимодействия его участников выступает учрежденный Лиссабонским договором Механизм, в рамках которого его инициаторы — национальные парламенты — мотивируют свои позиции о соблюдении принципа субсидиарности и остаются открытыми для убеждения друг друга.

Механизм по его природе не нацелен на повышение эффективности применения субсидиарности как правового принципа. Напротив, его первоочередная цель состоит в «урегулировании [политических] разногласий по поводу корректного применения принципа субсидиарности через продвинутый межинституциональный диалог» [Horsley T., 2012: 269], способствуя, тем самым, внесению плюрализма в законодательный процесс Союза. Проще говоря, Механизм работает только через диалог национальных парламентов как между собой, так и с институтами ЕС, реализующими его законодательные прерогативы.

В зависимости от количества заключений о нарушении принципа субсидиарности (мотивированные заключения), направляемых национальными парламентами в отношении проекта законодательного акта ЕС в адрес института ЕС, его подготовившего (как правило, это Комиссия ЕС), предусматривается применение в рамках Механизма двух процедур — процедуры «желтой карты» и процедуры «оранжевой карты» (ст. 7 Протокола). За период после вступления в силу Лиссабонского договора национальными парламентами было инициировано три «желтые карты»: в мае 2012 г. — в отношении проекта регламента об осуществлении права на принятие коллективных действий в контексте свободы учреждения и свободы оказания услуг¹⁰ (проект Монти II); в октябре 2013 г. — в отношении проекта регламента об учреждении Европейской прокуратуры¹¹; в мае 2016 г. — в отношении поправок в директиву о перемещенных работниках¹². По результатам их возбуждения был отозван один законопроект — проект Монти II. На подавляющее большинство законопроектов ЕС мотивированные заключения национальными парламентами не направляются.

В рамках Механизма национальные парламенты оказались неэффективны в диалоге с Комиссией ЕС. «Переориентировать усилия национальных парламентов с контроля их национальных правительств на контроль в отношении европейского законодателя» [Jans T., Piedrafita S., 2009] пока что не удалось. Национальным парламентам так и не удалось ни разу добиться от Комиссии ЕС признания обоснованными заявленных в мотивированных заключениях возражений по поводу нарушения принципа субсидиарности

¹⁰ European Commission. Proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services. COM (2012) 130 final. 21 March 2012.

¹¹ European Commission. Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office. COM (2013) 534 final. 17 July 2013.

¹² European Commission. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. COM (2016) 128 final. 8 March 2016.

(субсидиарных возражений). В случае возбуждения первой «желтой карты» Комиссия ЕС решила отозвать законопроект, но не в связи с субсидиарными возражениями национальных парламентов, а ввиду политического несогласия в Совете ЕС. В случае возбуждения второй «желтой карты» Комиссия ЕС решила оставить законопроект без изменений, посчитав его соответствующим принципу субсидиарности. В случае возбуждения третьей «желтой карты» Комиссия ЕС также заключила, что законопроект не нарушает принципа субсидиарности, в связи с чем его «отзыв или изменение не требуются»¹³. Общей чертой, имевшей место во всех трех случаях, является оборонительный характер позиции, занимаемой Комиссией ЕС по отношению к национальным парламентам, вернее, к их субсидиарным возражениям. Комиссия ЕС не признала нарушения принципа субсидиарности ни в одном из подготовленных ею законопроектных актов. Более того, в отношении проекта Монти II национальные парламенты согласились с отсутствием нарушения принципа субсидиарности, что дало повод для обвинения их экспертным сообществом в «недобровольном» [Fabbrini F., Granat K., 2013: 143] или, мягче говоря, «креативном» [Bartl M., 2015: 24] использовании «желтой карты» для целей иных, нежели контроль над соблюдением принципа субсидиарности.

Правда в том, что в законопроектах, подготавливаемых Комиссией ЕС, невозможно (или очень трудно) обнаружить нарушения принципа субсидиарности по той простой причине, что, как правило, такие законопроекты (будучи подготовленными институтом ЕС) априори выпадают из законодательной компетенции национальных парламентов, поскольку сопряжены с регулированием трансграничных вопросов (которые присутствовали в предметах регулирования всех трех законопроектных актов, оспоренных национальными парламентами посредством «желтых карт»). Кроме того, Комиссия ЕС отлично интегрировала методы и средства экспертной оценки соблюдения принципа субсидиарности в свою законопроектную деятельность, начиная с консультаций и заканчивая подготовкой докладов, содержащих оценки регулирующего воздействия подготавливаемых законопроектных актов, в том числе с точки зрения соблюдения в них принципа субсидиарности. Поэтому понятна оборонительная позиция Комиссии ЕС в отношении разрабатываемых ею законопроектных актов, с одной стороны, и желание национальных парламентов, не найдя «реальных» нарушений принципа субсидиарности привлечь к себе внимание, закрутив «вихрь обсуждений» по не понравившемуся им законопроектному акту, с другой.

¹³ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the National Parliaments on the Proposal for a Directive amending the Posting of Workers Directive, with regard to the Principle of Subsidiarity, in accordance with Protocol 2. COM (2016) 505 final. 20 July 2016.

4. «Сродни политическому спору»

Поскольку принцип субсидиарности оперирует в праве ЕС в качестве «двойственной, неопределенной нормы, преимущественно предлагающей стандарт политического поведения для легитимации законодательных действий ЕС» [Kersbergen K.V., Verbeek B., 2007: 224], то под «соусом» субсидиарности можно подать любые возражения в отношении не понравившегося (по каким-либо соображениям) законопроекта. Национальные парламенты именно так и поступают. В их мотивированных заключениях они чаще всего ссылаются на недостаточный характер обоснования законопроекта. Но этот аргумент не может расцениваться как нарушение принципа субсидиарности *stricto sensu*, поскольку, как отмечает Комиссия ЕС, «не имеет прямого отношения к правовому [материальному] определению принципа субсидиарности»¹⁴ и не объясняет, почему действия, предполагаемые к принятию на уровне ЕС, не будут соответствовать критерию лучшего достижения цели (т.е. не будут являться необходимыми). В мотивированных заключениях национальные парламенты обычно дают политическую, а не правовую оценку оспариваемого законопроекта ЕС, формулируя возражения, прямо не связанные с субсидиарностью, но касающиеся содержания законопроекта.

Национальные парламенты гораздо более заинтересованы в политическом анализе законопроекта, не ограниченном нормами ст. 7 Протокола о роли национальных парламентов в ЕС, принятого вместе с Лиссабонским договором. В определенной мере такой «неограниченный» подход национальных парламентов к анализу законопроектов ЕС естественен для них как политических акторов, которым не присуще думать и действовать «в манере судебного органа» [Kiiver P., 2012: 76]. «Они [национальные парламенты] не в лучшей позиции, чтобы быть вовлеченными в проверку соблюдения принципа субсидиарности в строго правовых терминах» [Fasone C., 2013]. Они — политики, специализирующиеся на вопросах законодательства, которые, отвечая на вопрос о соблюдении принципа субсидиарности, «смотрят на своих избирателей» [Peters J., 2005: 71]. В известной мере поэтому Механизм задуман авторами европейской интеграции (точнее, несостоявшегося конституционного проекта¹⁵) как делиберативный, посредством которого национальные парламенты могут вести диалог с законотворческими институтами ЕС насчет обоснованности необходимости реализации неисключительных регулирующих прерогатив ЕС, но не принимать решение о необходимости

¹⁴ European Commission. Annual Report on Subsidiarity and Proportionality. COM (2013) 566 final. 30 July 2013. P. 7.

¹⁵ Речь идет о Договоре, устанавливающем Конституцию Европы, который был подписан 29.10. 2004 в Риме руководителями всех государств-членов ЕС, но так и не вступил в юридическую силу из-за срыва ратификационного процесса во Франции и Нидерландах.

их реализации¹⁶. По словам И. Купера, «он [Механизм] сродни политическому спору между Комиссией и национальными парламентами» [Cooper I., 2006: 302] по вопросу, «нужно ли ЕС законодательствовать» [Cooper I., 2017: 48] «с ожидаемым результатом сделать каждую сторону более респонсивной к аргументам другой стороны» [Terrinha L., 2017: 3].

Конечно же, посредством использования «оранжевой карты» национальные парламенты могут добиться снятия законопроекта с рассмотрения, и в этом смысле можно сказать, они наделены законотворческими (а не только делиберативными) полномочиями, однако реализовать их самостоятельно национальные парламенты все-таки не могут. Для этого им нужен консенсус с Советом ЕС или Европейским парламентом (ст. 7 Протокола). Поэтому в целом в рамках процедур «желтой» и «оранжевой» карт Механизма национальные парламенты могут только способствовать законодательному решению (если по согласованию с Комиссией ЕС, то в части изменения законопроекта; если по согласованию с Советом ЕС или Европейским парламентом, то в части снятия законопроекта с дальнейшего рассмотрения), но не принимать его.

Принятие решения по законопроекту ЕС — исключительная прерогатива законодателя ЕС, которую Лиссабонский договор ревностно бережет, равно как и право законодательной инициативы самой Комиссии ЕС. Субсидиарные возражения национальных парламентов не представляют «никакого риска для первоначального замысла [Комиссии ЕС]» [Jancic D., 2012: 81] по регулированию искомых отношений. Мотивированные заключения не обязательны для Комиссии ЕС. Комиссия обязана только отвечать в установленном порядке на выраженные в них субсидиарные возражения, но никак ими не связана. Никакие правовые санкции в отношении Комиссии ЕС, если она не принимает во внимание субсидиарные возражения национальных парламентов, Лиссабонским договором (вернее, Протоколом) не предусмотрены. Возможны только политические инструменты воздействия на Комиссию ЕС, которые и были продемонстрированы национальными парламентами при использовании первой «желтой карты» в 2012 г.

Однако Совет ЕС — не панацея в вопросе обеспечения соблюдения принципа субсидиарности в законодательном процессе ЕС, и его роль «приводного ремня» не всегда может сработать в нужном направлении. Существуют риски, что при активной роли Совета ЕС в Механизме законодательный процесс ЕС будет использоваться «в качестве футбольного поля для выяснения отношений между национальными парламентами и их [национальными] правительствами» [Sleath W., 2007: 563], и Механизм, таким образом,

¹⁶ Лиссабонский договор не дает национальным парламентам «красную карту», посредством которой национальные парламенты могли бы налагать вето на рассматриваемый законопроект ЕС.

превратится «во вредоносный и абсолютно неправомерный инструмент воспрепятствования законодательному процессу ЕС» [Fabbrini F., 2016: 283].

По своим учредительным целям и природе Механизм не является средством управления законодательным процессом ЕС, но призван легитимировать законотворчество ЕС, делая его более открытым и понятным гражданам ЕС по причинам и методам осуществления. Именно национальные парламенты как его главные «драйверы», политически ответственные перед избирателями, призваны Лиссабонским договором, по словам Т. Хорсли, добавить «ему [законодательному процессу ЕС] существенную политическую ценность» [Horsley T., 2012: 268]. При этом, очевидно, не посредством возбуждения процедур «желтой» и «оранжевой» карт, а через развитие политического диалога с институтами ЕС и, прежде всего, с Комиссией ЕС как главным «драйвером» законопроектной деятельности ЕС. Это идет дальше участия национальных парламентов в законодательном процессе ЕС в качестве «сторожевых псов» субсидиарности в рамках предписанных процедур Механизма, и предполагает их взаимодействие с Комиссией ЕС на ранних этапах законодательного процесса ЕС (когда соблюдение принципа субсидиарности может быть обеспечено лучше всего) в качестве партнеров, которые могли бы совместно развивать и совершенствовать законопроектную деятельность ЕС на благо лучшего регулирования интеграционных отношений.

Поэтому актуальны предложения о развитии политического диалога национальных парламентов с Комиссией ЕС посредством процедуры «зеленой карты», возбуждаемой определенным количеством национальных парламентов на этапе подготовки законопроекта Комиссией ЕС в форме вынесения на ее рассмотрение предложений по совершенствованию данного законопроекта с позиции соответствия его принципу субсидиарности. По оценкам специалистов, именно в рамках «зеленой карты» участие национальных парламентов в законодательном процессе ЕС имело бы больше шансов быть результативным (в плане учета их субсидиарных возражений), поскольку законопроект мог бы быть изменен Комиссией ЕС ранее его вынесения на рассмотрение законодателя ЕС. Это не ставило бы под угрозу самостоятельность Комиссии в реализации ее права законодательной инициативы, а значит, и ее политическое влияние в законодательном процессе ЕС [Fasone C., Fromage D., 2016: 294].

Заключение. Субсидиарность как «состояние ума»

Оценивая перипетии практического применения принципа субсидиарности в ЕС, важно понимать, что несмотря на его правовое содержание, последовательно закрепляемое и развиваемое в учредительных актах ЕС, принцип субсидиарности применяется в ЕС в качестве «политического принципа

на законодательной арене» [Louis J.-V., 2008: 429], «структурирующего политическую риторику» [Constantin S., 2008: 171] (в свете ограничения наднационального регулирования), нежели в качестве действенного правового ограничителя реализации компетенции ЕС по вопросам, не отнесенным к его исключительному ведению. Ни Суд ЕС как правовой институт, ни национальные парламенты как политические институты не могут быть позиционированы в качестве субъектов, «результативно» обеспечивающих применение принципа субсидиарности в ЕС. Пока еще ни один законодательный акт ЕС не был отменен Судом в связи с нарушением принципа субсидиарности, равно как ни один законопроект не был отозван или изменен подготовившим его институтом Союза в связи с субсидиарными возражениями, выдвинутыми национальными парламентами.

Однако оценка эффективности принципа субсидиарности связана не с количественной результативностью его применения в рамках процедур судебного и политического контроля (Судом ЕС и национальными парламентами соответственно), а с «качественным воздействием на законодательство ЕС в конечном итоге» [Cooper I., 2017: 36].

Действительно, принцип субсидиарности технически сложен для практического применения и потому его невозможно «загнать» в какие-либо даже самые тщательно продуманные и четко прописанные процедурные рамки. Особенно уместно высказывание Комиссии ЕС: «субсидиарность не может быть сведена к набору процедурных правил — субсидиарность представляет собой состояние ума»¹⁷. Перипетии применения принципа субсидиарности не оказывают нивелирующего воздействия на востребованность данного принципа для целей совершенствования законодательства ЕС. Сам факт публичного межинституционального и межуровневого обсуждения необходимости принятия проекта законодательного акта ЕС заставляет институты ЕС по-иному относиться к реализации регулирующих прерогатив ЕС, тщательнее продумывая их обоснование, что в конечном итоге делает законодательство более совершенным в части соответствия принципу субсидиарности.

Принцип субсидиарности изменил законодательную культуру ЕС. После вступления в силу Маастрихтского договора, ЕС стал законодательствовать гораздо в меньшем объеме и в менее интрузивной форме. Содержание законодательных актов ЕС стало носить гораздо менее предписывающий характер, а их количество значительно сократилось. Если до Лиссабонского договора усилия к упрощению системы законодательства ЕС были связаны в основном с мерами по сдерживанию законодательной активности ЕС внутри его институциональной системы, то с 2009 г. к этому привлечены националь-

¹⁷ Commission Report to the European Council on the Adaption of Community Legislation to the Subsidiarity Principle. COM (93). 545 final. 24 November 1993. P. 2.

ные парламенты как внешние (по отношению к институциональной системе ЕС) акторы, субъекты, заинтересованные в достижении результата — максимальном сохранении национального регулирующего пространства. Хотя предоставленный им Механизм не имеет «зубов» и для достижения законодательного результата национальным парламентам необходимо действовать в консенсусе не только между собой, но прежде всего с соответствующим институтом ЕС, все же для европейского законодателя Механизм выступает стимулом «подумать дважды» [Peters J., 2005: 68], прежде чем использовать свои регулирующие прерогативы, тогда как национальным законодателям дает возможность сказать «свое слово» в законодательном процессе ЕС. В любом случае Механизм ценен хотя бы в той части, что, как пишет профессор Л.М. Энтин, «формально все более усложняемые процедуры должны способствовать демократизации ЕС» [Энтин Л.М., 2010: 113], а уж насколько, достоверно ответить сможет только практика.



Библиография

- Энтин Л.М. Лиссабонский договор и реформа Европейского союза // Журнал российского права. 2010. № 3. С. 104–113.
- Bartl M. The way we do Europe: subsidiarity and the substantive democratic deficit. *European Law Journal*, 2015, no 1, pp. 65–96.
- Burca de G. The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor. *Journal Common Market Studies*, 1998, vol. 36, pp. 225–234.
- Cass D. The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community. *Common Market Law Review*, 1992, no 6, pp. 1107–1136.
- Constantin S. Rethinking subsidiarity and the balance of powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and beyond. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2008, no 4, pp. 151–177.
- Cooper I. The watchdogs of subsidiarity: national parliaments and the logic of arguing in the EU. *Journal Common Market Studies*, 2006, no 2, pp. 281–304.
- Cooper I. Subsidiarity and autonomy in the European Union / Pauly L. and Coleman W., eds. *Global ordering: institutions and autonomy in a changing world*. Vancouver: University of British Columbia Press, 2008, pp. 234–254.
- Cooper I. Is the Early Warning Mechanism a legal or a political procedure? Three questions and a typology / Cornell A. and Goldoni M., eds. *National and regional parliaments in the EU-legislative procedure post-Lisbon*. London: Hart, 2017, pp. 36–48.
- Craig P. Subsidiarity: a political and legal analysis. *Journal Common Market Studies*, 2012, no 1, pp. 72–87.
- Davies G. Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time. *Common Market Law Review*, 2006, no 1, pp. 63–84.
- Delehanty M. Subsidiarity and Seanad Eireann. *Trinity College Law Review*, 2010, vol. 13, pp. 137–149.

Delcamp A. Principe de subsidiarité et decentralization. *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, vol. 23, pp. 578–609.

Estella A. *The EU principle of subsidiarity and its critique*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 177 p.

Fabbrini F., Granat K. “Yellow card, but no foul”: the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for EU regulation on the right to strike. *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 115–143.

Fabbrini F. The Euro-crisis and the courts: judicial review and the political process in comparative perspective. *Berkeley Journal of International Law*, 2014, vol. 31, pp. 64–123.

Fabbrini F. The principle of subsidiarity / Tridimas T., Schütze R., eds. *Oxford principles of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 13–23.

Fasone C., Fromage D. From veto players to agenda-setters? National parliaments and their «green card» to the European Commission. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, no 2, pp. 294–316.

Golub J. Sovereignty and subsidiarity in EU environmental policy. *Political Studies*, 1996, no 4, pp. 686–703.

Horsley T. Subsidiarity and the European Court of Justice: missing pieces in the subsidiarity jigsaw? *Journal Common Market Studies*, 2012, no 2, pp. 267–282.

Jancic D. The Barroso initiative: window dressing or democracy boost? *Utrecht Law Review*, 2012, no 1, p. 78–91.

Jans T., Piedrafita S. The role of national parliaments in European decision-making. Available at: http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20090709111616_Art3_Eipascoop2009_01.pdf (дата обращения: 13.08.2016)

Kersbergen K., Verbeek B. (2007) The politics of international norms: subsidiarity and the imperfect competence regime of the European Union. *European Journal of International Relations*, 2007, no 2, pp. 217–238.

Kiiver P. *The Early-Warning System for the principle of subsidiarity: constitutional theory and empirical reality*. Abingdon: Routledge, 2012, 76 p.

Korhonen K. Guardians of subsidiarity — national parliaments strive to control EU decision-making. *FIIA Briefing Paper 84*. Finland, 2011, 7 p.

Kumm M. Constitutionalising subsidiarity in integrated markets: the case of tobacco regulation in the European Union. *European Law Review*, 2006, no 4, p. 503–533.

Lenaerts K. The principle of subsidiarity and the environment in the European Union: keeping the balance of federalism. *Fordham International Law Journal*, 1993, no 4, pp. 813–864.

Lenaerts K., Nuffel P. *European Union Law*. London: Sweet and Maxwell, 2011, 134 p.

Lindseth P. Equilibrium, demoi-cracy, and delegation in the crisis of European Integration. *German Law Journal*, 2014, no 4, p. 529–567.

Louis J.-V. National parliaments and the principle of subsidiarity: legal options and practical limits. *European Constitutional Law Review*, 2008, no 3, pp. 429–452.

Peters J. National parliaments and subsidiarity: think twice. *European Constitutional Law Review*, 2005, vol. 1, pp. 68–71.

Schütze R. *From dual to cooperative federalism: the changing structure of European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2009, 278 p.

Sleath W. The role of national parliaments in European affairs / Amato G. et al., eds. *Genèse et destinée de la Constitution européenne — genesis and destiny of the European Constitution*. Brussels: Bruylant, 2007, 563 p.

Terrinha L. The legisprudential role of national parliaments in the European Union: Briefing. Brussels: European Parliament, 2017, 11 p.

Toth A. The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty. *Common Market Law Review*, 1992, no 6, p. 1079–1105.

Toth A. A legal analysis of subsidiarity / O’Keeffe D. and Twomey P., eds. *Legal issues of the Maastricht Treaty*. London: Chancery, 1994, 48 p.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Twists and Turns in Implementation of Subsidiarity in the European Union



Oksana Pimenova

Department of Interaction with the Federal State bodies of the Federation Council Apparatus, Federal Assembly of the Russian Federation, PhD. Address: 26 Bolshaya Dmitrovka Str., Moscow 103426, Russia. E-mail: oxana_krasnova@mail.ru



Abstract

The author of the article considers two facets of practical implementation of the subsidiarity principle in the EU — legal and political. Talking about the first facet, the author reveals the tendencies in quality development (modification) of assessment of compliance with the subsidiarity principle in EU legislative acts given in decisions of the European Court of Justice. Turning to the second facet, the author analyzes the role of national parliaments of the EU member states in the process of ensuring respect for the subsidiarity principle in the EU legislative process. The author also makes it clear that the principle of subsidiarity is implemented under EU law not just through its routine application by various institutions but as a result of their consistent interaction. The inter-institutional dimension of the practical implementation of the subsidiarity principle is most relevant to the dynamism and blended political and legal nature of this principle. The author stresses that national parliaments may get a wider recognition of their subsidiarity concerns by the EU legislative institutions not through triggering “yellow” and “orange” cards procedures applied in regards to draft legislation already issued by the relevant EU institutions but rather via developing a political dialogue with the EU institutions at early stages of the EU legislative process when it is possible to take care of the subsidiarity principle without diminishing the political influence of the EU legislative institutions. For example, national parliaments may gain political weight in the European law making through encouraging the Commission to leverage the so-called “green card” procedure. Complemented by the “yellow” and “orange” card provisions, it forms a three-element subsidiarity review mechanism perfectly capable of dealing with subsidiarity concerns of national parliaments at various stages of the EU law-making process, thus transforming the chambers from wardens into partners working together with the Commission to reshape EU legislative proposals for the sake of better regulation.



Keywords

European Union; subsidiarity principle; judicial control; national parliaments; inter-institutional dialogue; subsidiarity control mechanism; «green card».

For citation: Pimenova O.I. (2019) Twists and Turns in Implementation of Subsidiarity in the European Union. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 144–163 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.144.163



References

- Bartl M. (2015) The way we do Europe: subsidiarity and the substantive democratic deficit. *European Law Journal*, no 1, pp. 65–96.
- Burca de G. (1998) The principle of subsidiarity and the Court of Justice as an institutional actor. *Journal Common Market Studies*, vol. 36, pp. 225–234.
- Cass D. (1992) The word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community. *Common Market Law Review*, no 6, pp. 1107–1136.
- Constantin S. (2008) Rethinking subsidiarity and the balance of powers in the EU in light of the Lisbon Treaty and beyond. *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, no 4, pp. 151–177.
- Cooper I. (2006) The watchdogs of subsidiarity: national parliaments and the logic of arguing in the EU. *Journal Common Market Studies*, no 2, pp. 281–304.
- Cooper I. (2008) Subsidiarity and autonomy in the European Union. Pauly L. and Coleman W., eds. *Global ordering: institutions and autonomy in a changing world*. Vancouver: University of British Columbia Press, pp. 234–254.
- Cooper I. (2017) Is the early warning mechanism a legal or a political procedure? Three questions and a typology. Cornell A. and Goldoni M., eds. *National and regional parliaments in the EU-legislative procedure post-Lisbon*. London: Hart, pp. 36–48.
- Craig P. (2012) Subsidiarity: a political and legal analysis. *Journal Common Market Studies*, no 1, pp. 72–87.
- Davies G. (2006) Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time. *Common Market Law Review*, no 1, pp. 63–84.
- Delehanty M. (2010) Subsidiarity and Seanad Eireann. *Trinity College Law Review*, vol. 13, pp. 137–149.
- Delcamp A. (1993) Principe de subsidiarité et decentralization. *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 23, pp. 578–609.
- Entin L.M. (2010) The Lisbon treaty and reform of European Union. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 104–113 (in Russian)
- Estella A. (2002) *The EU principle of subsidiarity and its critique*. Oxford: Oxford University Press, 177 p.
- Fabbrini F., Granat K. (2013) “Yellow card, but no foul”: the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the Commission proposal for EU regulation on the right to strike. *Common Market Law Review*, vol. 50, pp. 115–143.
- Fabbrini F. (2014) The Euro-crisis and the courts: judicial review and the political process in comparative perspective. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, pp. 64–123.
- Fabbrini F. (2016) The principle of subsidiarity. Tridimas T., Schütze R., eds. *Oxford principles of EU Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 13–23.
- Fasone C., Fromage D. (2016) From veto players to agenda-setters? National parliaments and their «green card» to the European Commission. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, no 2, pp. 294–316.

- Golub J. (1996) Sovereignty and subsidiarity in EU environmental policy. *Political Studies*, no 4, pp. 686–703.
- Horsley T. (2012) Subsidiarity and the European Court of Justice: missing pieces in the subsidiarity jigsaw? *Journal Common Market Studies*, no 2, pp. 267–282.
- Jancic D. (2012) The Barroso initiative: window dressing or democracy boost? *Utrecht Law Review*, no 1, pp. 78–91.
- Jans T., Piedrafitra S. (2009) The role of national parliaments in European decision-making. Available at: http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20090709111616_Art3_Eipascoop2009_01.pdf (accessed: 13.08.2016)
- Kersbergen K., Verbeek B. (2007) The politics of international norms: subsidiarity and the imperfect competence regime of the European Union. *European Journal of International Relations*, no 2, pp. 217–238.
- Kiiver P. (2012) *The early-warning system for the principle of subsidiarity: constitutional theory and empirical reality*. Abingdon: Routledge, 76 p.
- Korhonen K. (2011) Guardians of subsidiarity — national parliaments strive to control EU decision-making. *FIIA Briefing Paper 84*, 7 p.
- Kumm M. (2006) Constitutionalising subsidiarity in integrated markets: case of tobacco regulation in the European Union. *European Law Review*, no 4, pp. 503–533.
- Lenaerts K. (1993) The principle of subsidiarity and the environment in the European Union: keeping the balance of federalism. *Fordham International Law Journal*, no 4, pp. 813–864.
- Lenaerts K., Nuffel P. (2011) *European Union Law*. London: Sweet and Maxwell, 134 p.
- Lindseth P. (2014) Equilibrium, democracy, and delegation in the crisis of European Integration. *German Law Journal*, no 4, pp. 529–567.
- Louis J.-V. (2008) National parliaments and the principle of subsidiarity: legal options and practical limits. *European Constitutional Law Review*, no 3, pp. 429–452.
- Peters J. (2005) National parliaments and subsidiarity: think twice. *European Constitutional Law Review*, vol. 1, pp. 68–71.
- Schütze R. (2009) *From dual to cooperative federalism: changing structure of European law*. Oxford: Oxford University Press, 278 p.
- Sleath W. (2007) The role of national parliaments in European affairs. Amato G. et al., eds. *Genèse et destinée de la Constitution européenne — genesis and destiny of the European Constitution*. Brussels: Bruylant, 563 p.
- Terrinha L. (2017) *The jurisprudential role of national parliaments in the European Union*. Brussels: European Parliament, 11 p.
- Toth A. (1992) The principle of subsidiarity in the Maastricht Treaty. *Common Market Law Review*, no 6, pp. 1079–1105.
- Toth A. (1994) A legal analysis of subsidiarity. O’Keeffe D. and Twomey P., eds. *Legal issues of the Maastricht Treaty*. London: Chancery, 48 p.

Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы

 **Э.В. Талапина**

главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: talapina@mail.ru

Аннотация

В статье анализируется законодательное регулирование процесса цифровизации во Франции и его доктринальная оценка. Цель исследования — выявление основных характеристик этого процесса для сравнения со сходными процессами в России, что автор делает при помощи нормативно-правового и сравнительно-правового методов. Современный этап внедрения цифровых технологий во Франции связан с экономикой платформ и уберизацией, оказывающими влияние на правовое положение граждан и их отношения с администрацией. Активное развитие законодательства, посвященного цифровому государству, связано, во-первых, с урегулированием оборота данных. Закреплен принцип открытости по умолчанию, затрагивающий публичные данные (создаваемые органами власти) и данные всеобщего интереса (сведения об административных контрактах, субвенциях). Органы власти обязаны публиковать эти данные онлайн в формате открытых данных. Во-вторых, цифровое государство занято регулированием защиты прав в цифровом обществе, основой которого является нейтральность интернета. Усилению защиты прав потребителей способствуют портабельность данных и лояльность платформ и информации, которые обязаны обеспечить поставщики интернет-услуг. Европейский регламент о защите персональных данных имплементирован во французское законодательство посредством ряда норм, в том числе уточняющих порядок защиты прав обладателей персональных данных. В-третьих, дифференцирован доступ к цифровым технологиям. Французское законодательство не только обогатилось правом на Интернет, но и обеспечило это право обязательствами государства, введя государственную финансовую помощь на оплату интернет-услуг по аналогии с коммунальными услугами. Основным выводом исследования состоит в комплексности реформирования законодательства в целях быстрого внедрения цифровых технологий. В сравнительно-правовом ключе обнаружилось полезные России ориентиры, например, относительно защиты персональных данных. Одновременно исследование показало, что есть сферы, в которых Россия продвинулась вперед (цифровизация государственных услуг, например).

Ключевые слова

цифровизация, персональные данные, администрация, Интернет, данные, цифровой суверенитет, транспарентность

Для цитирования: Талапина Э.В. Цифровая трансформация во Франции: правовые новеллы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 164–184.

Введение

Вряд ли будет преувеличением сказать, что универсальность цифровых технологий подчинила своей логике весь мир. Все страны теперь заняты их освоением, поисками новых решений во всевозможных сферах. Цифровизация стала вызовом праву, которое должно адаптироваться к реальности. Рассмотрим, как происходит данный процесс во Франции, которая претендует на ведущие позиции в Евросоюзе в данной сфере.

Согласно обобщенному подходу, цифровизация основана на трех китах. Первый — технологический (большие данные, искусственный интеллект, Интернет вещей). Второй — экономический, связанный с появлением новых акторов (GAFA — Google, Amazon, Facebook, Apple), которые навязывают новые способы предпринимательства. Третий — социальный, предусматривающий новые коллективные действия (совместное потребление, но также и новые формы регулирования и управления) [Bourreau M., Rénard T., 2016: 11–12]. Праву здесь не отводится самостоятельной роли, кроме необходимости поиска новых форм регулирования, хотя без его участия трудно предположить развитие всех трех направлений.

Во Франции наблюдались различные этапы освоения новых технологий — от «информационного общества» и «электронной администрации» до «открытой администрации» и «цифрового государства». Названия отражают общемировую эволюцию, которую каждая страна воспринимает с той или иной долей своеобразия. Современный этап нередко связывают с уберизацией (от английского глагола «уберизовать», произошедшего от названия платформенного стартапа «Убер» в области таксоперевозок) — трансформацией сектора деятельности при помощи инновационной экономической модели, основанной на цифровых технологиях [Conseil d'État, 2017: 30]. Появление платформ не всегда воспринимается французским обществом восторженно. Так, против плана сделать водительские права доступнее посредством подчинения автошкол специализированной общегосударственной службе (вместо подконтрольности на уровне департаментов) и создания платформы, облегчающей сравнение тарифов и запись на экзамены в электронной форме, активно выступают профсоюзы работников автошкол¹. Так или иначе в литературе констатируется прогрессирующее формирование норм права, направленных на специальное регулирование платформ [Zolynsky C., 2017: 24–25].

¹ Available at: https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/02/11/permis-de-conduire-les-auto-ecoles-se-mobilisent-lundi-contre-l-uberisation-de-leur-profession_5421915_3224.html#xtor=AL-32280270 (дата обращения: 31.03.2019)

Важной вехой в правовом регулировании цифровизации стал принятие Закон № 2016-1321 от 7.10.2016 о цифровой республике (государстве)² (далее — Закон; Закон о цифровой республике). Поскольку текст Закона представляет собой солидный перечень статей нормативных актов, в которые вносятся изменения (либо они дополняются или отменяются), понимание логики этих изменений позволяет воссоздать общую картину масштабно-сти и содержания цифровой трансформации. Закон предусмотрел три магистральных направления «цифрового государства»: оборот данных и знаний, защиту прав в цифровом обществе и доступ к цифровым технологиям. Останемся на них подробнее.

1. Оборот данных и знаний

Транспарентность, открытость является основным ориентиром современного государственного управления. Если первоначально каждое государство строило собственную открытость, то теперь многие из них объединились под эгидой международного партнерства «Открытое правительство». Франция по разным причинам (главная из которых — американское происхождение процесса в интересах англосаксонского мира [Жиль У., 2013: 46]) колебалась, но присоединилась к этому партнерству в 2014 году. Напомним, что следование принципам открытого правительства предполагает развитие четырех основных компонентов. Это: бюджетная прозрачность, доступ к публичной информации, раскрытие информации об имуществе должностных лиц и вовлеченность (участие) граждан.

Закон о цифровой республике в немалой степени посвящен реализации этих направлений. Проблема доступа к информации давно получила научный и нормативный отзыв, но ее разрешение не может не зависеть от уровня развития технологий. И в цифровую эпоху даже наработанные ранее достижения будут пересматриваться. Принцип транспарентности побуждает открывать публичные данные, изменяя право на доступ к информации [Auby J.-В., 2018: 838]. В то же время нельзя не отметить взвешенный подход французов к транспарентности; считается, что парадоксальным образом чрезмерная транспарентность может привести к игнорированию гражданами публичных данных, делая их участие в управлении ненужным. Именно поэтому важной составляющей транспарентности является цель открытия данных (подотчетность и подконтрольность власти) [Bouhadana I., 2015: 12].

² LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. Здесь и далее все ссылки на нормативные правовые акты и судебную практику Франции приводятся по данным официального сайта правовой информации Лежифранс. Available at: URL: <https://www.legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 31.03.2019)

Будучи страной консервативной и бюрократизированной, Франция всегда трепетно относилась к административным документам, порядку их выдачи, режимам секретности и т.п. Но она скрупулезно регулировала эти вопросы, одной из первых разработав законодательство в области автоматизированной обработки и обращения информации. Однако в цифровых условиях этого недостаточно. Теперь Закон провозгласил открытость доступа к публичным данным по умолчанию. Собственно, по этому пути движутся многие страны, в том числе и Россия. В связи с этим подчеркнем отличительные французские черты открытости по умолчанию (англ. «openness by default» трансформировалось во французском языке в «open data par défaut»). Первая — в процессы обмена публичными данными вовлечены не только органы публичной власти, но и так называемые публичные учреждения, которые органами власти не являются. Вторая — с 1.01.2017 обмен публичной информацией между органами исполнительной власти (как между собой, так и с публичными учреждениями) не может осуществляться на возмездных началах.

Разумеется, эти фразы ничего бы не стоили, если бы не конечные адресаты нововведений — граждане, которые обрели новые права, получив в 2015 году новый кодифицированный акт — Кодекс отношений граждан с администрацией (Code des relations entre le public et l'administration). Именно в этот Кодекс Законом было внесено немало изменений, связанных с доступом к информации. В частности, здесь дается определение административного документа: он должен быть создан или получен государством, административно-территориальным образованием, другими лицами публичного или частного права в рамках выполнения миссии публичных услуг (ст. L300-2). К административным документам относятся досье, доклады, отчеты, инструкции, протоколы, статистика, заключения и пр. Согласно изменениям, к таким уже известным французскому законодательству формам доступа к административным документам (заметим, что по-прежнему используется понятие доступа), как консультация на месте, получение копии, отправление электронного документа, добавилась еще одна — размещение информации онлайн в формате открытых данных.

Информация, содержащаяся в опубликованных таким образом документах, может быть использована любым лицом (если на нее не распространяются права интеллектуальной собственности). Такое повторное использование данных презюмируется бесплатным (при том, что органы власти могут при известных условиях установить плату, не превышающую расходов на создание и опубликование данных). А вот повторное использование статистических данных не может быть платным ни при каких обстоятельствах. Условия использования данных должны быть зафиксированы в публикуемой органами власти лицензии, перечень которых утверждается государ-

ством. По Декрету от 27.04.2017³ для бесплатного использования публичной информации применяются открытая лицензия и Open Database License. Заметим, что принцип бесплатности не препятствует поиску инновационных моделей предоставления публичных данных, в том числе посредством публично-частного сотрудничества [Abboub S., Coquel E., 2018: 38]. Это необходимо для того, чтобы государство поставляло качественные данные [Gilles W., 2016: 21].

Законодательство не содержит точного и полного перечня открытой информации. Принцип открытости по умолчанию подразумевает, что регулировать нужно только изъятия из этого принципа. Тем не менее некоторые ключевые элементы регулирования открытых данных в законодательстве имеются.

Статья L312-1-1 Кодекса отношений граждан с администрацией устанавливает, что органы власти публикуют онлайн административные документы, имеющие экономический, социальный, санитарный или экологический интерес. Данное обязательство не касается административно-территориальных образований с населением менее 3 500 жителей. Декрет от 28. 12. 2016⁴ уточняет, что обязательство должны выполнять органы власти, в которых численность персонала превышает 50 человек. Однако на деле только порядка 180 административно-территориальных образований (преимущественно крупных), по данным на конец 2017 года, реализовали принцип открытости данных (т.е. Декрет не выполняется по срокам) [Delaunay B., Idoux P., Saunier S., 2018: 30].

Декрет от 14.03.2017⁵, принятый в целях реализации Закона, предусматривает опубликование онлайн таких справочных данных, как перечень коммерческих предприятий; национальный перечень ассоциаций; компьютеризированный кадастровый план; национальная база административно-территориального устройства; каталог профессий и должностей; официальная географическая кодификация.

Важно назвать и Декрет от 10.12.2018⁶, уточняющий, что некоторые данные при их открытии не подчинены правилу анонимизации. Так, не могут быть анонимными документы об организации органов власти, перечни регламентируемых профессий (адвокаты, нотариусы), перечни организаций спортивной, туристской деятельности.

³ Décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 relatif aux licences de réutilisation à titre gratuit des informations publiques et aux modalités de leur homologation.

⁴ Décret n° 2016-1922 du 28 décembre 2016 relatif à la publication en ligne des documents administratifs.

⁵ Décret n° 2017-331 du 14 mars 2017 relatif au service public de mise à disposition des données de référence.

⁶ Décret n° 2018-1117 du 10 décembre 2018 relatif aux catégories de documents administratifs pouvant être rendus publics sans faire l'objet d'un processus d'anonymisation.

Разумеется, в любом государстве есть данные, которые не могут быть подчинены режиму открытости. Статья L311-5 Кодекса отношений граждан с администрацией относит к таким данные, связанные с профессиональной тайной (например, некоторые документы Высшего органа по транспарентности публичной деятельности, Счетной палаты, Государственного совета, предварительные документы по аккредитации учреждений здравоохранения), другие административные документы, раскрытие которых нанесло бы ущерб интересам национальной обороны, внешней политики, общественной безопасности, предупреждению правонарушений и других защищенных государством тайн.

Анализируя французское законодательство, необходимо помнить о двух важных моментах. Во-первых, в стране существует объемный административный аппарат, в который включаются и независимые органы административной власти, имеющие право давать обязательные заключения, в том числе общего характера (в случае с цифровыми технологиями речь идет преимущественно о Национальной комиссии по информатике и свободам, Органе регулирования электронных и почтовых коммуникаций, Комиссии по доступу к административным документам). Во-вторых, роль административных судов в интерпретации и создании норм, в частности, Госсовета Франции, очень высока.

Перечисленные институции играют значительную роль и при установлении границ открытости данных. В связи с этим уместно упомянуть о решении Госсовета от 8.02.2017 № 398806, касающемся использования реестров гражданского состояния коммерческими обществами. Госсовет, в частности, указал, что департаментские архивные службы не могут запрещать такое использование (а оно было запрещено в одном из департаментов со ссылкой на права интеллектуальной собственности). Права интеллектуальной собственности органов власти не могут препятствовать использованию данных, если только таковые не созданы в целях коммерческой деятельности, подчиненной конкуренции. Как видим, публичный интерес в данной ситуации превалирует. Другим решением Госсовета от 10.03.2010 № 303814 установлено, что административно-территориальные образования не обязаны передавать в полном объеме документы индивидуального характера, касающиеся государственных служащих, равно как и документы об их премиях.

В заключении Комиссии по доступу к административным документам от 17.11.2016 № 20163827 указано, что индивидуальные разрешения в области строительства должны быть доступны публичному ознакомлению (при условии анонимизации содержащихся в них персональных данных). Другое ее заключение — от 15.12.2016 № 20163729 содержит положительную оценку того факта, что часть базы налоговых нарушений станет доступной (также при условии соблюдения принципа защиты персональных данных).

Таким образом, границы открытости данных выстраиваются по линиям защиты всевозможных защищаемых тайн, интересов государства, персональных данных, прав интеллектуальной собственности. Конкретику дает правоприменительная практика, которая требует учета контекста.

Но в оборот данных вовлечены не только публичные данные. Другая составная часть оборота — данные всеобщего интереса (*données d'intérêt général*), которые тоже должны быть открытыми. Например, отдельно регулируется прозрачность данных о предоставленных государством субвенциях. Декрет от 5.05.2017⁷ предусматривает, что органы власти размещают в формате открытых данных информацию о соглашениях по поводу субвенций, включая данные об органе власти, дату соглашения; наименование получателя субсидии (включая его номер в реестре предприятий); объект субсидии, размер, даты или период перечисления.

Аналогичная логика прозрачности использована в отношении административных договоров. Постановление министра экономики от 14.04.2017⁸ подробно фиксирует сведения, публикуемые в формате открытых данных, о государственных закупках (дата контракта, наименование покупателя, исполнителя, срок, цена и пр.) и договорах концессии (дата, срок, стороны, предмет, место исполнения, общая стоимость, данные об изменениях контракта, включая цель изменения). Применительно к концессиям также ежегодно публикуются сведения об инвестиционных расходах концессионера, размерах основных тарифов для пользователей. Концессионер в свою очередь должен создавать и поддерживать электронный формат данных, полученных при исполнении договора концессии, которые органы власти могут свободно получать и использовать.

Размещенные данные остаются доступными в течение пяти лет после истечения срока контракта (или его расторжения). Заметим, что в отношении государственных закупок линия на цифровизацию стала генеральной — в соответствии с Декретом от 25.03.2016⁹ все контракты закупок на сумму 25 000 евро и более должны заключаться с 1.10.2018 электронным путем с использованием электронной подписи.

К данным, имеющим всеобщий интерес, отнесены также судебные решения, которые должны быть публично доступны, при условии уважения частной жизни заинтересованных лиц. Публичному размещению судебных актов предшествует анализ риска реидентификации лиц. Производят данные во всеобщем интересе и налоговые службы.

⁷ Décret n° 2017-779 du 5 mai 2017 relatif à l'accès sous forme électronique aux données essentielles des conventions de subvention.

⁸ Arrêté du 14 avril 2017 relatif aux données essentielles dans la commande publique.

⁹ Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Как отмечалось, в создание открытых данных вовлечены не только органы власти, но и лица, получившие полномочия, связанные с оказанием публичных услуг. Так, для создания Национальной базы данных максимальных скоростей, разрешенных на публичных автомобильных дорогах, управляющие автодорогами сообщают электронным путем информацию по участкам дорог (для территориальных образований с населением менее 3 500 жителей это требование факультативно). Производят открытые данные и управляющие публичными сетями распределения и транспортировки электричества и газа.

Что касается технической стороны, органы власти отвечают за содержание и независимость своих информационных систем, поощряют применение свободных программных продуктов и форматов в развитии и использовании информационных систем. Компоненты этих систем, начиная с 1.01.2018, ориентируются на протокол IPV6. Кроме того, в общении администрации и граждан предполагается использование алгоритмов — введена норма, по которой если при принятии индивидуального решения используется алгоритмическая обработка, заинтересованное лицо уведомляется об этом на стадии подачи заявки. Базовый Закон об информатике и свободах (1978) долгие годы определял единственное основание для принятия административного решения — информационная обработка, оценивающая личность заявителя. Теперь же можно использовать административный профайлинг.

С открытостью данных связан еще один момент, который содержит анализируемый Закон о цифровой республике. Его нормой правительство было обязано подготовить и внести в Национальное собрание отчет о возможности создания Комиссариата цифрового суверенитета, миссия которого касается осуществления в киберпространстве национального суверенитета и индивидуальных и коллективных прав и свобод, защищаемых государством. Согласно предписанию Закона такой отчет должен был быть готов в январе 2017 года.

Во Франции не раз предпринимались попытки определить место хранения персональных данных. Однако на фоне общественной дискуссии решение не было принято, при этом «Майкрософт» и «Амазон» объявили об открытии с 2017 года на территории Франции дата-центров, чтобы «отвечать на запросы публичных клиентов, предпочитающих хранить свои данные на национальной территории» [Martin V., 2017: 114]. Как видим, выход из ситуации элегантен.

Ситуация с созданием Комиссариата развивается тоже по классическому французскому сценарию. К назначенному сроку отчет готов не был, что привело к запросу госсекретарю при Премьер-министре в июле 2017 года: когда следует ожидать отчета? Ответ последовал в мае 2018 года и содержал ссылку на отчет межминистерской Комиссии стратегии киберзащиты от 13.02.2018, который затрагивает вопросы национального суверенитета при

использовании цифровых технологий¹⁰. Из чего следует, что ни отчета, ни самого Комиссариата пока не предвидится.

Для полноты обзора сферы применения открытости данных отметим, что Закон содержит новеллы, связанные с доступом к научным знаниям в целях построения экономики знаний. Устанавливается, во-первых, защищенный доступ к данным для научных работников и публичных статистиков. Данные, произведенные в публичной сфере, часто очень обильны, но также и конфиденциальны. Зачастую доступ к ним практически невозможен, даже для исследовательских целей. Система защищенного доступа позволит отдельным научным работникам и статистикам в рамках конкретного проекта изучить эти данные, чтобы понять эффективность публичной политики и оценить результаты будущих реформ. Во-вторых, устанавливается свободный доступ к результатам публичных исследований. Результаты исследовательских работ, финансируемых более чем на 50% за счет государственных средств, могут быть выставленными в свободный онлайн доступ их авторами, после соблюдения периода эмбарго от 6 до 12 месяцев. Эта мера облегчит свободное распространение результатов исследований, что ранее ограничивалось издателями.

2. Защита прав в цифровом обществе

В законодательстве Франции напрямую закреплён принцип нейтральности Интернета, гарантирующий отсутствие дискриминации в доступе к сети со стороны провайдеров. Операторы интернет-услуг не смогут, например, предложить некоторым клиентам Интернет медленный, а другим — скоростной, если речь идет о доступе к одной и той же услуге по одному предложению. Орган регулирования электронных коммуникаций и почты будет заботиться о соблюдении этого принципа, и должна быть снабжена необходимыми юридическими средствами (в частности, правом налагать санкции). Кроме того, при предложении услуг операторы теперь должны учитывать, что с 1.01.2018 любое оборудование, размещаемое на французской территории, должно быть совместимым с нормативом IPv6.

В Законе о цифровой республике много норм, гарантирующих портальность данных. В основании этого права потребителя — стимулирование конкуренции между операторами [Protection des données personnelles, 2017: 41]. Для этого в законодательство о защите прав потребителей внесены нормы (касательно договоров оказания услуг электронной коммуникации), дающие потребителю право при любых обстоятельствах полностью переене-

¹⁰ Available at: URL: <https://www.senat.fr/questions/base/2017/qSEQ170700253.html> (дата обращения 31.03.2019)

сти, «забрать» свои данные. Это значит, что интернет-операторы обязаны создать и соблюдать обязательства, позволяющие вернуть, перенести пользовательские данные (неважно, идет ли речь о счете пользователя онлайн-банка, службе электронной коммерции или предпочтениях на сайте прослушивания музыки онлайн). Эти данные должны быть в открытом формате, позволяющем легкое использование.

Введены нормы о лояльности платформ и информации, предоставляемой потребителям. Сопровождаются они существенными административными штрафами (до 75 000 евро с физического лица и 375 000 евро с юридического лица). Операторы онлайн-платформ, чья деятельность превосходит порог количества соединений, определенный декретом, должны разрабатывать и доводить до потребителей лучшие практики с целью усиленного выполнения обязательств ясности, транспарентности и лояльности. К примеру, не секрет, что мнения, оставляемые онлайн, являют собой один из влиятельных источников информации пользователей. Закон о цифровой республике теперь, посредством требования лояльности, регулирует эту практику с целью позволить потребителю проверить степень правдивости мнений, доступных в интернете (например, чтобы владелец ресторана не опубликовал слишком много положительных отзывов о своем заведении, дабы механически поднять его в рейтингах сайтов туристических советов, основанных на рекомендациях). Урегулированы и некоторые условия использования отелями онлайн-платформ по размещению туристов.

В плане защиты частной жизни Законом установлено общее правило: информационные технологии должны быть на службе каждого гражданина, их развитие должно происходить в рамках международного сотрудничества. Технологии не должны вредить ни человеческой личности, ни правам человека, ни частной жизни, ни индивидуальным или общественным свободам. У каждого человека есть право решать и контролировать использование своих персональных данных в рамках закона. С 1.06.2019 добавился еще и контроль над обязательствами, возложенными на лиц, занятых обработкой данных в соответствии с Европейским регламентом 2016/679 «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном перемещении таких данных»¹¹ (далее — Европейский Регламент). Таким образом, установлен принцип права на свободное распоряжение своими персональными данными. Этот принцип сопровождается некоторыми конкретными мерами, такими как конфиденциальность электронных сообщений. Тайна переписки, в отличие от предшествующего законодательства, регламентируется весьма подробно. Так, в электронной переписке под режим тайны

¹¹ Available at: URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (дата обращения: 31.03.2019)

подпадает содержание переписки, адресаты, названия (заглавия) сообщений и прикрепленные файлы. Автоматическая обработка содержания электронной переписки, обозначений адресатов, названий и прикрепленных файлов в рекламных, статистических целях, а также в целях улучшения качества услуг запрещена, кроме случаев, когда р такую обработку разрешил пользователь в пределах дозволенного подзаконными актами срока, который не может быть больше года. Такое согласие требуется на каждую обработку данных.

Принятый 20.06.2018 Закон о защите персональных данных¹² повторяет главный принцип — индивид должен управлять своими данными. Данным законом во французское законодательство переносится Европейский Регламент. Однако если детальная регламентация привычна России, то во французской доктрине, отдающей должное судебной казуистике, такой подход часто критикуют. Считается, что все необходимое для защиты персональных данных уже сделал Евросоюз, что демонстрирует практика Суда ЕС, и суды могли бы продолжать гибко развивать эту защиту [Hyde A.-A., 2017: 110]. Тем не менее, подробно меры защиты персональных данных расписаны в Ордонансе от 12. 12. 2018¹³.

Новацией Закона о защите персональных данных являются нормы об обращении с данными умерших лиц. В научной трактовке это получило название «права на цифровую смерть». Как в случае с обычным завещанием, лицо имеет право на соблюдение после его кончины поставщиками онлайн-услуг или доверенными лицами его воли о дальнейшей судьбе персональной информации, опубликованной онлайн. Другое новшество — изменение ст. 581-9 Кодекса охраны окружающей среды (по которой можно было с разрешения Национальной комиссии по информатике и свободам устанавливать рекламные щиты с автоматической системой анализа типологии или поведения прохожих). Теперь этого делать нельзя.

Нужно отметить, что во Франции идет активная дискуссия об осмыслении права на защиту персональных данных в контексте свободного распоряжения ими. Традиционно это право связано с защитой частной жизни, а значит, является фундаментальным правом человека. При этом персональные данные, составляя часть частной жизни, имеют отдельный правовой режим защиты, отличный от режима защиты частной жизни [Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet-Haidara L., 2014: 721]. В связи с этим Национальная комиссия по информатике и свободам в отчете за 2017 год напоминает, что

¹² LOI n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

¹³ Ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

имущественный подход к персональным данным мало совместим с полноценной реализацией прав человека. Эта позиция прозвучала на фоне размышлений о коммерциализации частной жизни [Casilli A., 2014: 432].

Решение Национальной комиссии по информатике и свободам № 2018-326 от 11.10.2018¹⁴ содержит основные правила анализа персональных данных. Основная идея — обработка данных должна производиться с оценкой ее влияния на защиту данных. Обязанность такой оценки лежит на лице, осуществляющем обработку (под страхом санкций). В дополнение к обозначенным в Европейском Регламенте, Европейский комитет по защите данных указал случаи, когда обработка данных представляет высокую угрозу для персональных данных (чувствительные данные, данные касательно уязвимых лиц (пациенты, дети), профайлинг, принятие автоматизированных решений, систематическое наблюдение за лицами и др.). По мнению Комиссии, если обработка связана хотя бы с двумя из упомянутых обстоятельств, она должна оцениваться с точки зрения защиты данных.

Таким образом, теперь право защиты персональных данных строится на логике ответственности операторов и расширении прав лиц, данные которых собираются и обрабатываются [Cluzel-Metayer L., Debaets E., 2018: 1103].

Во Франции сложилась внушительная судебная практика, связанная с персональными данными. В конкретных вопросах Госсовет устанавливает границы реализации права на защиту персональных данных. Так, Решением Госсовета от 6.06.2018 по делу №412589 подтверждена позиция Национальной комиссии по информатике и свободам, что использование cookies является обработкой персональных данных, поэтому на нее должны распространяться правила о предварительном предупреждении пользователя и обеспечения ему возможности отказаться.

Решение Госсовета от 18.10. 2018 по делу № 404996 поставило точку в споре о нарушении прав человека при выдаче паспорта и национального удостоверения личности. Заявители просили аннулировать по основанию превышения власти Декрет от 28.10.2016, позволяющий обработку персональных данных для выдачи упомянутых документов (а именно, цифровое фото и отпечатки пальцев). Госсовет счел, что преобразование в цифровую форму изображения лица и отпечатков пальцев владельцев паспортов или национальных удостоверений личности с учетом всех предписанных ограничений и предосторожностей соответствует конечным целям такой обработки данных и не наносит непропорционального ущерба праву на защиту частной жизни лиц.

¹⁴ Délibération n° 2018-326 du 11 octobre 2018 portant adoption de lignes directrices sur les analyses d'impact relatives à la protection des données (AIPD) prévues par le règlement général sur la protection des données (RGPD).

Любопытные положения касательно понимания персональных данных содержит решение Совета от 5.03.2018 по делу № 414859. Осужденный на год лишения свободы просил судью разрешить ему единичный доступ к своей электронной почте с тем, чтобы сохранить свои персональные данные, а электронный адрес не был закрыт. Судья отказал, сославшись на неподведомственность подобных дел административному суду. Рассматривая жалобу, Совет указал, что архивированные данные осужденного должны рассматриваться как его персональное имущество. Что касается обращения осужденного, то ему нельзя разрешить доступ к компьютеру, имеющему соединение с внешним миром. Но административный суд по таким вопросам компетентен, поэтому отказ судьи, вынесенный по мотивам неподведомственности, был аннулирован Госсоветом (т.е. по формальным основаниям). Но поскольку 2. 03. 2018 осужденный освобожден, его жалоба стала беспредметной. Тем не менее адвокат осужденного получил по решению Госсовета оплату своего вознаграждения от государства, что подтверждает правомерность жалобы осужденного.

Еще один деятель независимой власти — Защитник прав¹⁵ (*Défenseur des droits*) активно выступает за аккуратное обращение с персональными данными, защита которых относится к фундаментальным правам человека. В его докладе 2019 года «Дематериализация и неравенство доступа к публичным услугам»¹⁶ проводится идея, что дематериализованные (электронные) публичные услуги остаются публичными услугами, и поэтому электронизация должна соблюдать основные принципы публичных услуг. Например, переход на исключительно электронную запись на визит в префектуру может сделать эту услугу недоступной иностранцам. В качестве решения видится легитимация условия о защите пользователей от технических проблем, помощь лицам с «цифровыми затруднениями», сохранение правила почтового уведомления в бумажном виде, если речь идет об изменении или отмене права гражданина. Но главное — Защитник предлагает внести в Кодекс норму об отношениях граждан и администрации, которая сохранила бы множественность способов доступа к публичным услугам с тем, чтобы ни одна публичная услуга не стала доступна исключительно в электронном виде [De Montecler M.-C., 2019: 76].

Ранее в заключении № 18-26 от 31.10.2018¹⁷ Защитник выражал опасения насчет Плана префектуры нового поколения, который предусматривает ликвидацию приема в префектуре для получения паспорта. Эту услугу пред-

¹⁵ Аналог российского Уполномоченного по правам человека.

¹⁶ Available at: https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport-dematerialisation_num-accessible-15.01.19.pdf (дата обращения: 31.03.2019)

¹⁷ AVIS 18-26 DU 31 OCTOBRE 2018 RELATIF AU PROJET DE LOI DE PROGRAMMATION 2018-2022 ET DE RÉFORME POUR LA JUSTICE. Available at: https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=26439 (дата обращения: 31.03.2019)

полагается перевести полностью в электронный формат. При этом для непосредственного обращения будут созданы центры обслуживания. Защитник настаивает на переходном периоде, когда электронный и бумажный формат услуги сосуществуют, и на государственной помощи лицам, у которых нет цифровых навыков. Добавим, что перечень электронных услуг постепенно расширяется — так, постановлением министра юстиции от 21.12.2017¹⁸ разрешена электронная подача документов через портал государственных услуг на регистрацию пакта о гражданской солидарности — формы брака.

Подход независимых органов власти к электронизации если не вступает в противоречие с общегосударственным курсом на тотальную цифровизацию, то как минимум существенно отличается от него. Планы правительства все оцифровать угрожают правам человека. Что победит — старые права или новая цифровизация? Проблема актуальна и в России с тем лишь отличием, что права на персональные данные не так активно защищаются, в том числе самими обладателями.

3. Доступ к цифровым технологиям

Отдельное внимание уделено доступу к цифровым технологиям. Закон о цифровой республике исходит из территориального подхода: чтобы доступ мог осуществляться на всей территории страны, компетенция распределена между административно-территориальными образованиями. Генеральные территориальные схемы цифрового обустройства могут теперь включать стратегию развития цифровых услуг. Цель — сбалансировать на определенной территории распределение предложений цифровых услуг, с использованием публичных и частных ресурсов, включая цифровую медиацию. Эти территориальные документы вырабатываются на основе общего акта: Агентство цифровых технологий составляет документ «Национальные ориентиры развития цифровых услуг на территориях».

Если административно-территориальные образования могут отвечать непосредственно за доступность технологий в общественных местах, то, казалось бы, личный Интернет каждый выбирает сам. Но есть норма, которая адресована французскому аналогу товарищества собственников недвижимости. Если дом не оборудован высокоскоростными линиями электронной коммуникации (оптоволокно), то предложение оператора на подключение к таким коммуникациям обязательно включается в повестку дня ближайшего общего собрания собственников. К 2022 г. оборудование оптоволокном должно покрыть всю Францию. Право на оптоволокно позволит любому

¹⁸ Arrêté du 21 décembre 2017 relatif à la mise en œuvre d'un téléservice de dépôt de dossier de conclusion de pacte civil de solidarité (PACS).

жителю дома, владельцу или арендатору, получить подсоединить жилье (помещение) к сети оптического волокна без разрешения ТСН.

Предложения о расширении каталога прав и свобод за счет введения права на доступ к Интернету выдвигались и Министерством связи и массовых коммуникаций России. Так, предлагалось закрепить право на доступ к услугам связи в качестве элемента конституционного права на доступ к информации. По действующему законодательству операторы связи не могут размещать интернет-оборудование без одобрения 2/3 жильцов многоквартирного дома. На практике такая процедура ставит реализацию конституционного права на доступ к информации (ст. 29 Конституции России) в зависимость от поведения других собственников и лиц, управляющих домом. В случае успеха инициативы размещение интернет-оборудования в подъездах многоквартирных домов станет возможным без одобрения собственников всех квартир, что в итоге позволяет реализовать право, гарантированное вышеупомянутой статьей [Шатилина А.С., 2018: 38–45].

В логику доступа к технологиям встроены меры по упрощению использования цифровых технологий. Прежде всего речь идет об урегулировании электронной переписки, использование которой облегчает целый ряд действий граждан. Так, наряду с возможностью обмена электронными сообщениями при заключении контракта в Гражданский кодекс Франции вводится норма, согласно которой передача электронного сообщения считается совершенной, если адресат подтвердит получение (электронное заказное письмо). Если предусмотрено, что сообщение должно быть прочитано, то передача сообщения считается состоявшейся после прочтения. Технические правила приравнивания электронного заказного письма к почтовому заказному письму определяются в Кодексе почтовых и электронных коммуникаций в соответствии с Регламентом ЕС n° 910/2014 от 23 июля 2014 года об электронной идентификации. Декретом от 9.05.2018¹⁹ в Кодексе почтовых и электронных коммуникаций создана отдельная глава, посвященная заказному электронному письму, которое считается равнозначным заказному почтовому письму при условии соблюдения общеевропейских стандартов электронной идентификации личностей отправителя и получателя. Если получатель корреспонденции не является профессионалом (т.е. речь идет о рядовых гражданах), он должен ясно выразить согласие на получение электронных заказных писем.

Одновременно урегулирована электронная переписка граждан с администрацией, детали которой уточняет Декрет от 21.12.2017²⁰. Введен принцип «dites le nous une fois» (скажите нам это один раз) — запрет на повторное истребование информации. Если необходимые данные для рассмотрения

¹⁹ Décret n° 2018-347 du 9 mai 2018 relatif à la lettre recommandée électronique.

²⁰ Décret n° 2017-1728 du 21 décembre 2017 relatif au procédé électronique prévu à l'article L. 112-15 du code des relations entre le public et l'administration.

обращения или заявления могут быть получены напрямую у другого органа власти, заявителю достаточно гарантировать правильность сообщенной им информации. Такая гарантия отменяет необходимость предъявления копий удостоверяющих документов. Здесь напрашивается параллель с п. 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона от 27.07.2010 №210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», устанавливающим аналогичное правило. В реализации этого правила и в России наблюдается прогресс.

Разумеется, данная норма не имеет общего характера — перечень документов, не подлежащих представлению, утверждается декретом. Так, Декретом от 18. 01. 2019²¹ определены документы, которые предприятия и некоммерческие организации могут не предъявлять, будучи участниками государственных закупок или претендентами на государственную поддержку (налоговые справки и декларации, выписки о регистрации в качестве юридического лица, выписки из органов социального страхования).

Известно, что подобное «удобство» для пользователя обеспечивается организацией межведомственного электронного оборота. Декрет от 18.01.2019²² создает плеяду норм, посвященных внутреннему административному обмену данными. Устанавливается, в каком именно органе необходимо запрашивать каждый тип документа (данных), чтобы избавить заявителя от предоставления их копий. Оговариваются технические требования обеспечения безопасности и конфиденциальности информации. Но процесс еще не охватил всю республику. В этом же Декрете определены регионы, в которых проводится трехлетний эксперимент с автоматическим обменом информацией (Бургундия, Бретань и Аквитания). Он затронет государственную поддержку, охрану окружающей среды, государственные закупки, деятельность учреждений, осуществляющих прием граждан.

Остается добавить, что Декрет от 06.04. 2018²³ предусматривает порядок направления электронных обращений в суд граждан и юридических лиц, не имеющих адвоката. Процедура предусматривает использование специального сайта (<https://www.telerecours.fr/>). В литературе подчеркивается, что

²¹ Décret n° 2019-33 du 18 janvier 2019 fixant la liste des pièces justificatives que le public n'est plus tenu de produire à l'appui des procédures administratives en application de l'article L. 113-13 du code des relations entre le public et l'administration.

²² Décret n° 2019-31 du 18 janvier 2019 relatif aux échanges d'informations et de données entre administrations dans le cadre des démarches administratives et à l'expérimentation prévue par l'article 40 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance. Закон о сервисном государстве в обществе доверия (LOI n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance) заслуживает отдельного рассмотрения. Он имеет интересную структуру, предусматривая программные положения (отношения доверия: к администрации, которая советует и оказывает услуги, к публичной деятельности — модернизированной, простой и эффективной).

²³ Décret n° 2018-251 du 6 avril 2018 relatif à l'utilisation d'un téléservice devant le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs et portant autres dispositions.

сайт не заменяет судей и судебных секретарей, которые должны активно использовать телепроцедуры [Vinet С., 2019: 43].

Среди других мер улучшения доступа к технологиям — нормы об оказании услуг по оплате онлайн и возможность выпускать электронные деньги (*monnaie électronique*). Другое интересное нововведение — необходимость обеспечить электронное получение информации о проданном в течение определенного периода недвижимом имуществе на определенной территории с целью оценки продажной стоимости недвижимого имущества. Фактически услуги оценки при продаже квартиры станут ненужными.

Наконец, доступ к цифровым технологиям подразумевает борьбу с цифровым неравенством, проще говоря, все должны иметь одинаковую возможность на пользование Интернетом. Ряд норм предусматривает обеспечение доступности технологий для некоторых категорий пользователей, в частности, инвалидов (как доступности услуг телефонной связи (для плохо слышащих), так и доступности сайтов государственных органов). В Трудовом кодексе Франции появилась норма (ст. L6111-2), предусматривающая постоянные меры профессиональной подготовки, направленные как на борьбу с малограмотностью и обучение французскому языку, так и на приобретение цифровых компетенций. Все это позволяет «выровнять» ситуацию среди граждан различных категорий (пожилых, инвалидов).

Но есть и финансовый аспект проблемы, когда человек не имеет возможности оплатить интернет-услуги. Здесь проявилась социальная природа Французской республики, поскольку право на Интернет получило поддержку государства. В Кодексе социальной деятельности (ст. L115-3) появилось дополнение — любое лицо или семья, находящиеся в затруднительном положении из-за нехватки средств, имеют право на помощь государства для оплаты поставки воды, энергии, домашнего телефона и доступа в Интернет. Причем оператор должен продолжать оказание интернет-услуги, пока не будет выполнена заявка на социальную помощь. Оператор вправе лишь ограничить скорость Интернета с тем, чтобы сохранить функциональный доступ к онлайн-услугам и электронной почте.

Заключение

Освещение цифровой трансформации во Франции не будет полным, если не упомянуть о таком факторе, как роль частного сектора в регулировании цифровизации. Обычно, когда говорят о регулировании, думают прежде всего о государстве и публичных субъектах. Но частные субъекты тоже вправе участвовать. Во-первых, у них имеется значительный опыт в применении цифровых технологий, часто превосходящий и опережающий публичный сектор. Во-вторых, современное государственное управление нацелено на

распределение ответственности и привлечение частных субъектов к управленческим процессам. В-третьих, цифровые технологии изначально были ориентированы на саморегулирование.

В качестве примера приведем Хартию доверия в области кибербезопасности (2018)²⁴, содержащую десять принципов, которую подписали 16 участников, такие как «Сименс», «Интернешнл бизнес машинз», «Дойче телеком». Такая тенденция к частному регулированию основывается на Общеввропейском кодексе поведения в области облачных вычислений²⁵. Роль такого рода документов трудно переоценить, поскольку среду доверия невозможно создать исключительно государственными усилиями.

Анализ позволил выделить характерные черты цифровизации по-французски:

бережное отношение к законодательству с его традиционными институтами и подходами;

постепенность реформ, адаптация существующих инструментов к цифровой эпохе;

многоуровневая регуляция (государственная, независимые власти, частная), сотрудничество власти и бизнеса;

определяющая роль судебной практики;

открытость публичных данных по умолчанию как постепенно достигаемая цель;

активное общественное участие;

акцент на защиту персональных данных в регулировании использования цифровых технологий;

ориентированность на равенство лиц в доступе и использовании технологий;

поддержка государства (субсидии на подключение к интернету, обучение цифровым навыкам, поддержка незащищенных слоев граждан);

комплексный подход к реформированию законодательства в связи с развитием цифровых технологий (трудовые отношения, охрана окружающей среды, публичные услуги, публичная собственность, связь);

ориентированность на европейское и международное сотрудничество, включенность в общемировые процессы.



Библиография

Жиль У. Французская модель — открытое правительство / Право цифровой администрации в России и во Франции. М.: ИГП РАН, 2013. С. 43–68.

²⁴ Available at: <https://www.siemens.com/press/pool/de/feature/2018/corporate/2018-02-cybersecurity/charter-of-trust-e.pdf> (дата обращения: 31.03.2019)

²⁵ EU Cloud Code of Conduct. 2018. Available at: <https://eucoc.cloud/en/home.html> (дата обращения: 31.03.2019)

- Шатилина А.С. Права человека в Интернете: проблема признания права на доступ к Интернету // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2018. N 1. С. 38–45.
- Abboub S., Coquel E. Les modalités de mise à disposition des données publiques locales. RFDA, 2018, no 1, pp. 35–38.
- Auby J.-B. Le droit administratif face aux défis du numérique. AJDA, 2018, no 15, pp. 835–844.
- Bouhadana I. Introduction. Transparency and Open Government: which Possible Convergence? / Transparency in the Open Government Era. Paris: IMODEV, 2015, pp. 5–13.
- Bourreau M., Pénard T. Introduction. L'économie numérique en question. Revue d'économie industrielle, 2016, no 4, pp. 11–15.
- Casilli A. Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée / Conseil d'État. Le numérique et les droits fondamentaux. Étude annuelle. Paris: La documentation Française, 2014, pp. 423–434.
- Cluzel-Metayer L., Debaets E. Le droit de la protection des données personnelles: la loi du 20 juin 2018. RFDA, 2018, no 6, pp. 1101–1111.
- Conseil d'État Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'ubérisation. Étude annuelle. Paris: La documentation Française, 2017. 190 p.
- De Montecler M.-C. La dématérialisation des services publics doit s'adapter aux usagers. AJDA, 2019, no 2, p. 76.
- Delaunay B., Idoux P., Saunier S. Un an de droit de la procédure administrative. Droit administratif, 2018, no 4, pp. 27–34.
- Gilles W. La réutilisation des données publiques et les géants de l'Internet / L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet. Paris: IRJS éditions, 2016, pp. 11–24.
- Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet-Haidara L. Droit des activités numériques. Paris: Dalloz, 2014. 1040 p.
- Hyde A.-A. La protection des données personnelles dans l'Union européenne à l'ère du numérique / Blaisot-Hazard C. (dir.). NTIC, secret et droits fondamentaux. Bayonne: Institut universitaire Varenne, 2017, pp. 95–110.
- Martin V. La république numérique en débat au parlement : le projet de commissariat à la souveraineté numérique. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 2017, no 4, pp. 107–120.
- Protection des données personnelles. Se mettre en conformité d'ici le 25 mai 2018. Paris: éditions Legislatives, 2017. 447 p.
- Vinet C. Le partage des rôles dans le maniement de Telecours. AJDA, 2019, no 1, pp. 42–44.
- Zolynsky C. Ubérisation et plateformes: l'émergence d'un droit des plateformes en ligne / Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie. Paris: IRJS, 2017, pp. 19–22.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Digital Transformation in France: Legal Innovations



Elvira V. Talapina

Chief Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka St., Moscow 119019, Russian Federation. E-mail: talapina@mail.ru

Abstract

In the article legislative regulation of the digitalization process in France as well as the relevant legal doctrine are analyzed. A research objective is a determination of the main characteristics of this process so as to compare with similar processes in the Russian Federation that the author does by means of general legal and comparative legal methods. The present period of the digital technologies application in France is connected with the platform economy and uberisation having an impact on a legal status of citizens and their relationship with administration. Active development of the modern legislation devoted to the digital state is connected, firstly, with settlement of a movement of data. The principle of openness by default mentioning the public data (data created by authorities) and general interest data (data on administrative contracts, subventions) is established. Authorities are obliged to publish these data online in the open data format. Secondly, the digital State takes care of regulation of the human rights protection in digital society; it is based on the principle of the Internet neutrality. Strengthening of consumer protection is promoted by data portability and platform loyalty which suppliers of Internet services are obliged to provide. As the European General Data Protection Regulation 2016/679 was adopted, it is implemented in the French legislation by means of a big number of the norms including specifying procedures of protection of the personal data rights owners. Thirdly, access to digital technologies is differentiated. The French legislation was enriched with the right to the Internet, but also provided this right with obligations of the State, having introduced the state financial aid concerning payment of Internet services costs by analogy with utility costs. The main conclusion of the conducted research consists in complexity of the legislation reforming for rapid implementation of digital technologies to the most different spheres of life. At the same time France is closely involved in the common European process and aimed on the international cooperation in this sphere. Among comparative legal key reference points are useful to Russia, for example, is one concerning personal data protection. With that the research showed that there are spheres in which Russia is quite well developing (for example, digitalisation of public services).

Keywords

digitalization; personal data; administration; Internet; data; digital sovereignty; transparency.

For citation: Talapina E.V. (2019) Digital Transformation in France: Legal Innovations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 164–184 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.164.184

References

- Abboub S., Coquel E. (2019) Les modalités de mise à disposition des données publiques locales. *RFDA*, no 1, pp. 35–38.
- Auby J.-B. (2018) Le droit administratif face aux défis du numérique. *AJDA*, no 15, pp. 835–844.
- Bouhadana I. (2015) Introduction. Transparency and open government: which possible convergence? *Transparency in the Open government era*. Paris: les éditions IMODEV, pp. 5–13.

- Bourreau M., Pénard T. (2016) Introduction. L'économie numérique en question. *Revue d'économie industrielle*, no 4, pp. 11–15.
- Casilli A. (2014) Quatre thèses sur la surveillance numérique de masse et la négociation de la vie privée. *Conseil d'État. Le numérique et les droits fondamentaux. Étude annuelle*. Paris: La documentation Française, pp. 423–434.
- Cluzel-Metayer L., Debaets E. (2018) Le droit de la protection des données personnelles: la loi du 20 juin 2018. *RFDA*, no 6, pp. 1101–1111.
- Conseil d'État (2017) *Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l'ubérisation. Étude annuelle*. Paris: La documentation Française, pp. 249–250.
- De Montecler M. (2019) La dématérialisation des services publics doit s'adapter aux usagers. *AJDA*, no 2, pp. 76.
- Delaunay B., Idoux P., Saunier S. (2018) Un an de droit de la procédure administrative. *Droit administratif*, no 4, pp. 27–34.
- Gilles W. (2016) La réutilisation des données publiques et les géants de l'Internet. *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'Internet*. Paris: IRJS, pp. 11–24.
- Grynbaum L., Le Goffic C., Morlet-Haidara L. (2014) *Droit des activités numériques*. Paris: Dalloz, 190 p.
- Hyde A.-A. (2017) La protection des données personnelles dans l'Union européenne à l'ère du numérique. Blaisot-Hazard C. (dir.). *NTIC, secret et droits fondamentaux*. Bayonne : Institut universitaire, pp. 95–110.
- Martin V. (2017) La république numérique en débat au parlement: le projet de commissariat à la souveraineté numérique. *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, no 4, pp. 107–120.
- Protection des données personnelles. Se mettre en conformité d'ici le 25 mai 2018* (2017) Paris : éditions Législatives, 220 p.
- Shatilina A.S. (2018) Human rights on the Internet: recognition of the right to Internet access]. *Pretsedenty Evropeiskogo suda po pravam cheloveka*, no 1, pp. 38–45 (in Russian)
- Vinet C. (2019) Le partage des rôles dans le maniement de Telecours. *AJDA*, no 1, pp. 42–44.
- Zhil' U. (2013) *French model — open government. Digital government law in Russia and in France*. Moscow: IGPRAN, pp. 43–68 (in Russian)
- Zolynsky C. (2017) Ubérisation et plateformes: l'émergence d'un droit des plateformes en ligne. *Les conséquences juridiques de l'ubérisation de l'économie*. Paris: IRIS, pp. 19–27.

Франция: к цифровой демократии



А.Н. Пилипенко

доцент, ведущий научный сотрудник отдела зарубежного конституционного, административного и уголовного законодательства и международного публичного права Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, Б. Черемушкинская ул., 34. E-mail: anpilipenko@rambler.ru



Аннотация

В статье на примере Франции, стране с богатой демократической традицией, рассматривается процесс трансформации самой концепции и роли демократии в условиях цифровой революции. В данном контексте объектом исследования стали новые идеи в оценке демократии и их преломление в законодательной деятельности парламента и реализации исполнительной властью, а также их влияние на права и свободы личности. Цель работы состоит в поиске ответа на вопрос, насколько традиционные формы демократии и их восприятие в общественном сознании отвечают реалиям наших дней. Это определяет основные задачи, поставленные автором — выявление последствий цифровизации для демократии, ее влияние на демократические институты и процессы. В решении этих задач использовались как общенаучные методы исследования (логический, исторический, системный), так и специальные — формально-юридический и сравнительно-правовой методы, метод доктринального толкования права. Для специалистов — сторонников концепции «цифровой демократии» ее внедрение открывает перспективы для утверждения истинной демократии, где расширяются прямые формы ее реализации, участия граждан в принятии решений на всех уровнях власти. Существуют и другие точки зрения, которые делают акцент на негативных последствиях цифровизации: киберпреступности, дегуманизации общества, отчуждении человека. Проводимые во Франции государственные реформы придают особое значение «цифре», которая, по мнению их инициаторов, позволит укрепить демократические институты страны. «Цифра» звучит в названии исследований рабочих групп по реформе парламента, в законах, им принятых, которыми выделены и подвергнуты правовому регулированию сферы деятельности, особенно затронутые цифровизацией. В статье обозначен ряд проблем, которые ставит цифровизация для демократии и ее основного субъекта и объекта — человека. Действительно, цифровизация открывает невиданные ранее возможности, но меняет ли она принципиально природу и характер отношений между «управляющими» и «управляемыми» (Л. Дюги)? Все эти вопросы являются предметом анализа в данной статье.



Ключевые слова

демократия, цифровая демократия, электронная демократия, демократия участия, совещательная демократия, кибердемократия, законодательство о цифровизации, законодательная власть, исполнительная власть, судебная власть, персональные данные, конституционная реформа.

Для цитирования: Пилипенко А.Н. Франция: к цифровой демократии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 185–207.

УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.185.207

Введение

Масштабы и последствия современного этапа информатизации общества, действительно, носят революционный характер и вызывают не только новые ожидания и надежды на лучшее будущее, но и порождают новые иллюзии и мифы. Информатизация общества несет новые потенциальные угрозы. В современную эпоху стало трюизмом утверждение: реальная власть принадлежит тому, кто владеет информацией. Впрочем, справедлива и антитеза этому утверждению: информация принадлежит тому, кто обладает реальной властью.

Более 40 лет назад авторы доклада французскому президенту «Информатизация общества» С. Нора и А. Минк писали: «Компьютеризация является не только техническим нововведением последних лет, она составляет общий фактор, который обеспечивает и усиливает другие. Везде, где компьютеризация кардинально меняет обработку и хранение информации, она ведет к изменению нервной системы организаций и общества в целом» [Nora S., Minck A., 1978: 16]. Предвосхищая появление Интернета (телематики), авторы пишут «о создании принципиально новой системы, принижающей буквально все структуры общества. Системы, которая в отличие от электричества, несет не инертный ток, а информацию, то есть власть» (курсив наш — А.П.)».

Очевидно, информатизация затрагивает практически все сферы жизни человека и общества. Это касается и государственных институтов, в том числе и идеологии современного государства, на основе которой оно строится. Речь идет в первую очередь о режиме правления — демократии, в основе которой лежит руссоистская идея народного суверенитета, в той или иной форме воспроизводимая в действующих конституциях. Франция — страна, имеющая богатый опыт борьбы за реализацию этой идеи, дает классический пример реакции государства на современные реалии и вызовы, в том числе и тем процессам, которые называют цифровизацией общества.

Индикатором степени демократизма государства является организация власти, приемы и методы ее осуществления, т.е. параметры, по которым политический режим может быть отнесен к демократическим. Характеристика режима как демократического включает три элемента. Первый — его легитимность. Основной способ легитимации власти — выборы как процедура

наделения властными полномочиями выборных лиц представительных учреждений на уровне органов, конституирующих государство, — парламента. Формально выборы представляют собой передачу власти от народа как суверена, т.е. основного ее источника и носителя, его представителям. Второй элемент касается организации власти, которая должна строиться на принципе разделения властей, т.е. распределении полномочий между законодательной, исполнительной и судебной ветвями власти. Это является условием и гарантией недопущения концентрации и монополизации власти одной из ее ветвей, как правило, исполнительной. Наконец, третий элемент — ограничение власти правами и свободами личности, т.е. сферой, вмешательство государства в которую либо недопустимо, либо ограничено. Последнее означает признание «естественных прав» (право на жизнь, человеческое достоинство, личную неприкосновенность и др.), т.е. «неотчуждаемых» прав и свобод, которые не могут быть упразднены или ограничены ни при каких обстоятельствах, и прав и свобод, объем которых устанавливаются государством, их ограничение допускается, например, при чрезвычайном положении.

Франция — безусловно, демократическая страна, пока она существует в конституционно оформленных рамках организации власти и ее отношениях с народом («управляющих» и «управляемых» — по терминологии известного французского конституционалиста Л. Дюги). Однако это не снижает уровня дискуссий о сущности самой демократии. В основе этих дискуссий принципиальный вопрос — насколько исчерпан потенциал современной демократии. Иначе говоря, насколько «управляемые» могут воздействовать на «управляющих» традиционными средствами, что особенно актуально в стране с богатой демократической традицией, где массовый протест многими по-прежнему воспринимается как проявление непосредственной демократии.

1. Демократия — современный концепт

Как утверждает профессор юридического факультета университета Сорбонны Д. Руссо, «демократия — это не арифметическая сумма голосов, а граждане не являются случайными фигурантами, периодически появляющимися в политической жизни. Демократия — это живой опыт граждан, постоянно творящих формы своей жизни» [Rousseau D., 2017: 14.02]. Интернет, в свою очередь, во многих отношениях возвращает нас к демократии. Он по-новому освящает слово, способствует утверждению равенства, придает ценность непосредственному участию граждан и транспарентности» [Loveluck B., 2015: 13].

Исторически попытки по-новому взглянуть на демократию всякий раз выражаются в различных прилагательных к ней: плебисцитарная, плюра-

либеральная, управляемая и прочие демократии, в основе которых лежит либеральная идея. Не стали исключением и наши времена, когда демократия обрастает все новыми прилагательными. В частности, партисипативная (демократия участия — *democratie participative*) — как форма распределения и осуществления власти, основанная на участии граждан в принятии политических решений. Совещательная демократия (*démocratie délibérative*), основная идея которой, вдохновленная теориями Д. Ролза и Ю. Хабермаса, состоит в том, что политическое решение легитимно, если оно основывается на публичном обсуждении равноправных граждан. В сравнении с демократией участия в ней делается акцент на необходимости аргументированных дебатов между гражданами.

Рассуждая о демократии, известный французский политолог М. Дюверже писал: «Мы живем совершенно нереалистическим представлением о демократии, выработанным юристами вслед за философами XVIII века. «Правление народа посредством народа», «управление нацией через ее представителей» — громкие слова, призванные возбуждать энтузиазм и оттачивать ораторские способности. Громкие слова, которые ничего не значат. Никто и никогда не видел народа, который сам собой управляет, и никогда не увидит. Всякое правление олигархично, что неизбежно ведет к господству немногих лиц над массой» [Дюверже М., 2002: 128]. В конечном счете демократия как проявление воли большинства, практически выступает как форма легитимации правления олигархического меньшинства, превращения народа из субъекта власти в ее объект («Всякая власть исходит от народа и никогда уже к нему не возвращается» — Г.Лауб). В итоге — «демократия без народа», по выражению Дюверже, ставшему названием одной из его книг (Duverger M., 1967: 1).

Как утверждает профессор Парижского университета Ф. Лаффайя в статье с провокационным названием «Современная глупость», культивируемая в настоящее время в общественном сознании идея партисипативной демократии едва ли сможет компенсировать «родовой дефект» современной демократии, [Laffaille F., 2017: 57]. Автор считает, что концепция демократии участия столь же мифологична, как и идея представительной демократии, которая основывается на ничем не подтвержденном тезисе о народе как источнике власти, в чем уверяют ее адепты. В попытках оздоровления представительной демократии через демократию участия автор видит очевидный эвфемизм как проявление современного невежества. По его мнению, кризиса представительной демократии не существует, это миф. Кризис представительной демократии — ее естественное состояние. Представительная система несет онтологический изъян, на что указывал еще Ж.-Ж. Руссо. Существует неизбежный разрыв между управляющими и управляемыми в силу убийственной и непреодолимой фикции: избранные управляют от имени

суверенного народа и опираются на волю последнего. Представительная демократия создала собственную ловушку, из которой она не может выпутаться. Она является единственной политической системой, которая видит суверена управляемым, т.е. рабом по его же собственной воле.

В итоге нет способа преодолеть кризис представительной демократии. Некоторые паллиативы, конечно, существуют — в частности, идеи юридической безопасности, транспарентности, активно внедряемые в правовое пространство и общественное сознание. Но было бы наивным и безответственным заставлять себя верить в нечто, что может изменить суть самой демократии. Добавим к этому, что идея народного суверенитета, народа, как основного источника власти столь же иррациональна, как и вера в Бога.

Впрочем, далеко не все разделяют подобную тоску зрения. Уже упоминавшийся профессор Д. Руссо считает, что демократия вовсе не находится в кризисе. Исчерпан лишь потенциал представительной формы правления — этот тезис обосновывается ссылкой на одного из деятелей Великой французской революции Сийеса, последовательного руссоиста, который категорически противопоставлял представительное правление демократии. Представительное правление — это не демократическое правление, а скорее свидетельство отсутствия подлинной демократии, когда народ, передавая собственную волю своим представителям, по существу, устранялся из процесса принятия решения. Представительная демократия монополизировала принятие закона в угоду единственно «представителям народа».

Современная демократия вступает в другой цикл — непрерывной демократии (*la démocratie continue*), которая стирает различие между представительной и непосредственной демократией. Далее автор предлагает внедрение институтов непосредственной демократии с привлечением граждан на всех этапах принятия решений, по-видимому, забывая замечание своего знаменитого однофамильца об их допустимости и эффективности только в малых сообществах с населением не более 10 тыс. человек.

Для целей настоящего исследования обратим внимание на новые прилагательные, в частности, «электронную» демократию, цель которой состоит в использовании информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) для развития демократии и демократических институтов. В результате электронная демократия позволяет гражданам (во французской политической терминологии — «управляемым») участвовать в демократической жизни наряду с «управляющими». Кибердемократия — современный термин американского происхождения. Он отсылает к идее, согласно которой использование информационных и коммуникационных технологий (ИКТ), таких как Интернет, может способствовать укреплению демократии посредством прямого и активного участия граждан в демократических процессах приня-

тия решений. У французского философа, работающего в области киберпространства и цифровых коммуникаций, П. Леви, кибердемократия выступает проявлением новой, синтезированной демократии. Он говорит о подлинном «глобальном гражданском обществе», о новом, всеобъемлющем, транспарентном и универсальном пространстве коммуникации, которое должно радикально обновить условия общественной жизни посредством свободы и возрастающей ответственности граждан [Levy P., 2002: 18].

Наконец, цифровая демократия. Что это? Стремление вернуть к жизни тяжело больного, находящегося в коме, либо очередная попытка оживления мультипликационного сюжета?

2. Цифровая демократия и законодательная власть

Современная характеристика демократии с прилагательным «цифровая», переходит из области умозрительных заключений в предмет правового регулирования. «Цифра» уверенно входит в лексикон французского законодателя. Первым законом в ряду актов, непосредственно посвященных цифровизации, стал Закон № 2004-575 от 21.06.2004 о доверии в цифровой экономике¹. Цели Закона были оглашены в коммюнике пресс-службы Президента после заседания Совета министров 15.01.2003. На этом заседании министр промышленности обосновал законопроект о доверии в цифровой экономике. Законопроект рассматривался как часть плана создания условий развития информационного общества (предложенного Премьер-министром), и выражал волю правительства к созданию атмосферы доверия путем установления ясных правил для поставщиков интернет-услуг и совершенствования защиты пользователей.

В Законе закреплены следующие принципиальные положения:

укрепление доверия к электронной торговле и борьба с нежелательной рекламой. Потребители будут лучше защищены благодаря исчерпывающей информации о лицах, производящих электронные коммерческие предложения (имя, адрес, регистрация в торговом регистре, акционерный капитал). В случае онлайн-рекламы отправка электронных писем с целью прямого маркетинга будет запрещена без предварительного согласия получателей. Основная инновация, введенная в Гражданский кодекс, предусматривает, что контракты могут быть совершены в электронной форме. В контексте договора электронной коммерции любое принятие предложения должно теперь иметь форму «двойного щелчка», т.е. после размещения заказа пользователь должен быть в состоянии проверить его и подтвердить его принятие;

¹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique // Journal officiel du 22 juin 2004.

укрепление свободы публичной коммуникации онлайн. Впервые дано определение публичной коммуникации онлайн. Гражданскую и уголовную ответственность владельцев веб-сайтов и других поставщиков можно подвергнуть сомнению только в ограниченных и четко определенных случаях. Условия осуществления и ответственности участников, обеспечивающих его функционирование (веб-хосты, поставщики доступа и телекоммуникационные операторы), указаны в соответствии с Конституцией Франции и законодательством ЕС. Правила управления французскими адресами и их распределения в Интернете, т.е. тех, чей синтаксис отклонен в «www.nom.fr», получают юридическую основу;

усиление безопасности обменов и активизация борьбы с киберпреступностью. Использование криптологии для шифрования транзакций электронной торговли отныне совершенно свободно, равно как и поставка и импорт из Европейского союза (далее — ЕС) криптологических средств, единственной функцией которых является функция проверки подлинности или контроля неприкосновенности (особенно для электронной подписи). Одновременно расширяются средства государственных органов в борьбе с киберпреступностью. Закон также направлен на ликвидацию отставания Франции в реализации директив ЕС, в частности, Директивы от 8.06.2000 об электронной торговле и Директивы от 12.07.2002 о защите частной жизни в секторе электронных коммуникаций. Все эти задачи были отражены в принятом Законе.

Следующим шагом в регулировании цифровизации в национальном масштабе стал Закон № 2016-1321 от 7.10.2016 о цифровой Республике². Данный Закон преследует две основные цели: 1) продвижение Франции в цифровой области, поощрение политики открытости данных и знаний; 2) прогрессивный подход к цифре, который обращен к индивидам с целью расширения их прав и возможностей действовать в цифровом мире.

Цели Закона определяют его структуру. 30 статей закона сгруппированы по трем направлениям. Первое («циркуляция данных и знаний») гарантирует оборот данных публичного характера или всеобщего интереса и свободный доступ интернет-пользователей к определенным исследовательским работам. Второй раздел посвящен защите данных персонального характера, а также «цифровой смерти». Третье направление призвано обеспечить всем «доступ к цифре». По первому направлению декларируется открытость публичных данных, что обязывает административные органы обеспечить доступ к их принципиальным документам, а также к базам данных, имеющих экономический, социальный, санитарный и экологический интерес. Это

² Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique // Journal officiel du 8 octobre 2016.

обязательство касается государственной администрации, местных коллективов с населением более 350 тыс. жителей, публичных учреждений, частных организаций, ответственных за оказание публичных услуг.

На государство возлагается новая миссия — публичная услуга по предоставлению данных. Закон вводит понятие данные, представляющие всеобщий интерес (*l'intérêt général*). Устанавливается свободный доступ онлайн к публичным исследовательским работам.

В части защиты прав в цифровом обществе Закон закрепляет принцип нейтральности Интернета. Отныне этот принцип вписывается во французское право после принятия им положений Регламента ЕС от 25.11.2015 о доступе к открытому Интернету. Орган регулирования электронных коммуникаций и почт призван быть гарантом этого принципа. Законодательно закрепляется право на переносимость данных, которое устанавливается в интересах пользователей Интернета, желающих сменить поставщика цифровых услуг. За каждым гражданином признано право на свободное распоряжение своими цифровыми персональными данными.

Правительство должно было направить в Национальное собрание не позднее января 2017 г., доклад о необходимости создания при Премьер-министре Комиссариата по цифровому суверенитету, миссия которого состоит в том, чтобы «способствовать реализации в киберпространстве национального суверенитета, индивидуальных и коллективных прав и свобод, которые защищает Республика». Одной из задач Комиссариата должна стать разработка безопасной операционной системы, действующей в Сети, своего рода французского Windows. По-существу, был поставлен вопрос о суверенизации Франции в цифровой сфере. По-видимому, это и стало причиной медлительности в создании Комиссариата. Во всяком случае, несмотря на позицию Национального собрания, страна пока обходится без Комиссариата. Если вспомнить, откуда плетется «мировая паутина» и кем она фактически контролируется, на утверждение, что Франция (и не только) находится под иностранным цифровым суверенитетом, возражать трудно. «Наше оцифровывающееся общество также находится под иностранным суверенитетом, включая частную жизнь, промышленные секреты и то, что составляет основу нашего государства: оборона и безопасность», — пишет П. Белланже, основатель и генеральный директор радио Skyrock [Bellanger P., 2006]. Выход автор видит в утверждении цифрового суверенитета, т.е. в создании системы безопасности Сети, гарантирующей права и свободы личности, закрепленные во французской Конституции. С этим согласно большинство Национального собрания — от левых до правых. Все это увеличивает интерес к проблеме суверенитета. В данном случае к проблеме, насколько национальный суверенитет сочетается с цифровым суверенитетом. Это стало темой до-

клада «Суверенитет в цифровую эру», подготовленного Комиссией по этике исследований цифровых наук и технологий Альянса цифровых наук и исследований [Ganascia J.-G., Germain E., Kirchner C., 2018:38]. Авторы доклада задаются двумя основными вопросами.

1) Каким образом понятие суверенитета как политическая или философская концепция, по своему происхождению и природе никак не связанная с идеями цифровизации, может применяться к цифровой сфере? Иными словами, каким образом должен утверждаться цифровой суверенитет: путем отказа от классического национального политического суверенитета и границ государств либо посредством сосуществования с ними?

2) Могут ли концепции и практики национального суверенитета гармонизировать с планетарными системами циркуляции цифровых данных, которые, похоже, ведут к моральному устареванию принципа территориальности? Если да, то как?

Это вопросы, которые носят отнюдь не умозрительный характер.

Закон вводит понятие «цифровая смерть», которое не совпадает со смертью как физическим и биологическим явлением, хотя и обусловлено ею. Смысл цифровой смерти выявляется через содержание цифровой идентичности. Очевидно, цифровая идентичность не должна совпадать с физической идентичностью (зафиксированной в актах гражданского состояния), которую лицо получает от рождения. Физическая идентичность лица выражается его фамилией, именем, адресом и т.д. Цифровая идентификация включает имя пользователя, пароль и адрес электронной почты.

Таким образом, цифровая идентичность не является компонентом правосубъектности, и попытки ее определения носят дискуссионный характер. Одна из таких попыток была сделана в 2014 г. Комиссией по экономическим вопросам Национального собрания в докладе о «развитии французской цифровой экономики». Комиссия пыталась определить это понятие через «совокупность следов, оставленных отдельным человеком в цифровой среде: IP-адреса, файлы cookie ... идентификационные данные, контент, которые он публикует или распространяет онлайн (блоги, обзоры, дискуссии, игры), его привычки потребления в Интернете или его электронной репутации»³.

Продолжая рассуждение в данной логике, следует заметить, что если существует цифровая смерть, то она является завершением цифровой жизни. И те следы, которые индивид оставляет в Интернете и по которым его можно идентифицировать, и являют его цифровую жизнь «как смутные тени реальной жизни» (почти по Платону). И насколько «наследил» человек в

³ Assemblée Nationale, rapport d'information sur le développement de l'économie numérique française. Available at: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i1936.asp> (дата обращения: 21-11-2019)

киберпространстве, можно судить «о полноте или скудости» его цифровой, но, очевидно, лишь частично реальной жизни. Первый вопрос, который возникает, о судьбе всех этих данных после смерти их обладателя. Как пользователь может предусмотреть закрытие его счетов перед своей смертью? Может ли он передать все свои данные или их часть родственникам, правопреемникам или вносить их в цифровую библиотеку? По существу, в данной части Закон решает юридическую судьбу персональных данных в случае физической и цифровой смерти их обладателя. Закон оставляет пользователю возможность предусмотрительно зафиксировать последние желания о посмертной судьбе его персональной информации. Теперь пользователи могут давать указания о назначении третьего доверенного лица, удостоверенного Национальной комиссией по информатике и свободам, по распоряжению посмертно своими личными данными. В противном случае будут назначены наследники (новая ст. 40-1 Закона 1978 г. об информатике, картотеках и свободах).

Если и остаются сомнения и опасения, то они связаны в основном с обеспечением безопасности при передаче данных. Мнения расходятся. Некоторые граждане с воодушевлением обратились к практике цифровых онлайн-завещаний, другие сочли слишком рискованным хранение персональных данных на электронной платформе, полагая, что проще обратиться к нотариусу и, например, оформить судьбу своей цифровой информации через так называемое «тайное завещание» (закрытое), редко используемое во Франции. Так или иначе, оцифрованная информация персонального характера выступает не только как материал электронного портрета личности, но и оцифрованный объект гражданско-правовых отношений.

В настоящее время центр регулятивных посылов цифровизации общества и государства находится в Национальном собрании. В рамках парламентской реформы в Собрании создана рабочая группа «Цифровая демократия и новые формы гражданского участия», подготовившая в 2018 г. доклад «Цифровая демократия и участие: дать место эксперименту»⁴. В докладе отмечается, что «развитие цифровых технологий делает возможным внедрение «непрерывной демократии», которую следует строить, не забывая при этом, что использование Интернета не может заменить встреч и непосредственный обмен мнениями. Цифровая демократия не означает виртуальную демократию».⁵

⁴ L'Assemblée nationale: Groupe de travail sur la démocratie numérique et les nouvelles formes de participation citoyenne. Démocratie numérique et participation: laisser place à l'expérimentation, p. 292–315. Available at: <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/reforme-an/democratie/Rapport-1-GT6-democratie.pdf> (дата обращения: 21-11-2019)

⁵ La démocratie numérique et la participation citoyenne. Rapport du groupe de travail. 2018, p. 292. Available at: <http://www2.assemblee-nationale.fr/static/reforme-an/democratie/Rapport-1-GT6-democratie.pdf>(дата обращения: 21-11-2019)

Три озабоченности двигали авторами доклада: 1) не породит ли цифровая демократия новое неравенство; 2) как сблизить граждан и парламентариев; 3) правильное определение кода цифровой демократии (*Code is Law* — выражение известного американского ученого Л. Лессига, автора ряда работ по кибердемократии). Правильное понимание данного кода поможет эффективно использовать цифровые инструменты и инфраструктуры и избежать нежелательных последствий нахождения в киберпространстве (вторжение в частную сферу, цензура и т.д.) «Перед риском выбросить ключи от демократии в черный ящик, наше общество должно оставаться бдительным и требовательным»⁶.

В данном контексте цифровая демократия выступает как инструмент максимизации участия граждан в принятии решений, т.е. перехода от представительного правления к истинной демократии, когда мнение граждан становится если не решающим, то значительно влияющим на принимаемые решения. Собственно, в этом состоит основная идея доклада, в русле которой сформулированы предложения рабочей группы.

Первое предложение «вписать в Конституцию принцип гражданского участия» распространяется на две категории решений: нормы, которые принимаются государством (законы, регламентарные (подзаконные) акты) и другими публичными лицами (акты территориальных коллективов и публичных административных учреждений), и определение публичной политики, т.е. участие в дискуссиях и консультациях, проводимых правительством или местными властями в проведении этой политики. Партии и политические группировки должны содействовать реализации этого принципа. Способы данного участия должны определяться законодателем для публичных лиц и быть соразмерны важности правового акта или проводимой политике. Статью 1 Конституции предлагается дополнить следующим абзацем: «Закон гарантирует участие граждан в издании нормативных актов и выработке публичной политики».

Второе предложение «признать за парламентариями конституционную миссию поощрять это участие» направленно на уточнение роли парламентария как вдохновителя общественной жизни на местах. По мнению авторов доклада, парламентарий как катализатор гражданского участия будет нести ответственность за поддержание связи со своими избирателями, а также с теми, кого он представляет, в целом составляющими Nation. Действующая Конституция недостаточно определяет эту роль парламентариев, поэтому предлагается ее дополнить в части ст. 24, определяющей положение членов палат парламента, следующим положением: «Каждый из ее членов содействует участию граждан в публичной жизни».

⁶ Ibid. P.293.

Третье предложение «вписать в Конституцию право на доступ в Интернет и цифровое обучение» направлено на то, чтобы придать этому праву фундаментальную ценность, основываясь на следующих принципах: 1) свобода доступа в Интернет, публикации, распространения и получения онлайн-контентов; 2) нейтральность Интернета, открытость и объединенность коммуникационных сетей; 3) борьба против цифровой деструкции; 4) право на обучение управлению цифровыми средствами; 5) содействие политических партий и групп во внедрении этих принципов.

Предлагается дополнить ст. 1 Конституции следующим абзацем: «Закон гарантирует свободный, равный и всеобщий доступ к открытым цифровым сетям и обучение граждан их пользованию».

Четвертое предложение — «закрепить принцип права на информацию в Конституции». Данный принцип включает: право граждан на персональную информацию, их касающуюся; право на доступ к информации, хранящейся публичными органами; право доступа к информации, полезной для дебатов публичного характера, а также алгоритмам, регулирующим информацию, которая им предоставляется. Вносимое предложение вписывается в общую тенденцию увеличения объема предлагаемой информации, не ограничиваясь актами, исходящими от властных институтов, количеством национальных дебатов, подчас вызывающим негативные последствия, к примеру, падение акций частных компаний. Одной из новелл данного предложения является требование распространять информацию «в свободном, открытом и в множественно используемом формате, чтобы граждане могли полностью получить ее в свое распоряжение». Суть четвертого предложения формулируется в дополнении ст. 1 Конституции следующим абзацем: «Граждане имеют право доступа и многократного использования информации персонального характера, их касающейся, хранимой публичными властями, и информации, необходимой для публичных обсуждений, в пределах и условиях, установленных законом».

Пятое предложение — «предусмотреть право петиций граждан при парламентских собраниях» вызвано стремлением придать этому праву конституционную ценность, обязывая парламентские палаты к их рассмотрению и ответу на условиях, определяемых их регламентами. Право петиции определяется как «обращение к публичным властям и конституционным органам, чтобы добиться их вмешательства в детали и суть вопроса, которые в нем изложены» [Leclerc J., 1913: 1]. Хотя это право закреплено регламентами палат, авторы доклада считают, что реализуется оно в недостаточной мере, и Конституция должна быть дополнена ст. 33-1 в следующей редакции: «Национальное собрание и Сенат могут быть осведомлены гражданами путем петиции. Регламент каждой палаты определяет условия, на которых петиции становятся предметом рассмотрения правомочной палатой и ответа, публикуемого в официальном издании».

Шестое предложение «предусмотреть повесткой дня рассмотрение обращения граждан» направлено на поддержку парламентариями инициативы граждан, которая может иметь различные формы: предложение закона, предложение резолюции или обсуждения, которые могут быть подготовлены в рамках законодательной работы. Гражданская инициатива, поддержанная парламентариями, может быть внесена в повестку дня и обсуждена в соответствии с внутренней процедурой, установленной регламентом каждой палаты. Предлагается данное предложение зафиксировать в Конституции внесением в ст. 48 следующего абзаца: «Предложение закона, предложение резолюции или дебатов вносится в повестку дня палаты по требованию избирателей, поддержанным членами Парламента, на условиях, установленных органическим законом».

Седьмое предложение «облегчить проведение референдума по совместной инициативе» (*le référendum d'initiative partagée*) связано со стремлением упростить реализацию совместной инициативы референдума, введенной в ст. 11 Конституции конституционной реформой 2008 г.

В новой редакции данной статьи количественные показатели для членов Парламента (1/5) и избирателей (1/10), внесенных в избирательные списки, отменяются и заменяются общей формулировкой — «по инициативе избирателей, поддержанной членами Парламента, на условиях, установленных органическим законом». Таким образом, требования к числу избирателей и депутатов, поддерживающих данную инициативу, устанавливались бы не на уровне Конституции, а органическим законом. Предложение вполне оправдано в рамках предполагаемого сокращения численности парламентариев обеих палат.

При чтении этих разумных предложений не можешь отделаться от вопроса: «А что по сути меняется в существующем порядке вещей, и каким образом предлагаемое увеличит влияние граждан на принимаемые властью решения?». Ответ не требует умственного напряжения — цифровая демократия едва ли кардинально меняет ее сущность, как электронная книга — ее содержание. Цифровая демократия лишь создает у гражданина иллюзию участия в управлении, так же как манипуляции читателя с цифровым текстом (изменение шрифта, его размера, наклона, цвета и т.д.) — его участия в написании книги.

3. Цифра и исполнительная власть

Исполнительная власть наиболее чувствительна к цифровизации. Это находит выражение в создании электронного правительства, или цифровой администрации. Хронологически это выглядит следующим образом.

С конца XX века во Франции принимается ряд программ, касающихся электронной администрации. В их числе:

«Программа правительственной деятельности за информационное общество» (PAGSI), заявленная премьер-министром в августе 1997 г. Направлена на повсеместное распространение публичных интернетовских сайтов и образцов административных документов (публичное цифровое пространство);

Доклад Премьер-министра Т. Карсенака «За гражданскую электронную администрацию: методы и средства» (2001 г.), содержащий 57 предложений по совершенствованию электронной администрации в рамках плана деятельности европейского электронного правительства;

Белая Книга «Электронная администрация и защита персональных данных», которая подготовлена министерством публичной службы в феврале 2002 г. и направлена на усиление технических и юридических гарантий защиты персональных данных;

Программа RE/SO2007 «За цифровую Республику через информационное общество» (ноябрь 2002 г.) — правительственная программа, направленная на реализацию задач электронной администрации до 2007 г.;

Учреждение Агентства развития электронной администрации правительственным Декретом №2003-141 от 21.02.2003. Ныне оно входит в Генеральную дирекцию модернизации государства при Министерстве экономики, финансов и промышленности (декрет № 2005-1792 от 30.12.2005).

Правительственная программа электронной администрации (ADLE) на 2004-2007 гг. Целью программы было форсированное распространение информационных и коммуникационных технологий в администрации с тем, чтобы, с одной стороны, лучшим образом отвечать ожиданиям потребителей, с другой — улучшить эффективность других публичных услуг.

План «Цифровая Франция 2012 — план развития цифровой экономики» (2008 г.) содержал 154 предложения по развитию электронной администрации по 2012 г. включительно.

В этот период принят ряд законодательных актов, касающихся технической стороны деятельности электронной администрации (Закон от 21.06.2004 о доверии в цифровой экономике, Закон от 9.07.2004 об электронных коммуникациях и аудиовизуальных коммуникационных услугах, Закон от 4.08.2008 о модернизации экономики и др.), которые инкорпорированы в Кодекс почт и электронной администрации. Санкции за нарушения в сфере электронных коммуникаций сосредоточены в Уголовном кодексе страны.

Ограничения в сфере электронных услуг допускаются в рамках ст. 1 Закона от о доверии в цифровой экономике, согласно которой «коммуникация, предоставляемая населению в режиме онлайн (*communication au public en ligne*) электронным путем, свободна». Осуществление этой свободы может

быть ограничено, исходя, с одной стороны, из уважения человеческого достоинства, свободы и собственности, плюралистического характера выражения мысли и мнения и с другой — сохранения общественного порядка, потребностей национальной обороны, требований публичной службы, технической перегрузкой коммуникационных средств, а также необходимости развития аудиовизуальными службами аудиовизуального производства».

Декретом правительства от 21.12.2011 запущена система Etalab — правительственная база данных (*data.gouv.fr*) со статусом службы при Премьер-министре. На момент создания она содержала около 330 тыс. единиц хранения (преимущественно собранных в шести картотеках Национального института статистики и экономических исследований (INSEE) на основе переписи населения), в которой должны концентрироваться многочисленные публичные данные административных служб, публичных учреждений и некоторых территориальных коллективов.

Данная система, созданная в рамках Закона о доступе к административным документам (1978), включает досье, доклады, исследования, отчеты, протоколы, статистические данные, директивы, инструкции, циркуляры, замечания и министерские ответы, корреспонденцию, заключения, прогнозы и решения, независимо от даты их принятия, места хранения, формы и носителя документы, изданные или полученные в рамках их задач государством, территориальными коллективами, а также другими лицами по публичному права или лицами по частному права, наделенные публичной функцией.

18.08.2013 на встрече «Восьмерки» главы государств (в том числе России) подписали Хартию об открытых данных⁷. Этот документ выражает коллективную волю к открытости и транспарентности, выступающих в качестве принципов при рассмотрении публичных данных, «открытых по умолчанию» и публикуемых по мере их количественного и качественного накопления, доступных и многократно используемых всеми. Она обязывала государства-подписанты принять до конца 2015 г. соответствующие меры, детализированные в техническом приложении к Хартии.

В рамках принятой Хартии задачи службы «Etalab» были уточнены правительством в 2013 г. в «Дорожной карте». «Дорожная карта» зафиксировала шесть основных целей: 1) усиление транспарентности публичной деятельности (с представлением прямого доступа к данным о публичных счетах, загрязнении окружающей среды и выявленных правонарушениях), чтобы «повысить доверие граждан»; 2) создание обществом социальных инноваций с помощью новых средств; 3) улучшение административной деятельности; 4) повышение эффективности публичной деятельности путем внедрения

⁷ Хартия открытых данных «Группы восьми», июнь 2013. Available at: <https://data.gov.ru/hartiya-otkrytyh-dannyh-gruppy-vosmi> (дата обращения: 21-11-2019)

новых способов организации и процесса труда; 5) придание динамичности экономике новыми ресурсами, благоприятствующими инновациям и росту; 6) содействие международному влиянию и привлекательности Франции.

В 2014 г. Франция стала первой среди европейских стран в области цифрового администрирования. Она намерена ускорить движение в данном направлении, упрощая доступ отдельных лиц и предприятий в Интернет, а также делая государственные службы более эффективными и быстро реагирующими.

17.09.2014 Т. Мандон (тогда государственный секретарь по упрощению права) изложил Совету министров план создания цифрового инструментария преобразования государства. С тех пор правительство продолжало с помощью цифровых технологий облегчать административную нагрузку на бизнес, особенно с помощью экспериментов на упрощенном публичном рынке (MPS), который предлагает компаниям реагировать на определенные закупки путем предоставления только одного номера Siret для идентификации. Государство также приступает к новому этапу цифровой стратегии, особенно в том, что его информационная система является частью единой правительственной информационной системы, действующей при Премьер-министре с 2014 г. Проводится политика открытости данных, что иллюстрируется недавно открытой населению базы данных о медикаментах, открытием цен на топливо и помощь, оказываемую 17 зарубежным странам. Наконец, ускоряется дематериализация в отношениях между администрациями и гражданами или компаниями.

4. Цифровизация судебной власти

Французская конституционная доктрина относит к политическим институтам органы законодательной и исполнительной властей (*pouvoir*). Президенту отводится роль арбитра, хотя фактически именно он является главой исполнительной власти. О судебной власти Конституция говорит как об авторитете (*autorité*), тем самым подчеркивая ее независимый характер. Собственно *autorité* может быть переведено и как органы власти (в данном случае судебной), их полномочия, что даже терминологически отличает роль и место суда в системе государственных органов.

Судебная система Франции, исторически уходящая в средневековое прошлое — довольно запутанное образование. Первое, что следует отметить: Конституционный совет — орган конституционного контроля не входит в систему судебной власти. Второе — Закон от 14–26.10.1790 о судебной власти, который вывел администрацию из судебного контроля, стал основой дуализма судебной власти, ее разделения на общую и административную

юстицию. Третье, отношения между управлением в сфере правосудия, тем, что французы называют публичной службой правосудия (*le service public de la justice*), и судебским корпусом, носителем собственно судебной власти, вызывают дискуссии о степени независимости последней. Действительно, многие вопросы, касающиеся судебной власти (набор судей, их карьера, организация работы органов правосудия) решаются Министерством юстиции — органом исполнительной власти, что ставит под сомнение независимость судов. В выступлении «Судебная власть или публичная служба правосудия?» на коллоквиуме «О статусе судей», организованном Парижским университетом и Французской ассоциацией истории правосудия 18.12.2015 первый председатель Кассационного суда Б. Лувель, отмечая несовершенство данной гибридной системы, подчеркнул, что «Франция, все еще глубоко пропитанная своей древней монархической культурой, сохраняя укоренившийся страх перед судьей, борется за создание действительно независимой судебной системы»⁸. Принятие Органического закона от 23.03.2019 об укреплении организации судебных органов и Закона от 23.03.2019 о программе на 2018–2022 и реформе правосудия⁹ являются очередным шагом в этой борьбе.

Если цифровизация в организации судебной деятельности мало чем отличается от цифровизации в сфере исполнительной власти, то цифровизация собственно процесса правосудия вызывает явно выраженные опасения, и, по существу, разделила французскую магистратуру (и не только французскую) на оптимистов и пессимистов. Оптимисты считают, что судья сохранит ключевую роль в судебном процессе, а пессимисты видят судью и адвоката в роли «приложения» к компьютерным платформам и алгоритмам. В литературе появилось понятие «предсказуемое правосудие» (*justice prédictive*), негативные последствия которого не дают покоя многим. В подобных умонастроениях показательна дискуссия вокруг книги А. Гарапона и Ж. Лассега «Цифровое правосудие», в которой авторы (судья и эпистемолог) рисуют безотрадную картину участи юриста, попавшего в «жернова» цифровой революции, бросающей вызов старым учреждениям, «расстраивая их власть и высмеивая их атрибуты» [Garapon A., Lassègue J., 2018: 92], что грозит правосудию, полностью отвернувшемуся от представлений, укоренившихся с глубокой древности.

⁸ Discours prononcé lors du colloque sur « le statut du magistrat » organisé en partenariat avec l'université Panthéon-Assas (Paris 2) et l'association française pour l'histoire de la justice (AFHJ) Vendredi 18 décembre 2015. Available at: https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/service_public_33269.html (дата обращения: 21-11-2019)

⁹ Loi organique n° 2019-221 du 23 mars 2019 relative au renforcement de l'organisation des juridictions // Journal officiel du 24 mars 2019. Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice // Journal officiel du 24 mars 2019.

5. Цифровизация персональных данных

Очевидно, начало цифровой демократии положила оцифровка личности, негативные последствия которой до сих пор не в полной мере осознаются обществом. Речь идет о законодательстве о защите персональных данных. Вывод, что компьютеризация общества неизбежно ведет к ограничению прав и свобод личности, а законодатель лишь фиксирует пределы этих ограничений, сделанный автором настоящей статьи 30 лет назад, едва ли может быть оспорен и в настоящее время. Время, к сожалению, лишь его подтверждает.

Действительно, в числе негативных последствий научно-технической революции — ограничение прав и свобод личности вследствие информатизации общества, расширение контроля над его членами, когда сфера частной жизни человека, закрытая для какого бы то ни было вмешательства, сокращается подобно шагреновой коже. В свое время французский сенатор Ж. Тиро сравнил современного человека с шариком игрового автомата (и не без оснований: каждый француз зарегистрирован примерно на 500 карточках — данные середины 1980-х годов), каждое движение которого отмечается сигнальной лампочкой. Цифра по нынешним временам смехотворная, если сосчитать, сколько раз за день «засвечивается» современный человек.

Франция имеет хорошо разработанное законодательство о защите информации персонального характера, в основе которого Закон от 6.01.1978 об информатике, картотеках и свободах¹⁰. Богатый опыт по охране номинативной информации накоплен Национальной комиссией по информатике и свободам, учрежденной указанным Законом. Последующие десятилетия действия законодательства о защите персональной информации дают богатую пищу для размышлений. За более чем 40-летнюю историю применения Закон об информатике, картотеках и свободе подвергся значительным изменениям. Лишь одна статья (ст. 1), определяющая цель Закона, осталась неизменной. Он увеличился в объеме с 48 до 72 статей.

Последняя корректировка национального законодательства о защите персональных данных продолжена в рамках Директивы ЕС 2016/680/ЕС от 27.04.2016 и принятого на ее основе в тот же день Регламента ЕС 2016/679 о персональных данных, которая расценивается как краеугольный камень последующей реформы персональных данных. Новая Директива вступила в силу 25.05.2018, знаменующая новый этап интерционализации защиты данных. Ответом Франции стал Закон №2018-493 от 20.06.2018 о защите персональных данных¹¹.

¹⁰ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés//Journal officiel du 6 janvier 1978.

¹¹ Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles//Journal officiel du 21 juin 2018.

Принятие данного Закона проходило на фоне усиливающегося беспокойства французских граждан состоянием охраны их персональных данных. По данным исследования, проведенного Институтом CSA (изучение рынков и общественного мнения) в сентябре 2017 г., 85% французов выразили озабоченность защитой их персональных данных (рост на 4% по сравнению с 2014 г). Еще большее беспокойство вызывает защита личных данных в Интернете: 90% опрошенных встревожены ее состоянием (против 85% в 2014 г.)¹².

Парадоксально, но искреннее беспокойство сочетается с поразительной беспечностью пользователей современных электронных средств в распоряжении номинативной информацией. Беспечностью, которая граничит с цифровым эксгибиционизмом, превращаясь в проблему социальной психологии и психиатрии. Пользователи, с невероятным усердием пополняющие свое электронное досье, то ли по наивности, то ли по невежеству не задумываются либо не догадываются, что информация, которую они охотно расточают в социальных сетях, может обернуться против них. Если демократия по природе «беременна авторитаризмом» то общество с его оцифрованными гражданами, находящимся под тотальным контролем посредством цифровых технологий, вполне подготовлено к перерождению демократии в тоталитарное государство.

Что может противопоставить современное государство этой перспективе? Очевидно, оно должно опираться на идеи, консолидирующие граждан в противодействии подобному будущему. В числе этих идей, прочно утвердившихся во французском публичном праве, является идея всеобщего интереса (*l'intérêt général*), связывающего личность, общество и государство. В докладе на эту тему, подготовленном Государственным советом в 1999 г.¹³, подчеркивалось, что дебаты вокруг всеобщего интереса касаются не только публичных властей — они касаются каждого гражданина. Поиск всеобщего интереса требует от каждого гражданина в известной мере дистанцироваться от своих собственных интересов. В этом контексте кризис концепции всеобщего интереса не кажется странным на фоне кризиса общих ценностей общества. Демократия основывается в целом на самих индивидах, способных взять на себя бремя граждан. Против отсутствия стремления к выявлению всеобщего интереса или заинтересованности в общем благе, как справедливо отмечается в докладе, не существует институционального лекарства. Нельзя возбудить энергию законодательным путем. Невозможно заставить

¹² Les Français et la protection de leurs données personnelles / CSA Research. Étude. 19/09/2017. Available at: <https://www.csa.eu/fr/survey/les-fran%C3%A7ais-et-la-protection-de-leurs-donnees-personnelles> (дата обращения: 21-11-2019)

¹³ Le Conseil d'État : Réflexions sur l'intérêt général — Rapport public 1999. Available at: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999> (дата обращения: 21-11-2019)

индивидов быть гражданами. Авторы доклада видят выход из положения в утверждении этики ответственности, в воспитании свободных граждан, приверженных ценностям солидарности, цементирующих общество.

В основе демократического правления и эффективного функционирования конституционно-правовых институтов лежит устойчивая обратная связь между властью и гражданами, которая невозможна без доверия граждан к государству и его институтам. Тема доверия к власти, будучи одной из ведущих тем политических дебатов последних лет, перешла из умозрительной в правовую плоскость. Действительно, термин «доверие» уверенно входит в язык законодателя. В шести законах, принятых в 2000-х годах, его можно найти в их названиях: Закон № 2018-727 о государстве на службе общества доверия¹⁴, Органический закон № 2017-1338 о доверии в политической жизни¹⁵, Закон № 2005-842 о доверии и модернизации экономики¹⁶, Закон № 2005-67 об укреплении доверия и защите потребителя¹⁷, Закон о доверии в цифровой экономике.

Трудно говорить о демократии в условия слабой осведомленности граждан о реалиях общественной и политической жизни. Расцвет демократии связывается с беспрепятственной циркуляцией любой информации, потенциально доступной всем. В юридическом словаре появляется понятие демократической транспарентности (*la transparence* — прозрачность), претендующее на фундаментальную характеристику современной демократии. Помимо семантических нюансов данного понятия, транспарентность может быть определена как особая информационная политика государства, построенная на принципах открытости и доступности для граждан информации о деятельности органов публичной власти и лиц, их представляющих.

Заключение

Анализ влияния цифровизации на демократические институты позволяет сделать выводы:

очевидно, что концептуальное осмысление последствий цифровой революции для государственных и общественных институтов, а также правово-

¹⁴ Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance//Journal officiel du 11 août 2018.

¹⁵ Loi organique n° 2017-1338 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique//Journal officiel du 16 septembre 2017.

¹⁶ Loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie//Journal officiel du 27 juillet 2005.

¹⁷ Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur//Journal officiel du 1 février 2005.

го статуса личности не успевает за лавинообразным внедрением новейших информационных средств и технологий, ведущих к коренному изменению образа жизни и мышления современников;

внедрение цифровых технологий, безусловно, оказывает влияние на демократические процессы. К позитивным последствиям цифровизации как нового этапа информатизации общества можно отнести расширение права на информацию, на доступ к информации о деятельности публичных органов;

столь же очевидны и негативные последствия цифровизации: киберпреступность и иные различные формы девиантного поведения. «Шпионские войны» и «троллинг» в настоящее время являются обычной практикой. Цифровая сеть быстро превратилась в инструмент политической, экономической и культурной пропаганды, манипуляции общественным мнением и сознанием;

экстерриториальность цифровой коммуникации ограничивает роль национального закона как регулятора общественных отношений, усиливает действие иных факторов, недостижимых для государственной регуляции, что ставит вопрос о традиционном понимании суверенитета;

наличие огромного массива информации персонального характера в органах власти, в распоряжении юридических и физических лиц несет потенциальную угрозу злоупотреблений этой информацией. «Оцифровка» человека — это не только угроза тотального контроля, но и нового неравенства, когда оценка личности может строиться на основе критериев и алгоритмов, способных привести к ее дискриминации.



Библиография

- Дюверже М. Политические партии. М.: Академический проект, 2002. 560 с.
- Amor-Samy B., Lucia G. L'identité numérique. Les Cahiers du numérique, 2011, no 1, pp. 103–115.
- Bellanger P. Pourquoi un Commissariat à la souveraineté numérique. Available at: https://www.lepoint.fr/politique/tribune-bellanger-pourquoi-un-commissariat-a-la-souverainete-numerique-15-02-2016-2018023_20.php (дата обращения: 21-11-2019)
- Duverger M. La démocratie sans le peuple. Paris: Seuil, 1967. 249 p.
- Flichy P. Internet et le débat démocratique. Réseaux, 2008, no 150, pp. 159–185.
- Forey E., Geslot C. Internet, machine à voter et démocratie. Paris: L'Harmattan, 2001. 240 p.
- Ganascia J.-G., Germain E., Kirchner C. La souveraineté à l'ère du numérique. Rester maîtres de nos choix et de nos valeurs. Paris: CERNA, 2018. 38 p.
- Garapon A., Lassègue J. Justice digitale. Paris: PUF, 2018. 292 p.
- Laffaille F. La démocratie participative, niaiserie comtempotaine. Recueil Dalloz, 2017, no 2, pp. 56–57.
- Leclerc J. Le droit de pétition, étude de droit public compare. Thèse, Université de droit de Paris, 2013. 218 p.

Levy P. *Cyberdémocratie*. Paris: Odile Jacob, 2002. 288 p.

Loveluck B. Internet, vers la démocratie radicale. *Le Débat*, 2008, no 151, pp. 150–166.

Nora S., Minc A. *L'informatisation de la Société*. Paris: La Documentation française, 1978. 163 p.

Rousseau D. De la démocratie représentative à la démocratie continue. *Liberation*, 2017, 14 février.

Séгур P., Périé-Frey S. *L'Internet et la démocratie numérique*. Perpignan: Presses universitaires, 2016. 219 p.

Vedel T. L'idée de démocratie électronique origines, visions, questions — Le désenchantement démocratique. Paris: Editions de l'Aube, 2003, p. 243–266.

Vedel T. La démocratie électronique en question. *Territoires*, 2007, no 477, pp. 42–45.

Ziegler J. *Cyberdémocratie et démocratie participative / L'Internet et la démocratie numérique*. Perpignan: Presses universitaires, 2016, pp. 155–171.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

France: to Digital Democracy



Anatoli Pilipenko

Assistant Professor, Leading Researcher, department of foreign constitutional, administrative, criminal legislation and international law, Institute of Legislation and Comparative Law under Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: anpilipenko@rambler.ru



Abstract

The article, using the example of France, a country with a rich democratic history and tradition, examines the process of transformation of the concept and the role of democracy in the digital revolution. In this context, the object of the study was new ideas in assessing democracy and their refraction in the legislative activity of the parliament and implementation by the executive branch, as well as their impact on the rights and freedoms of the individual. The purpose of the work is to find an answer to the question of how traditional forms of democracy and their perception in the public mind correspond to the realities of our days. This defines its main tasks — identifying the effects of digitalization on democracy, their impact on democratic institutions and processes. To implement the tasks set, both general scientific research methods (logical, historical, systemic) and special methods were used: formal legal, comparative legal methods, and the interpretation of law. For specialists who advocate the concept of “digital democracy”, its implementation opens up new prospects for the establishment of true democracy, where direct forms of its implementation, citizen participation in decision-making at all levels of government are expanding. There are other points of view, the essence of which is to deny the significant effects of digitalization on democracy. Moreover, its State reforms in France attach particular importance to the “figure”, which, according to their initiators, will generally strengthen the country’s democratic institutions. The figure appears in the title of the work of the working groups on the parliamentary reform, in the laws adopted by it, which allocated and subjected to legal regulation of areas of activity, especially

those affected by digitalization. negative consequences are emphasized: cybercrime, dehumanization of society, human exclusion. The article outlines a number of problems that digitalization poses for democracy and its main subject and object — the person. Indeed, digitalization opens up unprecedented opportunities, but does it fundamentally change the nature and nature of the relationship between “managers” and “governed” (L. Duguit). All these issues were the subject of analysis in this article.



Keywords

democracy, digital democracy, e-democracy, participatory democracy, deliberative democracy, cyber democracy, digitalization legislation, legislative branch, executive branch, judicial branch, personal data, constitutional reform.

For citation: Pilipenko A.N. (2019) France: to Digital Democracy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 185–207 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.185.207



References

Amor-Samy B., Lucia G. (2011) L'identité numérique. *Les Cahiers du numérique*, no 1, pp. 103–115.

Bellanger P. (2016) Pourquoi un Commissariat à la souveraineté numérique. Available at: https://www.lepoint.fr/politique/tribune-bellanger-pourquoi-un-commissariat-a-la-souverainete-numerique-15-02-2016-2018023_20.php (accessed: 21-11-2019)

Duverger M. (1967) *La démocratie sans le peuple*. Paris: Seuil, 249 p.

Duverger M. (2002) *Political Parties*. Moscow: Akademicheskyy proekt, 560 p. (in Russian)

Flichy P. (2008) Internet et le débat démocratique. *Réseaux*, no 150, pp. 159–185.

Forey E., Geslot C. (2001) *Internet, machine à voter et démocratie*. Paris: L'Harmattan, 240 p.

Ganascia J.-G., Germain E., Kirchner C. (2018) *La souveraineté à l'ère du numérique. Rester maîtres de nos choix et de nos valeurs*. Paris: CERNA, 38 p.

Garapon A., Lassègue J. (2018) *Justice digitale*. Paris: PUF, 292 p.

Laffaille F. (2017) La démocratie participative, niaiserie comtempotaine. *Recueil Dalloz*, no 2, pp. 56–57.

Leclerc J. (2013) *Le droit de pétition, étude de droit public compare*. Thèse. Université de droit de Paris, 218 p.

Levy P. (2002) *Cyberdémocratie*. Paris: Odile Jacob, 288 p.

Loveluck B. (2008) Internet, vers la démocratie radicale. *Le Débat*, no 151, pp. 150-166.

Nora S., Minc A. (1978) *L'informatisation de la société*. Paris: La Documentation française, 163 p.

Rousseau D. (2017) De la démocratie représentative à la démocratie continue. *Liberation*, 2017, 14 février.

Séguin P., Périé-Frey S. (2016) *L'Internet et la démocratie numérique*. Perpignan: Presses universitaires, 219 p.

Vedel T. (2003) *L'idée de démocratie électronique origines, visions, questions — Le désenchantement démocratique*. Paris: Editions de l'Aube, pp. 243–266.

Vedel T. (2007) La démocratie électronique en question. *Territoires*, no 477, pp. 42–45.

Ziegler J. (2016) Cyberdémocratie et démocratie participative. *L'Internet et la démocratie numérique*. Perpignan: Presses universitaires, pp. 155–171.

Legal Basis of Protection of Nature and the Role of Courts while Protecting Nature in Lithuania



Gintautas Danishauskas

Associate Professor, Department of Criminal Law, Mykolas Romeris University. Address: 20 Ateities Str., LT-08303 Vilnius, Lithuania. E-mail: danigint@mruni.eu



Abstract

It is commonly understood that nature has the biggest value for humanity. The article examines and analyzes the legal framework for nature conservation and issues related to state institutions including the judiciary's role in protecting and preserving the environment and its individual objects. Also article analysis how courts contribute to the highest human values — the protection and enhancement of nature while administering justice. On nature and its resources depends what kind of economy we will have and develop in the future on state and global scale. While speaking about the economic issues O. Blanchard states that it is also important for everyone to know not only what to expect today, but what to expect in the future too. Since the nature and its objects are especially important human value for their protection the state institutions, inspections and judicial authority are mobilized as The Constitution of the Republic of Lithuania states that judicial authority works to protect the human rights. It means that the judicial power as well as other two powers is also responsible for nature protection as it is a right of all humans. The work also analyzes the statistics of nature protection and the executive's contribution to the protection of nature. The topic is relevant because it examines the issue concerning not only a particular area of our social life, but also each one of us. In international and national acts of nature protection and in final decisions of courts reinforces the legal imperative of providing a regulatory framework for the protection of nature and also establishes the right for all subjects to use natural goods. This inevitably affects not only each one of us but also the whole society and the state. Although the topic of environmental protection is not basically new, there is no detailed examination about current legal framework and judicial significance for the protection of nature in Lithuanian researches. That is why this issue is not fully investigated and it can manifest only by the individual phrases without a specific study conclusions.



Keywords

nature; protection; natural objects; convention; Lithuania; public interest; Constitution; court decisions; statistics.

For citation: Danishauskas G. (2019) Legal Basis of Protection of Nature and the Role of Courts while Protecting Nature in Lithuania. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 208–221 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.208.221

Introduction

The aim of study is to determine whether the legal basis for nature protection in Lithuania is enough, what monetary costs can be allocated to the protection and what is the role of the judiciary in protecting and preserving the natural values. Research tasks are to analyze international and national legal acts on environmental protection, to access statistics relating to nature protection issues, to analyze the role of the courts in the process. Tested hypotheses is whereas at the level of international and national Constitutional law natural values are associated with basic human rights it is assured by public authorities, including the judicial justice. Research methods include: analysis, comparison, logical, statistical analysis. Research objective is to analyze issues related to the legal framework development of nature protection of Lithuania as well as giving and operational basis for the courts and their role in preserving and protecting the environment and its individual objects.

1. International and national law in Lithuanian environmental activities and nature conservation priorities in government economic policy

Almost half a century ago — in 1972 in the United Nations Declaration of the Stockholm Conference were raised questions related to a healthy environment and they were associated with the human right to life. It was the first large-scale conference of United Nations held to discuss international environmental issues. It was attended by 113 countries and over 400 international and non-governmental organizations. Even now the Conference is recognized as one of the main events regarding the start of the contemporary international environmental policy field [Baylis J., Smith S., 2005: 454–455]. However, in spite of international documents and legal acts adopted in Lithuania in the field of nature protection, nature is still being damaged, polluted and its protection is inadequate. In The United Nations Stockholm Conference in 1972 (United Nations Conference on the Human Environment) dedicated to discussion of the environmental issues, the declaration was adopted which highlights that both natural and human built environment is mandatory for human well-being and fundamental human rights, to guarantee the right to life itself. The first principle of the Declaration stated that person has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life in the environment with such quality that allows to live in dignity and ensures well-being of human. And human has a duty to protect and improve the environment for present and future generations¹. Ten years after a conference in

¹ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment. Available at: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en> (accessed: 20.03.2017).

Nairobi was held dedicated to discussion of the results of environmental protection, conference is also known as Stockholm+10. It was attended by 134 states. The Conference admitted that the objectives regarding the protection of the nature from past Stockholm declaration were not fulfilled and in 10 years we can notice the environmental deterioration. In the adopted Declaration of Nairobi was re-announced the support for the Stockholm Declaration and expressed desire to strengthen the environmental protection program [De Sombre E., 2006: 24-25]. In the 1990's the European Council also announced that the European Community and its Member States must have to take steps to guarantee the human rights to a clean and healthy environment including air quality, rivers, lakes, coasts and sea waters, quality of food and drinking water, protection from noise, protection from the pollution, protection of flora and fauna, protection for the landscape and other natural heritage, the quality and enjoyment of residential areas [Kramer L., 2012: 2].

That is why in the Constitution of the Republic of Lithuania, adopted in 1992, while consolidating the fundamental human rights such as the right to life, health, freedom, property the right to nature values was consolidated too. But it is important to remember that with this right exists aligned with responsibility — we must have to protect the nature². This indicates that this value as much as any other value established in the Constitution has a large meaning in the society. The article Nr. 53 of the Basic Law enshrined the provision that the state and each person must have to protect the environment from harmful effects. The article 54 of the Constitution prescribes that the state has a duty to take care of the natural environment, wildlife and plants, individual objects and the areas of particular value, to ensure the sustainable use as well as their restoration and augmentation of natural resources. It is emphasized that the law prohibited the destruction of land and its underground, the pollution of water and air, radioactive impact on the environment as well as depletion of wildlife and plants. While emphasizing the importance of natural objects and solving the property issues, the article 47 of the Constitution is enshrined that the Republic of Lithuania exclusively owns: sub-surface resources, as well as nationally significant internal waters, forests, parks, roads, historical, archaeological and cultural objects. The Republic of Lithuania also has exclusive rights to the airspace over its territory, its continental shelf and economic zone in the Baltic Sea. In the Republic of Lithuania the foreign entities can acquire ownership of lands, internal waters and forests only by a constitutional law. The land ownership according to conditions of law can belong to a foreign state — to set up its diplomatic and consular offices³.

² Lietuvos Respublikos Konstitucija. *Valstybės žinios*. 1992, Nr. 33-1014.

³ Lietuvos Respublikos Konstitucija. *Valstybės žinios*. 1992, Nr.33-1014.

It means that the Basic Law obligates the state institutions and first of all the parliament to create the legal framework to protect and defend the natural values, and executive power to allocate the necessary material resources. However, what the significance the protection of nature has among the other priority spending of Government, we can see in statistics: from yearly government spending allocated to the gross national product (GNP) — Gross Domestic Product GDP — 34,4%-34,8%, an average for nature protection is only 0,6%, while for the defense — 1,1%, for the public order — 1,7%, for the economy — 3,2%, for health care — 5,5%, and for social security — 11,5% GNP. Although statistics may slightly change, the change wouldn't be significant. For example, if in 2004 for these costs were allocated 34,8% at 2019 it will be 34,4 of GNP⁴. Such funds for nature conservation, compared with other fields, cannot be sufficient. The larger funds allocated to other purposes increases the human economic activities by itself and it inevitably leads to increased environmental pollution and requires more funds to its reconstruction. Profit seeking and non-profit economic entities who are polluting the environment are not always interested and capable to restore the damaged environment without additional obligations. That is why the comparative GDP funds has to be allocated regarding the economic activity scale, which is directly dependent on the size of GDP funding for their activities. Overall the economic activities have the greatest impact for the natural contamination and it is even associated with climate change.

Intergovernmental Panel on Climate Changes in its fourth assessment report and in other published scientific studies indicate that the economic activities which pollutes the nature has the greatest influence on the climate system [Satkūnas J., 2014: 15]. That is why the most serious environmental problems remains in the most densely populated cities in Lithuania and especially in the capital — Vilnius, where the economic activities are developed the most. Over the past few years the content of oil and other pollutants grew by 18,4% in region of Vilnius [Mareškevičienė I., 2015: 65]. Due to the problem of under-proportional funding for nature conservation and government policy, in this field the judicial activities in the protection and restoration of natural objects acquired a great importance. Aarhus Convention is an international document that also became a component of national system and it provides a legal framework for all interested parties to apply to the court regarding the nature protection issues⁵. Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters” was also ratified by the Parliament of the Re-

⁴ Available at: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2016/sp2016_lithuania_lt.pdf (accessed: 7.04.2017).

⁵ Convention on access to information, public participation in decision-making and access to justice in environmental matters. Available at: <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e.pdf> [accessed: 21.03.2017].

public of Lithuania in 2001 and it became a part of national law system⁶. The main goal of Convention is to protect human rights of current and future generations on healthy and friendly environment, to ensure the right to information, the right to participate in decision-making process and the right to apply to the court about environmental protection issues. The Convention highlights the main focus of nature conservation: 1) it links the right on healthy environment with human rights; 2) highlights our duties for the future generations; 3) it emphasizes that the sustainable development of nature protection is only possible if all concerned groups are involved; 4) links the accountability of authorities and the protection of environment; 5) puts efforts to mobilize the communication of the public and government authorities democratically. According to Convention anyone can apply to court regarding nature protection questions. The concerned parties may be: 1. The society means one or more individual or legal persons, and in accordance with national legislation or practice their associations, organizations or groups. 2., „The concerned society” means the society, affected or likely to influence environmental decisions or having an interest in the decision-making process. According to non-governmental organizations promoting environmental protection and in accordance with national law are deemed to have an interest.

2. The role of the courts in protecting and restoring the damaged natural objects

Taking into account the particular importance of nature preservation, the highest Lithuanian court engaged in constitutional review — The Constitutional Court of the Republic of Lithuania gives the imperatives for all other courts and notes that one of the state performance targets *expressis verbis* enshrined in the Constitution is to ensure people’s rights to a healthy and a clean environment. It established the constitutional imperative of environmental protection. It is emphasized that a person’s right to a healthy environment is required for a dignified life and access to many other constitutional rights⁷. Mirroring this court decision, The Supreme Administrative Court of the Republic of Lithuania repeats the same provision in cases. No. A520-211 / 2013 and No. A602-186 / 2013⁸. In these cases the courts also associate the healthy nature with basic constitutional human rights. On the content of law the new law can only arise from the executing law. That is why the large industrial companies, who are the most polluting entities, are obligated

⁶ Konvencija “Dėl teisės gauti informaciją, visuomenės dalyvavimo priimant sprendimus ir teisės kreiptis į teismus aplinkos klausimais”. *Valstybės žinios*. 2001, Nr.73-2565.

⁷ Konstitucinio Teismo 1998 m. birželio 1 d., 2003 m. spalio 29 d., 2005 m. gegužės 13 d., 2006 m. kovo 14 d., 2007 m. liepos 5 d., 2009 m. rugsėjo 2 d., 2011 m. sausio 31 d. nutarimai.

⁸ *Vyriausiojo administracinio teismo biuletenis*. 2013, Nr. 26, p. 271-301; 2013, Nr. A602-186/2013.

to pay the funds to the restoration of nature. That is why the corporate investment in environmental protection in 2015 was 88 million EUR and it distributed by the major nature object for human rights: for protection of water resources — 66%, for waste collection and processing — 17,1%, for air protection — 14,7%, for other environmental protection activities — 2,2%. However, it is clear that corporate investment in environmental protection from 2011 decreased by 5,9%⁹. It should be noted that the most polluting entities — refined petroleum products and food manufacturers for the protection of nature gives about 56,4% from the companies funding [Jablonskienė A., 2014: 44]. Industrial companies together becomes a primary polluters. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania obligated such entities to pay for natural pollution. In court jurisprudence the principled provision is established as “the polluter pays” the costs of waste management. It means that the costs of waste management has to be paid by the primary waste producer or by the current or previous waste holders and the manufacturer or importer of the products which produce waste which pollutes the environment¹⁰. However, if the companies or other entities are not following the rules provided by the Environmental Protection Law of the Republic of Lithuania, article 7 also provides a right to concerned individuals to apply to a court by implementation of right to receive information about the environment. It also provides a right to concerned society to apply to court according to the law for the protection of public interest and protection of the environment and natural resources¹¹. Apart from the Aarhus Convention and the specific Environmental Protection Law of the Republic of Lithuania that regulates environmental legal relations the right to go to court for concerned parties also gives the Law of the Administrative Proceedings of the Republic of Lithuania¹². The article No. 5 of this Law regulates that the court shall hear the case by the person or his representative who applies for the protection of the right or legitimate interest by the complaint or request.

Furthermore, the article 56 complements and specifies the subjects who can apply to the court regarding mentioned matters. It is stated that the prosecutor in cases prescribed by law, administrative bodies, public authorities, organizations, departments and individuals can apply to the court with a petition to protect the

⁹ Įmonių išlaidos gamtos apsaugai. Verslo žinios. Available at: <http://vz.lt/archive/article/2013/11/12/imoniu-islaidos-aplinkos-apsaugai-sumazejo-5-9#ixzz4dSfi2vto>[accessed: 07.04.2017].

¹⁰ Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2014 m. gegužės 9 d. Nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. balandžio 12 d. nutarimu Nr. 519 “Dėl Valstybinio strateginio atliekų tvarkymo plano patvirtinimo” patvirtinto Valstybinio strateginio atliekų tvarkymo plano 166.4 punkto (2007 m. spalio 31 d., 2010 m. gruodžio 1 d. redakcijos) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai “. *Teisėsaktyregistras*. 2014, Nr. 5.

¹¹ Lietuvos Respublikos aplinkos apsaugos įstatymas. *Valstybės žinios*. 1992, Nr.5-75.

¹² Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas. *Valstybės žinios*. 1999, Nr.13-308; *Valstybės žinios*.2000, Nr.85-2566; Teisės aktų registras 2016, Nr.4.

public interest or defend the right of the state, municipalities, individual rights and interests protected by law. These interests highlights the protection of nature and the rights to them. It is understood that in defending the public interest and the person's subjective right or legitimate interest the Administrative Proceedings rules are different. That is why court must have to determine all circumstances of the application to protect the public interest in a particular case. To determine whether the applicant applies to the court in defense of subjective rights only or for legitimate interest. When this base is determined the court defines the boundaries of the environmental litigation. However, this does not change the essence of nature protection because in these cases subjects are going to court in order to protect and defend the environment and the right to it. For example, in an administrative case No. A 438-1338/2012 the panel of judges admitted that in applicant's complaint they were concerned about defense of the public and with their private subjective rights (interests). Although the applicant's applied to the court in defense of the particular violation of their subjective rights (interests) related to improper set adjacent parcel boundaries and parcel of the formation (measurement) violation procedures. However, the applicants sought the court assessed as related to the public interest in the field of environmental protection, it means, the applicant's complaint was based on what is important, necessary, useful to society or the part of society. It was the questions about the forest conservation, as well as the public's right to a healthy and clean environment assurance. Although the complaint seeks to ensure that in the forest land assigned to the area will be no construction work and environmental conversion. While analyzing the case law related to the field of environment protection there are no requirements for subjects to go to court on purpose to protect the violated or disputed right or legally protected interest¹³. This right is guaranteed to any concerned entity seeking to preserve and protect the natural values or rights to them.

However, we have to note that the practice in environmental protection field does not always go smoothly, especially when its defense is based on the public interest. The problem is that the Supreme Administrative Court of the Republic of Lithuania state that the public interest in court can be defended only on two conditions: the public interests can be protected only by statutory entities who are going to court and only in cases provided by law. When deciding a violation case of public interest in each case the trial court examining whether a party that complaints to the court, has a legal attorney to protect the public interest. If such right is not granted by law, the court can not satisfy the requirement to protect the public interest. In addition to these two conditions indicated in the case-law there is a one more requirement to apply for a public interest — a real presence of

¹³ Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2012 m. balandžio 2 d. nutartis administracinėje byloje Nr. A-858-1193-12. Available at: <http://eteismai.lt/byla/181912997890951/A-858-1193-12> (accessed: 21.03.2017)

the public interest¹⁴. Only the court can identify second condition while deciding whether there is a basis to start a trial. All the other entities, regardless of their perceived specific legal relation content imperatively must have to accept it as a fair procedure, since, according to M. Freeman, judge is the one who has an exclusive right to administer justice [Freeman M., 2014: 1617]. If it is determined that the subject does not have the right to go to court, his complaint is rejected according to the Proceeding Law of the Republic of Lithuania, article No 37, part 2, 1st point. And if court decides to start a trial and later finds out that it was done without a reason the case is terminated. The situation is that sometimes the public interest in the protection of nature can be really damaged but entity who complains about it has no attorney. And in the result the natural values and the rights to it are not protected¹⁵. According to scientists work from University of Chicago we can see a clear conclusion that what is decided in the courts does not necessarily mean that it is right in practice and that in this way the infringement will be reduced [Lawrence S., Tiesma P., 2005: 237]. In practice the situation is emerging in which natural objects or rights to them although illicit vulnerable but they are not protected only because of the legislative formality. After all, the courts have an authority to administer justice and if there is a legal necessity they must have to hand out not only legitimate but also the right decision. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania also emphasized that the judiciary power as one of the branches of power must be entitled to execute justice in such way that the expectations of society concerning protection of every person' and the whole society's rights and interests would be satisfied. That is why the judicial authorities for the purpose of a constitutional right must have to hand out only socially valued solutions. And the society is concerned about the correct reception of the final acts¹⁶. J. Rawls in particular says that the justice can be identified with fairness [Rawls J., 1999: 9]. First of all court shall be honest to itself: the rights are violated and they must be protected regardless of the legislative formalities. While commenting on the fact that while seeking the justice court does not have to be guided only by the law The Constitutional Court of the Republic of Lithuania emphasizes that any court while making a decision in case must follow the law, as well as the main principles of the Constitution: principles of justice, reasonableness, proportionality and fairness¹⁷.

¹⁴ 2013 m. rugsėjo 23 d. išplėstinės teisėjų kolegijos sprendimas administracinėje byloje Nr. A520-211/2013. *Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis*. 2013, Nr. 26, p. 271–302.

¹⁵ 2013 m. rugpjūčio 19 d. išplėstinės teisėjų kolegijos nutartis administracinėje byloje Nr. A502-580/2013. *Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis*. 2014, Nr. 26, p. 207.

¹⁶ Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2006 m. lapkričio 27 d. Nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos teismų įstatymo 90 straipsnio 8 dalies (2002 m. sausio 24 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai.“ *Valstybės žinios*. 2006, Nr. 130-4910.

¹⁷ Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2008 m. kovo 15 d. Nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 2002 m. vasario 6 d. nutarimu Nr. 177 “Dėl Skirtų realizuoti netauriųjų metalų

Even worse if the «formal» or insufficiently legally based final act of the court has a meaning of the precedent. About such kind of justice the author wrote in the research article “The role of public policy in Taxation: The Case Study of Court Ruling on the Taxation of illegally produced product”.

It should be noted that the public interest in the nature preservation is not any interest of a legal person or a group of persons but only the one that reflects and expresses the fundamental values of society that are consolidated, protected and defended by the Constitution of the Republic of Lithuania. Therefore in any case when it comes to a question whether a particular interest can be considered as a public interest it is necessary to establish a fact if alternatively the interest of a person or a group will undermine the values which are protected and defended by the Constitution of the Republic of Lithuania¹⁸. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania emphasized that the state as a whole political organization has a purpose — to protect a human rights and to guarantee the public interest¹⁹. And the protection of that interest is one of the most important conditions of the existence and development of society²⁰. We can see that such public interest at the level of judiciary as well as at the international law level is equivalent to the existence of the nation. And it is understandable because such values as the healthy nature are related to the very existence of the nation. In the following case-law the public interest is not considered to be any legal interest of a single person or group of persons but the one that reflects and expresses the fundamental values of society which are consolidated, protected and defended by the Constitution of the Republic of Lithuania. As mentioned, in practice when it comes to a question whether a particular interest can be considered as a public one it is necessary to

laužo ir atliekų supirkimo licencijavimo taisyklių patvirtinimo” (2004 m. rugpjūčio 31 d. redakcija) patvirtintų Skirtų realizuoti netauriųjų metalų laužo ir atliekų supirkimo licencijavimo taisyklių (2004 m. rugpjūčio 31 d. redakcija) 34 punkto atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2008, Nr. 32-1114.

¹⁸ 2008 m. liepos 25 d. išplėstinės teisėjų kolegijos nutartis administracinėje byloje Nr. A146-335/2008. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis. 2008, Nr. 15, p. 184–229.

¹⁹ LR Konstitucinio teismo 2006 m. sausio 16 d. „Nutarimas Dėl Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 131 straipsnio 4 dalies (2001 m. rugsėjo 11 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai, dėl Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 234 straipsnio 5 dalies (2003 m. balandžio 10 d., 2003 m. rugsėjo 16 d. redakcijos), 244 straipsnio 2 dalies (2003 m. balandžio 10 d., 2003 m. rugsėjo 16 d. redakcijos), 407 straipsnio (2003 m. birželio 19 d. redakcija), 408 straipsnio 1 dalies (2002 m. kovo 14 d. redakcija), 412 straipsnio 2 ir 3 dalių (2002 m. kovo 14 d. redakcija), 413 straipsnio 5 dalies (2002 m. kovo 14 d. redakcija), 414 straipsnio 2 dalies (2002 m. kovo 14 d. redakcija) atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai ir dėl pareiškėjo — Šiaulių rajono apylinkės teismo prašymų ištirti, ar Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso 410 straipsnis (2002 m. kovo 14 d. redakcija) neprieštarauja Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2006, Nr.7-254.

²⁰ LR Konstitucinio teismo 2005 m. gegužės 13 d. Nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos medžioklės įstatymo 7 straipsnio 2 dalies, 8 straipsnio 1, 9, 10 dalių, 13 straipsnio 2 dalies, 18 straipsnio 7 dalies ir 22 straipsnio 3, 6, 7 dalių atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2005, Nr.63-2235.

establish a fact if alternatively the interest of a person or a group will undermine the values which are protected and defended by the Constitution of the Republic of Lithuania²¹. We have already mentioned that the protection of the environment is a value which must be protected according to the Basic Law of Lithuania. That is why all authorized public entities has a right and a duty to initiate the protection process in the field of nature preservation. But we can state that for a long time Lithuanian legal acts did not contain a concept of nature protection as a public interest. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania was trying to fix this matter. In its jurisprudence the Constitutional Court named a values of global significance — certain environmental objects as the public interest. For example, The Constitutional Court stated that the constitutional principle of protection of land shows that the land is treated as a universal value that has a social function — to serve to the welfare of the nation. It is a matter of a great importance for the society how land is used because there is a universal need to preserve a productivity of land. It is particularly important that this value would be used in rational and effective way²². The forests are also recognized by the Court as a separate and important natural and social value. The Court emphasized that the forest is one of the main natural resources. It is a part of united ecological system, it serves the welfare of society and human, protects the stability of the landscape, fosters the environmental quality. The forest has a special ecological, social and economic significance to environmental public interests and that fact leads to certain limitations and constrains for the owners of forests²³. Later, while complementing its ruling the Constitutional Court of the Republic of Lithuania stated that the natural environment, fauna and flora, individual objects of nature and particularly valuable areas The Constitution treats as a universal value of national values. And also the Court declared that the natural environment, fauna and flora, individual objects of nature and areas of particular value and protection has to be used and treated rationally the restoration and augmentation must have to be ensured as well as a proper management of populations of *inter alia* wild animals (their species)²⁴.

²¹ 2008 m. liepos 25 d. išplėstinės teisėjų kolegijos nutartis administracinėje byloje Nr. A146-335/2008. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis. 2008, Nr. 15, p. 184–229.

²² LR Konstitucinio teismo 1996 m. rugsėjo 25 d. Nutarimas “Dėl Lietuvos Respublikos žemės įstatymo 6 straipsnio pirmosios ir antrosios dalių normų, reguliuojančių vietos savivaldos institucijų teisės valstybinės žemės valdymo srityje, ir 24 straipsnio atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 1996, Nr.92-2173.

²³ Dėl Lietuvos Respublikos Vyriausybės 1991 m. rugpjūčio 14 d. nutarimo Nr. 329 “Dėl miškams padarytos žalos atlyginimo” 3.4 punkto 3 pastraipos atitikimo Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 1998, Nr.52-1435.

²⁴ LR Konstitucinio teismo 2005 m. gegužės 13 d. Nutarimas „Dėl Lietuvos Respublikos medžioklės įstatymo 7 straipsnio 2 dalies, 8 straipsnio 1, 9, 10 dalių, 13 straipsnio 2 dalies, 18 straipsnio 7 dalies ir 22 straipsnio 3, 6, 7 dalių atitikties Lietuvos Respublikos Konstitucijai“. *Valstybės žinios*. 2005, Nr.63-2235.

Till that time there were no regulatory imperative concept in the field of natural protection as public interest, it appeared only in 2014 when The Spatial Planning Law and the law of its replacement was adopted. It enshrined the normative content of the public interest in conservation of individual objects²⁵. In law it is already established a list of elements that make up the public interest of society for land-use planning process. The article No. 8 of this Law stipulates what constitutes the public interest in planning public areas. For example, it consists of greenery, fertile soil, forests, subterranean and other.

However, we can state the fact that the same violations of the nature protection law decreases every time. Although the decrease is not consistent. For example, in 2013 it was recorded 701 infringements of nature protection rules and in 2014 — 719 ones. We can see that infringement increased by 2,6%. However, over 10 years the infringements of nature protection has decreased by more than 3 times [Mareskeviciene I., 2015: 39]. According to the regions the most violations of nature protection set out in Vilnius, where the main economic activity is concentrated. It should be noted that in this region and infringements have a large enduring trend. For example the violations of water protection in Vilnius region reaches 83% [Mareskeviciene I., 2015: 67].

However as mentioned above in case-law not everyone as a subjects has a right to apply to the court in order to protect the public interest in the field of nature protection. And in court practice it is one of the mandatory conditions. Another condition — it can only be done by law²⁶. As already mentioned in addition to the prosecutor the right to apply to the court for protection of public interest in nature conservation has administrative entities, state control officers, other public authorities, institutions, organizations, offices, and in some cases individuals if the court finds the law to allow them to defend a public interest²⁷. Despite the wide circle of entities with the right to complain to the court for the protection of public interest in the field on nature conservation, the interviews with judges shows that most of the times only prosecutors and public organizations applies to the court regarding this matter. Public organizations (associations) has the right to apply to the courts in order to protect the public interest in the protection of nature and this right is based on already mentioned Administrative Proceeding Law, article No. 5, part 3, point 3 and article No. 56, part 1 and also an article No. 9 of the Aarhus Convention.

However, in accordance with the already mentioned legal acts of the international law, the Constitution of the Republic of Lithuania, the judicial interpretation about the importance of the natural values and by the logic it can be stated

²⁵ Lietuvos Respublikos teritorijų planavimo įstatymas. *Valstybės žinios*. 2013, Nr.76-3824.

²⁶ 2013 m. rugsėjo 23 d. išplėstinės teisėjų kolegijos sprendimas administracinėje byloje Nr. A520-211/2013. *Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo biuletenis*. 2013, Nr. 26, p. 271–302.

²⁷ Lietuvos Respublikos administracinių bylų teisenos įstatymas. *Valstybės žinios*. 1999, Nr.13-308; *Valstybės žinios*. 2000, Nr.85-2566; Teisės aktų registras 2016, Nr.0.

that the environmental protection is not touching only the specific entities, it directly or indirectly affects every person who has not only a personal but also a public interest. That is why anyone, not only a subjects mentioned in law should have a right to initiate the judicial process to protect a nature as a public interest.

Conclusion

At level of international and national law nature (natural environment) and its protection is considered as one of the most important conditions of the public existence and development in comparison to such fundamental and universally recognized human values as life and health. It obligates the state and its separate institutions to ensure adequate protection of natural values. However, the research shows that a practical policy of the Government while allocating the gross national product funds for nature protection is not sufficient. GPD relative funds should be allocated in the framework of economic activity which is directly dependent on the size of GPD funding for their activities. If there is a disproportionate funding for nature conservation judiciary also gets an important significance concerning the protection and restoration of natural objects.

Although the protection of the environment and the right to it is governed by a number of international and national legislative acts and regulations, environmental relationship at the national level is not enough to adjust both the regulatory framework and the court practice. It is a fact that sometimes nature or the right to it is violated but because of legislative formality it is not protected. Despite the fact that courts are the institutions that have a duty to administer justice and then it is needed courts have to make not only legitimate but also a right decision. But courts are not always fulfilling its constitutional purpose. Moreover judicial obligations in the field of nature conservation are not enough and this field still has issues with realization of law.

Although essentially when entities are going to court to protect their violated or disputed rights or legally protected interest concerning the right to healthy environment there is no additional requirements. But if a person is trying to apply to the court when it comes to the public interest in the field of nature conservation there is an additional conditions. Those are conditions when you are trying to apply for the vases which are not provided by law or when a wrong entity is trying to apply. In such cases, natural objects and rights to it are not protected even if violations exists. In addition, if court decides to deal with the case and in the process mentioned conditions are revealed, the case is terminated. However, in some cases while going to court because of violation of personal environmental rights and if the court itself determines the public interest in that case they become a judicial part of the process as a social significance in environmental field, although only some entities can apply to the court about the public interest.

As a significant problem in protecting environmental values or right to them is that when entity applies to the court in order to defend the public interest in the field of nature conservation, only the court is competent to determine whether there is a real public interest.

In accordance with the Constitution of the Republic of Lithuania, the courts have a social purpose to administer justice. That is why in cases when because of formal and legal problems there is no enough legal basis to start a trial, assessing the importance of natural values courts should be guided not only by the law but also by the right to start a trial in order to protect these values or rights to them and to create such precedent and a right to the protection of natural values. It should be noted that in some cases if there is no normative act which is needed to regulate a legal relations in the field of nature protection, the legal basis for the protection of nature is provided by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

Although violations of nature protection have a tendency to decrease but it increases in densely populated areas in Lithuania, especially in Vilnius region where the economic activities are concentrated. It can be stated that both the legislative, the executive and the judiciary powers are not fully justified its purpose in the field of nature protection.

Suggestions

GDP allocated funds by Government for nature conservation should be calculated in proportion with the funding for other fields, since from funding size depends the scale of economic activity which costs a pollution and this damage must have to be restored.

Since the Constitution of the Republic of Lithuania treats the environment together with the most important human values and obliges every citizen of the Republic to protect it, it turns into an obligation of every entity in the field of nature conservation. To enhance the role of the courts in the environmental protection it is recommended that all entities should have a right to apply to court for nature conservation issues since nature protection directly affects every member of society.

If there is a gap in law about the public interest in nature conservation field defending opportunities in court on the basis of such appeal there should be an elucidation of court.



References

- Blanchard O. et al. (2006) *Macroeconomics*. 4th ed. Upper Saddle River (N.J.): Pearson Publishers, 553 p.
- Baylis J., Smith S. (2005) *The Globalization of World Politics*. 3rd ed. Oxford. Oxford University Press, 385 p.

Bucas J. (2001) *Krastotvarkos pagrindai*. Kaunas: Technologija, 188 p. (in Lithuanian)

Danisauskas G. (2015) The role of public policy in taxation: the case study of court ruling on the taxation of illegally produced product. *Actual problems of economics*, Kiev, no 6, pp. 51–54.

Davidiuvicius E. (2001) *Aplinkos apsaugas vadyba*. Vilnius: Litimo Press, 209 p. (in Lithuanian)

De Sombre E. (2006) *Global Environmental Institutions*. New York — London: Routledge, 402 p.

Freeman M. (2014) *Introduction to Jurisprudence*. London: Sweet and Maxwell, 510 p.

Jablonskienė A. (2014) *Gamtos išteklių ir aplinkos apsauga*. Vilnius: Lietuvos statistikos leidycia, 198 p. (in Lithuanian)

Jankievicius K., Liuzinas R. (2003) *Aplinkos biologinas valdymas*. Vilnius: Apyausris, 269 p. (in Lithuanian)

Kramer L. (2012) *The EU Environmental Law*. 7th ed. London: Sweet and Maxwell, 457 p.

Lawrence S., Tiersma P. (2005) *Speaking of Crime. The Language of Criminal Justice*. Chicago: University Press, 548 p.

Mareškevičienė I. (2015) *Aplinkos būklė, tik faktai*. Vilnius: Lutute, 254 p. (in Lithuanian)

Ozolinikus R. (2008) *Aplinkos politika valdymas*. Vilnius: MRU Press, 291 p. (in Lithuanian)

Rawls J. (1999) *A Theory of Justice*. Rev. ed. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 414 p.

Satkūnas J. (2014) *Aplinkos būklė, tik faktai*. Kaunas: Kopa Press, 321 p. (in Lithuanian)

Фикх — источник современного права в арабских странах

 **Л.Р. Сюкийяйнен**

профессор, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru

Аннотация

Специфика исламского права как самостоятельной правовой системы наглядно проявляется в его источниках. На протяжении столетий эту роль монопольно играла доктрина (фикх), которая в XIX в. стала уступать место законодательству. Однако и в настоящее время фикх является источником права арабских стран. Продолжающаяся исламизация их правовых систем идет по пути кодификации исламской правовой доктрины, в результате чего ей отводится роль материального источника права. Этому способствует закрепление в конституциях многих указанных стран шариата как источника законодательства. Текущее законодательство нередко также прямо указывает, что его содержание заимствовано из фикха. Это особенно характерно для статуса личности, который в большинстве арабских стран представлен законодательством, основанном на выводах исламской правовой доктрины. Одновременно фикх играет роль юридического источника современного права. В Саудовской Аравии фикх до сих пор является превалярующим источником в сравнении с нормативно-правовыми актами. В других странах его статус в качестве юридического источника закреплен законодательно. Это относится не только к частным отраслям, но и уголовному праву. Многие законодательные нормы невозможно реализовать без обращения к фикху. В ряде арабских стран выводы фикха рассматриваются в качестве элементов публичного порядка. Кроме того, законодательство нередко устанавливает, что при его толковании следует обращаться к шариату. Исламская правовая доктрина активно проявляет себя в роли субсидиарного источника современного права, что свойственно прежде всего отраслям частного права. Законодательство признает таким источником шариат, его принципы или различные школы фикха. Это типично не только для законодательства по вопросам личного статуса, целиком основанного на исламских нормах, но и для гражданских кодексов ряда стран, которые испытывают минимальное влияние шариата и ориентируются на европейские правовые образцы. Торговое, налоговое и процессуальное законодательство арабских стран также дает примеры признания исламской правовой доктрины субсидиарным источником права. Уникальная ситуация в Судане, где шариат и фикх закреплены в таком качестве на уровне всей правовой системы, кроме уголовного права.

Ключевые слова

шариат, фикх, исламское право, исламская правовая доктрина, кодификация фикха, исламизация правовой системы, материальный источник права, юридический источник права, субсидиарный источник права.

Благодарности: Публикация подготовлена в ходе исследования «Исламское право — самостоятельная правовая система» (проект №18-01-0026) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2018–2019 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5-100».

Для цитирования: Сюкияйнен Л.Р. Фикх — источник современного права в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 222–245.

УДК: 34.05

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.222.245

Введение

Наука сравнительного правоведения признает исламское право в качестве самостоятельного юридического феномена, характеризующегося оригинальным содержанием и формой, которые отличают его от иных правовых систем [Glenn P., 2010: 181-236]. Исламское право отвечает всем основным параметрам, которые юридическая компаративистика кладет в основу выделения различных правовых систем (семей). Так, история его формирования отмечена спецификой, отражающей глубокое влияние религиозных предписаний ислама. В исламском праве сформировались оригинальные институты и конструкции. Ему присущ особый стиль правового мышления, сформировавшийся в обществе с преобладанием религиозного сознания.

На уровне формы исламское право отличается особым характером источников. В частности, на протяжении многих веков единственным источником традиционного исламского права выступала доктрина — трактаты авторитетных мусульманских ученых. Данные произведения приобретали статус источников права в результате их регулярного применения шариатскими судами (судами кади) либо санкционирования государством в иной форме. Так, в Османской империи власть предписывала судам обращаться в поиске решений к произведениям мусульманских правоведов ханафитской школы. Среди этих трудов особое место принадлежало книге Ибрахима аль-Халаби «Слияние морей» [Аль-Халаби И., 1989].

Лишь во второй половине XIX в. доктрина как источник исламского права стала уступать свое место законодательству [Layish A., 2004: 89–91]; [Schacht J., 1959: 141–143]. Вместе с тем и в наши дни исламская правовая доктрина сохраняет статус источника права.

1. Исламская правовая доктрина как исторический источник современного права

Решающее влияние на формирование современного исламского права оказала кодификация выводов фикха [Peters R., 2002: 87-91]. Под ним ислам-

ская мысль понимает науку о правилах человеческого поведения, извлеченных из шариата — свода божественных заповедей, которые зафиксированы в Коране и Сунне (преданиях о высказываниях и деяниях Пророка Мухаммада), а также сами указанные правила. Относительно норм, отвечающим критериям права, фикх в значении науки вполне допустимо именовать исламской правовой доктриной или фикхом-доктриной.

Кодификация фикха началась в Османской империи, где в 1869–1876 гг. была принята так называемая Маджалла — самый крупный в истории ислама законодательный акт, материальным источником которого был фикх — доктрина ханафитского толка¹. С распадом Османской империи Маджалла была отменена в Турции, но оставалась в силе в ряде арабских стран вплоть до принятия новых гражданских кодексов в 1940-1950-х гг.

Действие Маджаллы не распространялось на Египет, который, оставаясь в составе Османской империи, получил право принимать собственное законодательство. Однако попытки кодификации фикха имели место и здесь. Так, в 1880-х гг. египетские власти поручили крупному юристу Кадри-Паше (1821–1886) подготовить проекты нескольких законов на основе предписаний ханафитского толка фикха.

Ученый составил три законопроекта — по вопросам личного статуса, вакфам и имущественным обязательствам. В их названиях указывалось, что они представляют собой систематизацию выводов ханафитского толка фикха. Об этом, например, свидетельствует труд Кадри-Паши, посвященный собственности и обязательствам [Кадри-Паша М., 1891]. Хотя его законопроекты не были приняты, они до сих пор пользуются авторитетом и применяются в судебной практике.

Особенно широко к выводам фикха-доктрины при разработке нормативно-правовых актов обращаются в современных арабских странах. Во многих из них статус фикха-доктрины получил официальное закрепление. В частности, конституции более половины указанных стран провозглашают шариат или его принципы основным источником законодательства. В ходе толкования соответствующих конституционных положений органы конституционного контроля ряда государств (например, Египта и ОАЭ) приходят к выводу, что они адресованы не суду, а законодателю. Последний должен привести все позитивное право в соответствие с шариатом и следить, чтобы вновь принимаемое законодательство отвечало этому требованию [Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan, 1996]; [Murray J., El-Molla M., 1999]; [Vogel F., 1999]. Иными словами, в отмеченной выше конституционной характеристике шариата имеется в виду материальный источник нормативно-правовых актов, которые не могут противоречить императивным предписаниям шариата.

¹ Русский перевод см.: Шариат и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Османской Империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Том 1–3. Ташкент, 1911–1912.

При этом под шариатом на практике понимается фикх. В пояснительной записке к Конституции Кувейта подчеркивается, что в ее ст. 2 под шариатом подразумевается фикх, которому и отводится роль источника законодательства². Это означает, что законодатель при разработке нормативно-правовых актов ориентирован на фикх как приоритетный источник.

Роль доктрины как материального источника современного исламского права особенно ярко проявляется в тех арабских странах, которые взяли курс на исламизацию законодательства. Такую стратегию часто называют «претворением шариата путем кодификации фикха» [Аль-Ашмави М., 1988: 11–22]. Одной из первых на этот путь встала Ливия, образовавшая в 1971 г. комиссии по ревизии законодательства и исключению противоречий его содержания основным принципам шариата. Итогом их работы стало принятие большого числа законов по вопросам гражданского, торгового, уголовного, семейного и процессуального права, которые представляли собой кодификацию соответствующих норм и институтов фикха³.

После смены режима в 2011 г. шариатское законодательство не было отменено. Исламизация ливийской правовой системы получила закрепление на конституционном уровне, что прослеживается в деятельности высших государственных органов. Так, Конституционная декларация 2011 г. в соответствии с изменениями от 2015 г. гласит, что шариат является источником всего законодательства, и любой акт, противоречащий его нормам и целям, считается ничтожным⁴. В заявлении от 19.04.2016 Всеобщий национальный конгресс, в то время высший законодательный орган страны, подчеркнул, что претворение шариата — не вопрос выбора или желания общественных или политических сил. Несмотря на то, что это требование стало конституционной нормой, шариат стоит выше конституции и любого закона⁵.

По сути новая ливийская власть, официально признав верховенство шариата по отношению к позитивному праву, взяла курс на полную переориентацию законодательства на шариатские критерии. В частности, приняты законы о сукук (исламских ценных бумагах) и об охране общественной нравственности, который запрещает любые публичные мероприятия (включая спортивные и художественные), противоречащие нормам шариата.

² 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.).

³ См.: Ливийская Арабская Республика. Высшая и отраслевые комиссии по пересмотру законодательства и приведению его в соответствие с нормами шариата. Документы и исследования, касающиеся претворения норм шариата. Ч. 1–2. Б.м., 1972–1973 (на араб. яз.).

⁴ Available at: <http://www.itcadel.gov.ly> (дата обращения: 23.07.2019)

⁵ Available at: https://www.legal-agenda.com/article.php?id=4508.#_ftnref17 (дата обращения: 23.07.2019)

Одновременно серьезным изменениям подверглись вступившие в силу при М. Каддафи шариатские законы о краже и разбое, внебрачных сексуальных отношениях, ложном обвинении во вступлении в такие отношения, запрете алкоголя, браке и разводе, завещаниях, а также о шариатских санкциях за убийство и причинение телесных повреждений в виде дии (денежной компенсации) и кисаса (талиона). Поправки имели целью наиболее последовательно закрепить в законодательстве положения шариата и ликвидировать отклонения от выводов традиционного фикха.

Показательной в этом отношении является эволюция законодательства о запрете алкоголя. Первым шагом был Закон 1974 г., который предусматривал телесное наказание за употребление алкоголя мусульманином в размере 40 ударов кожаной плетью. В 1994 г. он уступил место новому акту, который заменил шариатскую санкцию лишением свободы и штрафом. Однако в 2016 г. Всеобщий национальный конгресс внес в него важное изменение: мусульманин за употребление алкоголя подвергается телесному наказанию в размере 80 ударов, как это установлено традиционным фикхом-доктриной.

Была внесена поправка и в Закон 1973 г. о внебрачных сексуальных контактах, который изначально ограничивался за совершение такого преступления телесным наказанием в размере 100 ударов. В новой редакции акта данная санкция сохранилась только в отношении не состоящего в браке лица, а в качестве ответственности виновного, состоящего в браке, установлено забивание камнями до смерти. Такая новелла наглядно продемонстрировала, что нынешняя ливийская власть стремится адаптировать правовую систему к строгим стандартам традиционного фикха.

Исламизация коснулась даже принятого при прежнем режиме законодательства, которое первоначально не испытывало влияния шариата. Например, из Закона о коммерческой деятельности (торгового кодекса) (2010) были исключены все положения, предусматривающие проценты по сделкам, взимания которых шариат не допускает. В то же время законодатель внес важное уточнение, связанное с отношением суда к обычаю. Теперь при оценке результатов коммерческой деятельности судья должен применять не любые устоявшиеся обычаи, как предусматривалось ранее, а лишь те из них, которые не противоречат шариату. Аналогичное по смыслу изменение затронуло и Закон 2005 г. о гражданской авиации, который с самого начала предусматривал действие в стране ратифицированных ею международных договоров. Ныне они применяются при условии, что не противоречат нормам шариата.

Последовательная исламизация правовой системы затронула даже Уголовный кодекс (1953), в который в 2016 г. были включены новые статьи, в соответствии с нормой традиционного фикха предусматривающие смерт-

ную казнь за вероотступничество. Со вступлением в силу такого положения в Ливии завершился процесс внедрения в уголовное право всех предусмотренных традиционным фикхом и точно установленных шариатом санкций за преступления, посягающие на права Аллаха. Вместе с принятием иных шариатских актов это свидетельствует о тотальном закреплении в ливийском законодательстве выводов исламской правовой доктрины. Показательно в данном отношении, например, указание в Законе о вакфах (1972) на правовые основания его принятия. Их перечисление начинается с ссылки на нормы шариата и только после них упоминаются законы, имеющие отношение к предмету данного акта.

Проекты кодификации фикха как средства претворения шариата реализуются и в других регионах арабского мира. Наиболее впечатляющие результаты такая правовая политика принесла в Йемене и Судане. В Йеменской Арабской Республике еще до ее объединения в 1990 г. с Народной Демократической Республикой Йемен и создания нынешней Йеменской Республики специальным законом 1975 г. была учреждена Научная корпорация кодификации норм шариата. На Корпорацию возлагалась задача систематизировать указанные правила мирских взаимоотношений при условии, что они не противоречат положениям Корана и Сунны, а также единогласному мнению знатоков фикха. Такие выводы предполагалось излагать в форме привычных для современных законов императивных правовых норм общего характера, избегая плюрализма, характерного для традиционного фикха, путем фиксации одного вывода по каждому вопросу⁶. Итогом этой работы стало принятие во второй половине 1970-х гг. Семейного кодекса, законов о дарении, завещании и наследовании, которые представляли собой кодификацию соответствующих выводов исламской доктрины, игравшей роль материального источника данных актов.

В едином Йемене курс на исламизацию законодательства активизировался. В настоящее время нормы фикха пронизывают практически все сферы права страны. Так, после 1990 г. приняты законы о личном статусе, вакфах, закяте, исламских банках, закрепляющие выводы фикха⁷. Это же касается Закона о доказывании, который, например, закрепляет условия принятия свидетельских показаний в полном соответствии с традиционной исламской правовой доктриной. В частности, доказательством вступления во внебрачные сексуальные отношения могут быть показания лишь четырех мужчин, а совершения иных преступлений категории худуд и кисас — двух мужчин. По имущественным спорам в качестве доказательства принимаются показания двух мужчин или одного мужчины и двух женщин. Кроме того, Уголовный

⁶ См.: «Аль-Джарида ар-Расмийя». Сана. 31.05.1975. С. 3–4.

⁷ Available at: <http://www.coca.gov.ye> (дата обращения: 22.07.2019)

кодекс (1994) предусматривает шариатские санкции за преступления категории худуд и кисас, а Уголовно-процессуальный кодекс (1994) закрепляет выводы фикха относительно вынесения и исполнения приговоров по данным правонарушениям, включая телесные и членовредительские наказания, денежную компенсацию за убийство и причинение телесных повреждений.

Нацеленность на всеобъемлющее включение в законодательство положений фикха в Йемене подтверждается положениями Закона о вакфах (1992) и Гражданского кодекса (2002), которые гласят, что они заимствованы из норм шариата. Одновременно Гражданский кодекс исключает изменение или отмену положений любого акта, касающегося имущественных отношений, если речь идет об однозначно понимаемой норме, прямо заимствованной из Корана или Сунны Пророка, либо о ее замене иной нормой, которая противоречит принципам шариата.

Не менее масштабная кодификация выводов исламской правовой доктрины наблюдается в Судане, где в конце 1970-х гг. под председательством Генерального прокурора начала работать Комиссия по приведению законодательства в соответствие с шариатом. Однако радикальные изменения правовой системы страны практически начались в 1983 г. с принятием комплекса законов, представлявших собой кодификацию выводов фикха. Среди них выделялись Уголовный, Уголовный процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы, законы о доказывании, призыве к соблюдению одобряемого шариатом и пресечении осуждаемого им⁸. Позднее вступили в силу Кодекс гражданских взаимоотношений, законы о закяте и налогах, а также первый в истории страны Закон о личном статусе мусульман.

По своему содержанию все эти акты закрепляли выводы доктрины, главным образом ханафитского толка. Так, Уголовный кодекс (1983) воспринял шариатские меры ответственности за преступления категории худуд и кисас, а Уголовный процессуальный кодекс (1983) ввел членовредительские санкции и телесные наказания, применяемые по принципу талиона. Строгое следование положениям фикха характерно даже для Закона о дорожном движении (1984), который предусмотрел предоставление денежной компенсации за причинение смерти и телесных повреждений, а также возмещение материального ущерба в результате ДТП согласно выводам исламской правовой доктрины.

Исследователи обоснованно подчеркивают, что в 1983 г. правовая политика Судана круто повернула в сторону претворения шариата путем кодификации фикха [Аль-Кабаш аль-Макашифи Таха, 1986: 13-14]. В результате такой эволюции практически все ключевые отрасли права страны переориентировались на исламскую правовую доктрину как на свой материальный

⁸ Available at: <http://www.moj.gov.sd> (дата обращения: 26.07.2019)

источник. Прямое указание на это встречается в суданском законодательстве. Например, Закон о личном статусе мусульман (1991), упоминая ханафитскую школу фикха, прямо предусматривает, что его общие положения надлежит толковать и конкретизировать в соответствии с историческим источником, из которого взято его содержание.

Близкая по смыслу логика пронизывает и Закон об основах вынесения судебных решений (1983), которому принадлежит, пожалуй, центральная роль среди шариатских законов, принятых в Судане. Именно он завершил формирование правовой системы на основе шариата, ограничив правосудие его рамками. Согласно ему, при толковании положений законодательства судья должен исходить из того, что законодатель не ставит целью нарушить шариат, т.е. воспрепятствовать реализации однозначно установленных им обязательных действий либо разрешить совершение запрещенных им действий. Вместе с тем предполагается, что законодатель принимает во внимание предписания шариата относительно рекомендуемых и осуждаемых действий. Одновременно толкование судьей обобщающих и оценочных предписаний закона должно соответствовать нормам, принципам и общему духу шариата. Все правовые термины и формулировки судья обязан интерпретировать в смысле методологических и лингвистических правил, выработанных фикхом. Понятно, что данные установки прочно связывают толкование судом позитивного права и судебную практику в целом с шариатом, без учета которого нельзя уяснить содержание никакого закона. Тем самым позиции фикха в качестве материального источника современного исламского права получают дополнительное нормативное закрепление.

Таким образом, в Ливии, Йемене и Судане претворение шариата путем кодификации фикха приобрело максимальный размах. Но исламизация законодательства с обращением к фикху как к материальному источнику права имеет место и в других странах, хотя в более скромных масштабах. Характерен в этом отношении пример Египта, где с конца 1960-х гг. работали сменявшие друг друга комиссии по приведению законодательства в соответствие с шариатом. Первой из них в 1968 г. была создана Подготовительная комиссия кодификации фикха, работавшая под эгидой Академии исламских исследований Аль-Азхара, крупнейшего в мусульманском мире исламского исследовательского и образовательного центра. Данная структура разработала немало доктринальных сводов норм различных толков фикха по разнообразным вопросам⁹. Их публикация рассматривалась как подготовительный шаг к принятию соответствующего законодательства.

⁹ См., напр.: Проект кодификации норм шариата по толку имама Ахмада бин Ханбала. Подготовлен Подготовительной комиссией по кодификации шариата под контролем Академии исламских исследований. Каир, 1972 (на араб. яз.).

Такая работа активизировалась после внесения в 1980 г. изменений в Конституцию Египта, по которым принципы шариата были объявлены главным источником законодательства. Верховный конституционный суд пришел к выводу, что впредь ни один принимаемый закон не может противоречить данным принципам, под которыми, в частности, следует понимать однозначно установленные положения шариата и общие принципы фикха¹⁰.

С учетом данного требования к 1982 г. в египетский парламент были внесены проекты кодексов гражданских отношений и морской торговли, законов о доказывании и судебном процессе, уголовного и торгового кодексов. На заседаниях парламента подчеркивалось, что их положения прямо заимствованы из шариата либо сформулированы на основе его норм и исходных начал. При этом все статьи законопроектов подкреплялись ссылками на шариатские предписания, из которого они извлечены, с тем, чтобы при их толковании можно было обратиться к соответствующим источникам фикха¹¹.

Опыт функционирования специального института, разрабатывающего проекты исламизации правовой системы, накоплен и в Кувейте. Здесь еще в 1976 г. было принято решение правительства о развитии и модификации законодательства в соответствии с нормами шариата [Ас-Сабах Ибрахим Дуайдж, 2000: 317-324]. Оно предусматривало создание комиссий по подготовке и изменению законов на основе заимствования норм шариата с учетом традиций страны. Главным результатом этой деятельности стало принятие в 1984 г. Закона о личном статусе.

В 1991 г. декретом эмира была создана Высшая консультативная комиссия по полному претворению в жизнь норм шариата¹². Ее функции включают ревизию действующих нормативно-правовых актов и внесение предложений по приведению всего законодательства в соответствие с шариатом, учитывая условия развития страны и ее интересы. Итогом работы Комиссии к концу 2017 г. явилось внесение нескольких десятков предложений по изменению и дополнению кувейтского законодательства в целях приведения его в соответствие с нормами шариата. Причем, как правило, эти новеллы обосновываются выводами доктрины. Например, предложения по изменению ряда статей Гражданского кодекса (1980) сопровождаются ссылками не только на положения аналогичных кодексов ОАЭ и Судана, в существенной степени ориентирующихся на шариат, но и на ранее упомянутое произведение Кадри-Паши о проблематике собственности и обязательств.

¹⁰ См.: Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир, 1987. С. 215–224 (на араб. яз.).

¹¹ См.: Арабская Республика Египет. Народное собрание. Комиссия по кодификации норм шариата. Приложение № 16. Предложение проекта кодекса гражданских взаимоотношений. Каир, 1982. С. 3 (на араб. яз.).

¹² Available at: [http:// www.sharea.gov.kw](http://www.sharea.gov.kw) (дата обращения: 03.02.2018)

Независимо от масштабов кодификации фикха в современных арабских странах всех их объединяет общая черта — последовательная ориентация семейного права и иных институтов личного статуса на шариатские нормы. Во всех указанных государствах, кроме Саудовской Аравии, данная отрасль представлена законодательством, закрепляющим шариатские нормы. Его материальным источником выступает доктрина. В большинстве случаев речь идет об определенном толке фикха. Но нередко такое законодательство воспринимает выводы различных его школ, которые полнее отвечают интересам и условиям страны. Например, пояснительная записка к Закону о личном статусе Кувейта (1984) пестрит ссылками на произведения не только преобладающего в стране маликитского толка фикха, но и других его направлений в качестве материального источника данного акта¹³.

Уникальной особенностью Семейного кодекса Бахрейна (2017) является то, что он применяется как к суннитам (главным образом, маликитам), так и к шиитам джафаритского толка¹⁴. Наряду с общими для них нормами этот акт предусматривает различные правила по отдельным вопросам для последователей двух указанных направлений ислама. Такая черта подтверждает, что материальным источником данного закона является фикх двух толков. Об этом свидетельствует и то, что внесение в него изменений возможно только при участии в их разработке экспертов обеих школ фикха — маликитской и джафаритской.

Прямое указание на то, что материальным источником арабского законодательства по вопросам личного статуса выступает исламская правовая доктрина, содержит Закон о личном статусе ОАЭ (2005)¹⁵, по которому при толковании его статей надлежит обращаться к тому толку фикха, из которого они взяты.

Ориентация права арабских стран на положения доктрины ярко проявляется в еще одной общей тенденции — законодательном закреплении ее принципов. Многие из них включены в гражданские кодексы Судана, ОАЭ и Йемена, законы о доказывании Ирака и Судана, Закон о личном статусе мусульман Судана. Такие принципы, приравниваемые к однозначно установленным предписаниям шариата, были выработаны исламской правовой доктриной [Аз-Зухейли М., 2006]. Поэтому их фиксацию в законодательстве следует рассматривать как важный образец выполнения фикхом роли материального источника современного права.

В некоторых рассматриваемых странах используются и иные формы ограничения нормотворческой деятельности государства шариатом. На-

¹³ Available at: <http://www.e.gov.kw> (дата обращения: 30.07.2019)

¹⁴ Available at: <http://www.legalaffairs.gov.bh> (дата обращения: 06.08.2019)

¹⁵ Available at: <http://www.moj.gov.ae> (дата обращения: 01.08.2019)

пример, по Закону о верховном суде ОАЭ (1973) данный орган применяет законы страны, которые соответствуют нормам шариата. Близкое по смыслу положение содержат Основной низам (регламент) о власти, низамы о правосудии, шариатском (гражданском) и уголовном процессе Саудовской Аравии¹⁶. В соответствии с ними суды применяют действующие низамы, которые не противоречат Корану и Сунне Пророка, а полномочия Верховного суда Королевства включают контроль за точным применением актов, отвечающих данному условию. Показательно, что Низам об уголовном процессе называет основанием недействительности процессуального действия его совершение с нарушением низамов, извлеченных из норм шариата.

Иначе говоря, в ОАЭ и Саудовской Аравии допускается действие только таких нормативно-правовых актов, которые не противоречат шариату. Понятно, что фикх может рассматриваться материальным источником лишь тех из них, которые прямо воспроизводят выводы исламской правовой доктрины. Но даже когда речь идет о законодательстве, которое подготовлено без непосредственного обращения к положениям фикха, но не вступает в конфликт с ними, к его материальному источнику должны предъявляться особые требования. Ведь содержание принимаемого нормативно-правового акта не может идти вразрез точно сформулированным положениям Корана и Сунны Пророка. Поскольку такие предписания определяет фикх, его выводы следует рассматривать в неразрывном единстве с материальным источником указанного законодательства.

В связи с этим отметим, что в Саудовской Аравии в официальных документах не используются термины «закон» и «законодательство», поскольку первый из них по-арабски передается заимствованным словом «канон», которое ассоциируется с иностранным влиянием, а второй является однокоренным с термином «шариат». Считается, что единственным законодателем в точном смысле является Аллах, а законодательством — шариат [Аль Дурейб С., 1984: 245-251]. Такая концепция исходит из того, что государство обладает не законодательными в точном смысле, а лишь регламентарными полномочиями, поскольку может вводить нормы только в рамках шариата в целях конкретизации и реализации его положений. По этой причине нормативно-правовые акты высшего уровня именуется в Саудовской Аравии низамами, т. е. регламентами [Hanson M., 1987: 289]. В Основном низаме о власти (1992) говорится, что Коран и Сунна Пророка являются Конституцией Королевства. Они главенствуют над данным актом и всеми остальными низамами государства.

В целом исламизация правовой жизни арабского мира сохраняется и порой даже усиливается. Поэтому фикх будет продолжать играть активную

¹⁶ Available at: <http://www.boe.gov.sa> (дата обращения: 07.08.2019)

роль материального источника современного исламского права, что является непременным условием претворения шариата в правовой жизни указанных стран.

2. Фикх как юридический источник современного права

Значение исламской правовой доктрины не сводится к тому, чтобы служить исходным материалом, к которому обращается законодатель при разработке нормативно-правовых актов. В современных арабских государствах фикх зачастую применяется непосредственно в качестве юридического источника права практически на всех уровнях правовой системы, где в той или иной степени действует исламское право.

В отличие от Средневековья, статус фикха как юридического источника теперь, как правило, закрепляется законодательно и формулируется по-разному. Нередко нормативно-правовые акты отсылают к шариату в целом, его принципам и нормам, которые должны применяться в качестве юридического источника вообще или по конкретным вопросам. При этом понимание шариата может конкретизироваться через упоминание положений Корана и Сунны. Встречается также прямая ссылка на определенную школу доктрины или на тот ее толк, на основе которого был подготовлен закон. В отдельных случаях роль юридического источника отводится не конкретному толку фикха, а наиболее подходящему к той или иной ситуации. Наконец, можно обнаружить примеры признания такой роли за отдельными произведениями мусульманских правоведов.

Уникальным образцом в этом отношении является правовая система Саудовской Аравии, где государственная правовая политика исходит из того, что негативные последствия тотальной кодификации фикха перевешивают ее потенциальные позитивные результаты [Аль-Касим А., 1977: 12–30]. В итоге страна до сих пор обходится без уголовного, гражданского и семейного кодексов, иного законодательства. Более того, в системе юридических источников позитивного права Королевства фикх-доктрина пользуется приоритетом в сравнении с актами.

Такое соотношение закреплено Основным низамом о власти (1992), который гласит, что судьи независимы и в своей деятельности подчиняются только нормам шариата и низамам. Одновременно данный акт устанавливает, что суды по всем рассматриваемым делам применяют нормы шариата в соответствии с предписаниями Корана и Сунны Пророка, а также принимаемые компетентными государственными органами низамы, которые им не противоречат. Показательно, что Основной низам ставит предписания шариата перед законодательством.

Аналогичное положение дословно воспроизводят низамы о шариатском (гражданском) и уголовном процессе, а Низам о правосудии возлагает на Верховный суд контроль за претворением норм шариата и низамов, которые им не противоречат. Вновь шариат упоминается раньше низамов, что наглядно подтверждает его приоритетное место в правовой системе страны. Кроме того, в соответствии с низамом об уголовном процессе любое процессуальное действие, противоречащее нормам шариата, является недействительным, а одним из оснований обжалования судебного приговора выступает его принятие с нарушением шариата.

Особенностью правовой системы Королевства является нормативное закрепление конкретных источников фикха, на которые ориентируются органы правосудия. Верховный суд страны еще в 1928 г. принял решение, согласно которому суды должны, как правило, применять выводы ханбалитского толка, хотя в отдельных случаях могут обращаться к иным школам фикха. Одновременно в указанном решении были названы авторитетные произведения ханбалитских правоведов и установлен порядок обращения к ним при вынесении судебных решений¹⁷.

Законодательство ряда других арабских стран также закрепляет статус фикха в качестве юридического источника действующего права. Прежде всего, это относится к правовому регулированию отношений личного статуса. Например, в Судане до принятия Закона о личном статусе мусульман (1991) согласно Гражданскому процессуальному кодексу (1983) по этим вопросам применялись выводы ханафитского толка фикха. В соответствии с Семейным кодексом Катара (2006) к мусульманам, не придерживающимся преобладающей в стране ханбалитской школы, по семейным вопросам применяются положения того толка фикха, которому они следуют¹⁸. Аналогичное по смыслу положение закрепляет Закон о личном статусе Кувейта (1984) с той разницей, что в нем упоминается не ханбалитский, а маликитский толк. Одновременно Гражданский кодекс данной страны (1980) установил, что по вопросам наследования и завещания применяются нормы шариата. Такое правило сохранилось и после принятия Закона о личном статусе, который указанные отношения в целом регулирует.

В то же время этот акт содержит прямые или подразумеваемые ссылки на фикх по иным вопросам. Так, он предусматривает, что завещание является действительным, если оно не связано с совершением греха, и мотивы завещателя не противоречат целям шариата. Завещание, оставленное немусульманином, принимается при условии, что оно не запрещено шариатом.

¹⁷ См.: Правосудие в Королевстве Саудовской Аравии. История, институты, принципы. Б. м., 1419 г. х. С. 68-69 (на араб. яз.).

¹⁸ Available at: <http://www.almeezan.qa> (дата обращения: 07.08.2019)

Включаемое в завещание условие не может вступать в конфликт с шариатом. Понятно, что реализация таких положений закона невозможна без обращения к фикху как к юридическому источнику.

Особенностью бахрейнского Семейного кодекса (2017), как уже отмечалось, является закрепление в нем выводов маликитского и джафаритского толков фикха. Это отражается и на статусе доктрины как юридического источника. Например, согласно данному акту, действительность и недействительность брака определяются в соответствии с указанными школами фикха. Это же касается заключения брака. Кроме того, установлено, что по вопросам наследования, завещания, дарения и вакфов применяются выводы того толка фикха, которому следует наследодатель, даритель, завещатель или учредитель вакфа.

Закрепление статуса доктрины в качестве юридического источника встречается и в другом законодательстве арабских стран. Например, Гражданский процессуальный кодекс Йемена (2002) устанавливает, что при реализации принципа равенства сторон в процессе судья связан нормами шариата. Предусмотрено также, что к основаниям обжалования судебных решений относится их вынесение с нарушением норм шариата. Одновременно иностранный исполнительный документ может быть исполнен в Йемене, только если он не противоречит шариату, а иностранец пользуется судебной защитой в соответствии с его нормами. Аналогичным образом следует оценить норму Закона о закяте (1999), который толкует закят как часть имущества мусульманина, определяемую в соответствии с установленными шариатом условиями. Йеменский Закон об исламских банках (1996) предусматривает, что устав исламского банка не может противоречить шариату, а его деятельность должна соответствовать конституции и нормам шариата. Отметим также статьи Гражданского кодекса (2002), допускающие применение норм международного и иностранного права лишь при условии, что они не противоречат шариату. Очевидно, данные законодательные положения нельзя реализовать без обращения к выводам фикха.

В специфической форме роль исламской правовой доктрины как юридического источника закрепляет бахрейнский Закон о судебной власти (2002), в соответствии с которым все шариатские суды, рассматривающие дела по вопросам личного статуса, включают две палаты — суннитскую и шиитскую. Причем их юрисдикция зависит от толка фикха, в соответствии с которым, например, заключен брак, или которому следует наследодатель, даритель, завещатель или учредитель вакфа. Иными словами, выбор палаты определяется той или иной школой доктрины, которая в данном случае играет роль юридического источника.

Особого внимания заслуживает место фикха как юридического источника в современном уголовном праве арабских стран. Так, ливийский Закон о

наказании шариатскими санкциями кражи и грабежа (1996 г. с поправками 2016 г.) предусматривает, что данные преступления доказываются признанием обвиняемого либо свидетельскими показаниями двух мужчин. Действительность таких доказательств и условия их принятия определяются с учетом известных выводов наиболее приемлемых толков фикха. Аналогичное по смыслу положение содержат Закон о запрете алкоголя (1994) и Закон о наказании за внебрачные сексуальные отношения (1973 с изменениями 2016) применительно к доказыванию совершения соответствующих преступлений.

Максимально широко статус доктрины в качестве юридического источника закрепляют уголовные кодексы ОАЭ и Катара, которые предусматривают, что по преступлениям категорий хууд и кисас в целом применяются нормы шариата. Причем, если в Катаре указанные преступления хотя бы перечислены в законе, то Уголовный кодекс ОАЭ их не называет. Поэтому для их определения и выбора санкций за их совершение надлежит обращаться к выводам фикха. Именно так и поступают суды, приговоры которых основаны на авторитетных произведениях маликитского толка исламской правовой доктрины.

Указанный подход можно сопоставить с опытом Судана, где Уголовный кодекс (1983) устанавливал шариатские меры наказания за ряд преступлений категории хууд, но одновременно допускал возможность применения таких санкций и за другие преступления указанной разновидности. На этом основании в 1985 г. суд, сославшись на выводы фикха, вынес смертный приговор за вероотступничество, которое прямо не упоминалось в указанном Кодексе [Аль-Кабаша А., 1986: 80–91].

В отдельных странах положения доктрины отнесены к публичному порядку. Примером является его определение в Гражданском кодексе Ливии (1954 с изменениями 2016), который относит к публичному порядку точно установленные и однозначно понимаемые нормы шариата, основанные на соответствующих текстах Корана и Сунны, единогласном мнении мусульманских правоведов, очевидной аналогии или принципах фикха. В соответствии с Кодексом гражданских отношений ОАЭ (1985) публичный порядок включает действующие в стране правовые нормы, касающиеся личного статуса, основ власти, свободы торговли, оборота ресурсов, частной собственности и иных основ, на которых строится общество и которые не противоречат точно установленным нормам и общим принципам шариата. Отметим также положение Закона о личном статусе Кувейте (1984), по которому нормы шариата, касающиеся ключевых вопросов личного статуса, считаются элементами публичного порядка. Такие предписания ставят понимание последнего в зависимость от положений фикха, тем самым превращая их в источник права.

Нельзя пройти мимо указанной роли фикха при толковании современного законодательства арабских стран. В частности, Закон о личном статусе мусульман Судана (1991) устанавливает, что его положения толкуются и конкретизируются на основе исторического источника, из которого данный акт вытекает. Таковым является ханафитская школа фикха. По Закону о личном статусе ОАЭ (2005) для понимания смысла его статей и их толкования следует обращаться к основам фикха и его принципам. Закон о личном статусе Мавритании (2001) устанавливает, что при толковании его содержания надлежит обращаться к положениям маликитского толка фикха¹⁹. По Закону о личном статусе Ирака (1959) при применении его положений суды руководствуются нормами, сложившимися при отправлении правосудия и установленными фикхом²⁰.

Гражданский кодекс Йемена (2002) гласит, что источником толкования законодательных текстов по вопросам имущественных отношений и способов их реализации является фикх, а по Кодексу гражданских взаимоотношений ОАЭ (1985) при его толковании следует обращаться к основам и принципам фикха. Близкое по смыслу положение содержит Кодекс гражданских взаимоотношений Омана (2013), в соответствии с которым при толковании его положений и уяснении их смысла следует обращаться к принципам фикха и его основам²¹. Согласно Закону об исламских банках Йемена (1996) толкование любых законодательных положений относительно таких банков не должно противоречить нормам шариата. Наконец, обращает на себя внимание Уголовный кодекс Ливии (1953 с изменениями 2016), который предусматривает, что все законодательные положения, касающиеся преступлений категорий хууд и кисас, толкуются согласно наиболее мягкому в конкретной ситуации толку фикха.

3. Фикх — субсидиарный источник современного права

В современных арабских странах исламская правовая доктрина активно проявляет себя в качестве субсидиарного источника права. Прежде всего, это характерно для законодательства по вопросам личного статуса и семьи.

Например, египетский Закон о регулировании некоторых вопросов личного статуса (2000) и суданский Закон о личном статусе мусульман (1991) предусматривают, что при отсутствии законодательной нормы суд применяет наиболее предпочтительные выводы ханафитского толка фикха. Аналогичный мавританский Закон (2001) в такой ситуации отсылает суд к извест-

¹⁹ Available at: <http://www.justice.gov.mr> (дата обращения: 22.08.2019)

²⁰ Available at: <http://www.arb.parliament.iq> (дата обращения: 25.08.2019)

²¹ Available at: <http://www.omanlegal.org> (дата обращения: 25.08.2019)

ным положениям маликитской школы фикха, а марокканский Семейный кодекс (2003)²² в случае молчания закона ориентирует суд на взгляды этой же школы при условии реализации ценностей ислама, справедливости, равенства и поддержания семейных отношений в рамках предписаний шариата. Кувейтский Закон о личном статусе (1984) при отсутствии в нем необходимой нормы также предписывает обращаться к известным выводам маликитского толка, но одновременно предусматривает, что если их нет, надлежит применять иные положения данной школы. Когда их не удастся обнаружить, Закон предлагает применять общие принципы указанного толка.

Нередко роль субсидиарного источника закрепляется не за одним, а несколькими толками доктрины. В частности, по Закону о личном статусе ОАЭ (2005) при его молчании следует искать решение последовательно в известных выводах маликитского, ханбалитского, шафиитского и ханафитского толка. Ливийский Закон о браке и разводе (1984 с изменениями от 2015) гласит, что в отсутствие в нем необходимой нормы суд выносит решение в соответствии с признаваемыми толками фикха, в наибольшей степени соответствующими содержанию данного акта.

Законодательство о личном статусе некоторых стран признает субсидиарным источником права не только отдельные школы фикха, но и фикх в целом и даже шариат. Например, иорданский Закон о личном статусе (2010)²³ в случае своей пробельности адресует суд к предпочтительному выводу ханафитского толка, а при его отсутствии — к нормам фикха, в наибольшей степени соответствующим его содержанию. В целом по сходному пути идет катарский Семейный кодекс (2006), который при отсутствии в нем нужного правила предписывает применять предпочтительное мнение ханбалитской школы фикха, если суд не сочтет необходимым прибегнуть к иному ее положению, обосновав такой выбор в своем решении. При отсутствии в указанной школе соответствующего правила суд вправе обратиться к наиболее приемлемому решению любого из четырех суннитских толков. Однако если такое оказывается невозможным, Кодекс требует применить общие принципы фикха.

Близкой позиции придерживается бахрейнский Закон о семье (2017), согласно которому, если в нем не находится нужной нормы, в отношении суннитов суд выносит решение по известным выводам маликитского толка фикха, а при их отсутствии — по позициям иных суннитских толков. Применительно к шиитам при молчании Закона применяются известные положения джафаритской школы исламской правовой доктрины. Если же это невозможно, суд выносит решение по общим принципам фикха и предписаниям шариата с обоснованием такого выбора.

²² Available at: <http://www.justice.gov.ma> (дата обращения: 04.09.2019)

²³ Available at: <http://www.moj.gov.jo> (дата обращения: 07.02.2019)

Иракский Закон о личном статусе (1959) в случае своего молчания не упоминает фикх, а в качестве субсидиарного источника называет принципы шариата, наиболее полно отвечающие смыслу его текста. Еще более широкое решение данного вопроса предлагает йеменский Закон о личном статусе (1992), обязывающий судью в данном случае применять самые убедительные источники шариата. Наконец, максимально емкое определение субсидиарного источника можно найти в алжирском Семейном кодексе (1984)²⁴, который при отсутствии необходимой нормы требует применять нормы шариата без их конкретизации.

Признание шариата или фикха субсидиарным источником права абсолютно логично для законодательства по вопросам личного статуса, которое в рассматриваемых странах целиком опирается на доктрину как на исторический источник. Иной характер носит гражданское законодательство, которое отнюдь не во всех арабских странах следует исламской традиции. В большинстве из них оно ориентируется на европейские правовые образцы в сочетании с восприятием лишь отдельных институтов, принципов и норм фикха. Однако несмотря на такую специфику гражданские кодексы арабских стран закрепляют статус фикха или шариата как субсидиарного источника данной правовой отрасли.

Так, гражданские кодексы Ливии (1954), Судана (1984) и Йемена (2002), испытывающие серьезное влияние ислама, предусматривают, что при отсутствии в них необходимой нормы суд применяет общие принципы шариата. Причем, согласно йеменскому акту, иные субсидиарные источники (например, обычай) могут использоваться, если они не противоречат указанным принципам. Подчеркнем, что под шариатом или его принципами фактически понимаются выводы фикха, о чем свидетельствует Кодекс гражданских взаимоотношений ОАЭ 1985 г. — пример наиболее масштабного заимствования шариатских норм. Он гласит, что если суд не находит в нем нужного правила, то применяет шариат, но при условии выбора наиболее приемлемого решения из маликитского и ханбалитского толков фикха. При отсутствии в них необходимого вывода суд обращается к мнениям шафиитской и ханафитской школы исламской правовой доктрины, а выбор среди них диктуется интересами разрешения рассматриваемого спора.

Шариат или фикх признаются субсидиарным источником гражданского права и в тех странах, где соответствующее законодательство испытывает минимальное воздействие ислама и практически полностью подчинено европейской традиции. Данное положение закрепляется в разной форме. Например, гражданские кодексы Египта (1948), Сирии (1949), Ирака (1951), Алжира (1975) и Катара (2004) в случае своего молчания адресуют суд к

²⁴ Available at: <http://www.joradp.dz> (дата обращения: 04.09.2019)

принципам шариата. Причем иракский Кодекс поясняет, что в отсутствие в нем нужной нормы следует применять такие принципы шариата, которые в наибольшей степени соответствуют его содержанию без связанности конкретным толком фикха. Бахрейнский Гражданский кодекс (2001) признает субсидиарным источником шариат в целом с ориентацией на наиболее приемлемые взгляды внутри него с учетом реалий страны и ее условий.

В отдельных случаях роль субсидиарного источника гражданского права отводится непосредственно фикху, иногда вместе с шариатом. Так, Гражданский кодекс Кувейта (1980) гласит, что при отсутствии в нем необходимой нормы суд выносит решение в соответствии с положениями фикха, наиболее соответствующими реалиям страны и ее интересам. Согласно оманскому Кодексу гражданских взаимоотношений (2013), если суд не находит в нем нужного правила, он применяет нормы фикха, а в их отсутствие — общие принципы шариата. Иорданский Гражданский кодекс (1976) при своем молчании отсылает суд к нормам фикха, в наибольшей мере соответствующим его содержанию, а в случае невозможности их установить — к принципам шариата. Наконец, уникальной особенностью мавританского Кодекса обязательств и сделок (1989) является закрепление конкретного — маликитского — толка фикха в качестве субсидиарного источника.

Доктрина проявляется себя в данной роли и в других отраслях и институтах, в частности, в торговом, налоговом, уголовном и процессуальном праве. Однако в отличие от отрасли личного статуса, полностью ориентирующейся на шариат, доктрину как субсидиарный источник признает не любое законодательство по указанным вопросам, а лишь нормативно-правовые акты, заимствованные из шариата. Данная особенность отличает такие акты от тех арабских гражданских кодексов, которых не включают норм фикха, но считают его субсидиарным источником.

Показательно в этом отношении законодательство Ливии, которое модифицировалось по мере исламизации правовой системы, что отразилось в различных формах закрепления статуса фикха как субсидиарного источника права. Так, Закон о вакфах (1972) в случае своего молчания адресует суд к известным и предпочтительным мнениям маликитской школы доктрины. Принятые в 1972–1974 гг. законы о введении шариатских санкций за кражу и разбой, употребление алкоголя и ложное обвинение во вступлении в сексуальные отношения вне брака первоначально предусматривали сходное правило. Однако в 1975 г. специальный Закон изменил данную формулу и предписал при отсутствии нужной нормы обращаться к известным положениям не маликитского, а наиболее приемлемого толка фикха.

Аналогичное положение с самого начала было предусмотрено Законом о наказании за вступление во внебрачные сексуальные отношения (1973), а в дальнейшем оно включалось и в иное ливийское законодательство. В част-

ности, действующий Закон о наказании шариатскими санкциями кражи и разбоя при отсутствии в нем необходимой нормы обязывает суд применять известные выводы наиболее приемлемого толка фикха. Интересен пример Закона о кисасе (талионе) и дии (денежной компенсации за убийство) (1994), который первоначально признавал субсидиарным источником принципы норм шариата, в наибольшей степени соответствующие его содержанию. Однако в 2016 г. данное положение было изменено, и теперь в случае молчания указанного Закона суд применяет нормы шариата, установленные наиболее приемлемым толком исламской правовой доктрины.

Наряду с этим в ливийском законодательстве можно встретить закрепление в качестве субсидиарного источника права не выводов фикха, а шариата. Так, Закон о сукук (исламских ценных бумагах) (2016) в случае своего молчания отсылает судью к нормам шариата и положениям иных законов, которые не противоречат его предписаниям.

Торговое, налоговое и процессуальное законодательство других арабских стран также дает примеры признания исламской правовой доктрины субсидиарным источником права. В частности, йеменский Торговый кодекс (1991) и Закон о закяте (1999) в случае своего молчания предписывают суду применять нормы шариата, а Закон о вакфах (1992) в такой ситуации требует применять наиболее авторитетные источники шариата. Кроме того, Закон ОАЭ о доказывании по гражданским и торговым вопросам (1992) дословно воспроизводит положение Кодекса гражданских взаимоотношений (1985), который гласит, что если суд не находит в нем нужного правила, то применяет шариат, но при условии выбора наиболее приемлемого решения из маликитского и ханбалитского толков фикха. При отсутствии в них необходимого вывода суд обращается к мнениям шафиитской и ханафитской школы исламской правовой доктрины, руководствуясь интересами разрешения рассматриваемого спора.

Наконец, обратимся к опыту Судана, который является единственной арабской страной, где признание фикха субсидиарным источником не ограничено какой-либо отраслью права, а закреплено на уровне практически всей правовой системы страны. Согласно Закону об основах вынесения судебных решений (1983), если отсутствует законодательная норма по любому вопросу, кроме уголовного дела, судья применяет шариатскую норму, установленную текстом Корана и Сунны Пророка. При отсутствии такого текста судья самостоятельно формулирует правило, придерживаясь при этом общих положений шариата и его принципов, аналогии на основе шариатских норм, целей шариата в интересах реализации интересов и предупреждения вреда, презумпции не обременения человека имущественными обязательствами и дозволения по мирским вопросам, а также следуя выводам ученых по вопросам фикха и сформулированным ими принципов фикха.

Заключение

Анализ фикха-доктрины как источника права арабских государств позволяет лучше понять некоторые характерные черты современного исламского права. К таким чертам можно отнести соотношение между доктриной и нормативно-правовым актом в качестве его источников. В частности, кодификация фикха, играющего роль материального (исторического) источника законодательства, является примером взаимодействия европейской и исламской правовой культуры. Одновременно, как было показано, фикх-доктрина может играть роль субсидиарного источника законодательства, не только представляющего собой кодификацию шариатских норм, но и воспроизводящего европейские правовые образцы. Такая практика также наглядно подтверждает, что современное исламское право может позитивно сочетаться с европейской правовой культурой в рамках национальной правовой системы.

Исследование роли исламской правовой доктрины в качестве источника права выявило и другую линию развития современного исламского права — последовательный отказ от связанности определенным толком фикха. Такая тенденция вместе с влиянием европейской традиции составляет важную особенность нынешнего варианта исламского права как самостоятельной правовой системы, способной изменяться и отвечать современным реалиям.



Библиография

Аль Дурейб С. Судебная система Королевства Саудовской Аравии в свете шариата и низама о судебной власти. Ч. 2. Эр-Рияд: Дар аль-Хилал, 1984. 408 с. (на араб. яз.).

Аль-Кабаша Аль-Макашифи Таха. Претворение шариата в Судане: правда и сомнения. Каир: Аз-Захра ли-ль-Илам ал-Араби, 1986. 160 с. (на араб. яз.).

Аль-Касим А. Ислам и кодификация норм. Настоятельный призыв к кодификации норм шариата. Мекка: Б изд., 1977. 411 с. (на араб. яз.).

Аль-Ашмави М. Исламский шариат и египетское право (сравнительное исследование). Каир: Мактаба Матбули, 1988. 110 с. (на араб. яз.).

Аль-Халаби И. Слияние морей. Ч. 1-2. Бейрут: Муассаса ар-Рисала, 1989. 780 с. (на араб. яз.).

Аз-Зухейли М. Принципы фикха и их претворение в четырех толках. Дамаск: Дар аль-Фикр, 2006. 1344 с. (на араб. яз.).

Ас-Сабах И. Исламская законность против конституционной законности. Каир: Дар аш-Шурук, 2000. 366 с. (на араб. яз.).

Кадри-Паша М. Книга-наставление жаждущему узнать статус человека по вопросам шариатских взаимоотношений по школе Великого имама Абу Ханифы ан-Нумана в соответствии с обычаями земель Египта и иных мусульманских общин. Булак: Низара аль-Маариф аль-Умумийя, 1891. 174 с. (на араб. яз.).

Butti A., Butti S. 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, no 3, pp. 219–244.

Glenn P. *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*. 4th ed. Oxford: University Press, 2010, 418 p.

Hanson M. The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, 1987, no 3, pp. 272–291.

Layish A. The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World. *Die Welt des Islam*, 2004, issue 1, pp. 85–113.

Murray J., El-Molla M. *Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt. Democracy, the Rule of Law and Islam*. The Hague, 1999, pp. 507–524.

Peters R. From jurists' law to statute law or what happens when the sharia is codified. *Mediterranean Politics*, 2002, no 3, pp. 82–95.

Schacht J. *Islamic Law in Contemporary States*. *The American Journal of Comparative Law*, 1959, no 2, pp. 133–147.

Vogel F. *Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Issues of Theory, Practice and Comparison*. *Democracy, Rule of Law and Islam*. The Hague: 1999, pp. 525–544.

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Fikh as Source of Contemporary Law in Arab Countries



Leonid R. Syukiyainen

Professor, Department of General and Interdisciplinary Legal Disciplines, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru



Abstract

Genuine nature of Islamic Law as an independent legal system manifests itself clearly in its sources. During many centuries the Islamic legal doctrine (Fiqh) was playing this role which was replaced by legislation only in 19th century. But till now Fiqh is one of the sources of law in Arab countries. The continuing islamization of their legal systems includes codification of Islamic legal doctrine which acquires the role of material (historic) source of law. This process relies on recognition of Sharia as a source of legislation by constitutions of many Arab states. Together with it ordinary legal acts often stress that their contents is also derived from Fiqh. Such feature mainly concerns personal status relations based in majority of Arab countries on legislation derived from views of Islamic legal doctrine. At the same time this doctrine is playing the role of official (judicial) source of contemporary law in the mentioned countries. For instance, in Saudi Arabia Fiqh is still the prevailing source of law compared with statutory acts. In other countries the doctrine status as a judicial source of law is fixed officially. It refers not only to private law but criminal legislation as well. Many legal norms could not be realized without applying Fiqh provisions. In some Arab countries interpretation of legal norms includes appealing to Sharia. Islamic legal doctrine is playing active role as subsidiary source of contemporary

law, first of all in private branches of legislation. Such legislation recognizes Sharia, its principles or different schools of Fiqh as subsidiary source. This covers not only personal status legislation which is based totally on Islamic provisions but also civil codes of some Arab countries which are influenced not by Sharia but by European legal culture. Commercial, tax and judicial procedure acts also recognize Islamic legal doctrine as a subsidiary source of law. In Sudan there is a unique situation because in this country Sharia and Fiqh are fixed as subsidiary source of law for entire legal system excluding criminal legislation.



Keywords

Sharia, Fiqh, Islamic law, Islamic legal doctrine, codification of Fiqh, islamization of legal system, material source of law, judicial source of law, subsidiary source of law.

Acknowledgments: The article was prepared within the framework of the Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University) in 2018—2019 (grant № 18-01-0026) and within the framework of the Russian Academic Excellence Project «5-100».

For citation: Syukiyainen L.R. (2019) Fikh as Source of Contemporary Law in Arab Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 222–245 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.222.245



References

- Al Dureib S. (1984) *The Judiciary of Saudi Arabia Kingdom in the Light of Sharia*. Part 2. Er-Riad: Dar-al-Hilal, 408 p. (in Arabic)
- Al-Ashmavi S. (1988) *Islam Sharia and the Law of Egypt (a Comparative Study)*. Cairo: Mactaba Matbuli, 110 p. (in Arabic)
- Al-Kabashi A.-M. (1986) *Following Sharia in Sudan: Truth and Doubts*. Cairo: Az-Zahra li-l' llam al-Arabi, 160 p. (in Arabic)
- Al-Kasim A. (1977) *Islam and Codification. An Urgent Appeal to Sharia Norms Codification*. Mekka: no publisher, 411 p. (in Arabic)
- Al-Khalabi I. (1989) *The Blending of Seas*. Beirut: Muass-ar-Risala, 780 p. (in Arabic).
- As-Sabah I. (2000) *Islamic Legality vs. Constitutional Legality*. Cairo: Dar-Ash-Shuruk, 366 p. (in Arabic)
- Az-Zuheili M. (2006) *The Fikh Principles and its Fulfillment*. Damascus: Dar-Al-Fikr, 1344 p. (in Arabic)
- Butti A., Butti S. (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*, no 3, pp. 219–244.
- Cadri-Pasha M. (1891) *The Admonition for Person Wishing to Know Human Status in Sharia Mutual Relations*. Bulak: Nizara, 174 p. (in Arabic)
- Glenn P. (2010) *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 418 p.
- Hanson M. (1987) The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, no 3, pp. 272–291.
- Layish A. (2004) The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World. *Die Welt des Islam*, issue 1, pp. 85–113.

Murray J., El-Molla M. (1999) Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt. *Democracy, Rule of Law and Islam*. The Hague: Springer, pp. 507–524.

Peters R. (2002) From Jurists' Law to Statute Law, or what Happens when the Sharia is Codified. *Mediterranean Politics*, no 7, pp. 82–95.

Schacht J. (1959) Islamic law in Contemporary States. *The American Journal of Comparative Law*, no. 2, pp. 133–147.

Vogel F. (1999) Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Issues of Theory, Practice and Comparison. *Democracy, Rule of Law and Islam*. The Hague: Springer, pp. 525–544.

Векторы развития права

рецензия на книгу: Тихомиров Ю.А. Юридическое прогнозирование. Научно-практическое пособие.

М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2018. 166 с.

И.Г. Шаблинский

профессор, департамент публичного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ishablin@yandex.ru

Ключевые слова: юридическое прогнозирование, нормативное регулирование, принципы права, оценки регулирующего воздействия нормативных актов, правового моделирования, многовекторность правового развития

Для цитирования: Шаблинский И.Г. Векторы развития права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 246–253.

Выстраивание прогнозов в отношении регулятивного воздействия новых законов, предвидение отдаленных последствий их применения — одна из тех тем, к которым известный российский государствовед Ю.А. Тихомиров обращается во многих своих работах. В его новой книге эта тема стала центральной. Вероятно, в данной работе можно усмотреть несколько основных проблем и смыслов. Но, на наш взгляд, главный ее смысл — в выражении обеспокоенности в связи с тем, что при общем увеличении объема нормативного регулирования наблюдается реальный дефицит права. Иными словами, при общем усилении регулятивного воздействия государства роль права, как ни парадоксально, слабеет. Речь идет, пожалуй, о последнем десятилетии; тревожные интонации, звучащие в работе, заслуживают внимания. В известной мере книга итожит данный исторический отрезок в развитии нашей правовой системы. Мы воспользуемся этим, чтобы также поразмышлять о некоторых изменениях в российском конституционном законодательстве с учетом ряда декларированных в свое время целей. Нам представляется, что ряд важных выводов, содержащихся в книге, целесообразно раскрыть и проиллюстрировать.

Итак, автор обращает внимание на ряд факторов указанной неблагоприятной тенденции. Один из них — разрушение «правом силы» традиционных

принципов национального и международного права (с. 15). Проблема состоит в том, что государства, на словах признавая важность международного порядка, основанного на договорах и декларациях, на практике все чаще действуют неправовыми способами, для которых всегда находятся оправдания. Суды, в том числе международные не могут изменить хода событий. Автор избегает тут акцентировать внимание на каких бы то ни было идеологических разногласиях — он далек от политико-идеологической проблематики. Он лишь характеризует эту тенденцию как опасную. Вероятно, она неблагоприятно сказывается и на национальных правовых системах. В противовес ей необходимо упрочение роли права на национальном уровне, выработка стратегий развития правовых институтов, разработка новых методов юридического прогнозирования. В общем автор рассчитывает и на изменение мировоззрения законодателей (во что пока верится с трудом), и на новые методики анализа и измерения права.

Ю.А. Тихомиров обобщает опыт применения нашими государственными ведомствами методики ОРВ — оценки регулирующего воздействия нормативных актов. Более всего данная методика важна для отношений государства с бизнесом. До 2010 года в России ежегодно принималось порядка 20 тыс. нормативных правовых актов. Никаких обсуждений с бизнесом при этом не проводилось (с. 29). Можно предположить, что благоприятная экономическая конъюнктура (по крайней мере, до 2009 года) отчасти компенсировала негативное воздействие избыточного и не всегда продуманного регулирования. Но конъюнктура изменилась в худшую сторону — в частности, на рынке энергоносителей. В этой ситуации процедура ОРВ, закрепленная уже как обязательная, вроде бы приобрела особое значение. Однако, фискальная (и иная) нагрузка на бизнес с тех пор только возрастала. Среди всех результатов регулирующего воздействия самым важным для государства оказалось пополнение бюджета.

Но оправдано ли в принципе сведение всей прогностической функции лишь к выявлению бюджетных перспектив очередной поправки к закону, влекущей увеличение налоговой нагрузки? И государство, и общество сегодня нуждаются в прогностической оценке более широкого контекста — социально-экономического и политического развития в связи с выбранной стратегией развития правовой системы. Мы должны понимать, куда нас ведет данная стратегия (если таковую мы все-таки обнаруживаем). Автор книги уточняет: «Вводя понятие «юридическое прогнозирование», мы учитываем широкий социальный контекст развития права и процессов, протекающих в правовой сфере... Речь идет и о прогнозировании правового обеспечения преодоления конфликтов и укрепления безопасности, устойчивого роста экономики, рационального использования энергетических,

продовольственных и прочих ресурсов, упорядочения миграционных потоков, сохранения климата и природы» (с. 31–32).

В общем ясно, что в понятие «юридическое прогнозирование» вкладывается куда более богатое и широкое содержание, чем может показаться. Не случайно автор книги выступает за подготовку совместных юридико-экономических сценариев развития (с. 60).

К числу индикаторов юридического прогнозирования Ю.А. Тихомиров относит и диагностику рисков в правовой сфере. В частности, поспешные и ошибочные решения при разработке системы органов исполнительной власти рождают риск снижения эффективности всей системы управления. Это наша старая болезнь. Автор вспоминает об опыте частых перестроек и перетрясок государственных ведомств: «Деловое предвидение уступало место субъективизму и волюнтаризму. Так было и в 1970–1980-е годы, когда «министерская система» заслонила сначала «совнархозовскую», а затем «госкомитетскую». И сейчас новые задачи и стратегии, новые законы не получают отражения в «дробных» компетенциях конкретных государственных органов» (с. 40).

Органы законодательной власти в Российской Федерации как на федеральном, так и на региональном уровнях уже два десятилетия строят работу на основе примерных программ законодательной деятельности. Автор книги в связи с этим отмечает, что в планах законопроектной деятельности необходимо более полно определять «место будущего закона в решении стратегических задач страны, региона, в соответствии со стратегиями и концепциями социально-экономического развития» (с.45).

Ю.А. Тихомиров напоминает и о значении правового моделирования, стремясь обозначить его практический смысл. Если мы планируем реформу в области правовой системы, мы должны четко осознавать желаемый результат, выстраивать правовую модель обновления системы. Иными словами, всякая масштабная реформа должна выстраиваться на основе теоретической модели. «Таковой не оказалось применительно к затянувшейся судебной реформе начала 1990-х годов и объединения Верховного Суда РФ с Высшим Арбитражным Судом РФ в конце 2013 — начале 2014 годов» (с. 54).

Подобное признание — все еще редкое явление в современных фундаментальных исследованиях российской правовой системы (не публицистике). Но именно к этой оценке состояния нашей судебной системы все чаще и настойчивее подталкивает опыт.

Обратимся теперь к упоминаемой Ю.А. Тихомировым реорганизации высших судов в 2013 г. Назвать это реформой довольно трудно. Как известно в соответствии с конституционными поправками Высший Арбитражный Суд Российской Федерации был упразднен, а Верховный Суд Российской Федерации стал единственным высшим судебным органом по гражданским, уголовным,

административным и иным делам, а также по экономическим спорам. При этом необходимость объединения обосновывалась важностью единообразия судебной практики, а также обеспечением равенства всех перед законом.

Вряд ли эти предельно общие формулы могли реально объяснить причины слияния высших судов и внесения поправок в Конституцию Российской Федерации. В итоге, большинство экспертов пыталось найти ответы на вопрос о причинах данной меры в неюридической плоскости.

Речь шла все же не об объединении двух судебных систем (арбитражных судов и судов общей юрисдикции), а о слиянии. Однако следует помнить, что она повлекла за собой отставки и новый отбор судей высших судов. В соответствии с п. 5 ст. 2 Закона о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. N 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации»¹ в целях формирования первоначального состава Верховного Суда была создана Специальная квалификационная коллегия по отбору кандидатов. Работа данной Коллегии вызвала много вопросов.

Указанные поправки были рассмотрены и приняты обеими палатами Федерального Собрания Российской Федерации довольно оперативно. Государственная Дума одобрила данные поправки 22 ноября 2013 г., Совет Федерации вынес то же решение спустя пять дней, а еще до наступления нового 2014 г. за поправки проголосовало уже надлежащее число законодательных собраний субъектов Российской Федерации.

Любопытная деталь. Группа депутатов Государственной Думы от КПрФ попыталась оспорить данные поправки к Конституции, в частности, и слияние высших судов, и процедуру нового отбора судей. Интересно отметить, что в ноябре 2013 г. эти лица голосовали в Государственной Думе «за» данные поправки!

Тем не менее эта группа направила запрос в Конституционный Суд Российской Федерации, указывая на неконституционность процедуры принятия поправок, а также на нарушение принципа сбалансированности полномочий органов государственной власти. Кроме того, по мнению заявителей, прохождение действующими судьями специальной процедуры переназначения противоречило принципу их несменяемости. В июле 2014 г. Конституционный Суд отказался рассматривать данный запрос.

Ю.А. Тихомиров пытается дать ответ на вопрос о причинах неуспешности некоторых преобразований. Эти причины он видит в «неполноте исходной информации», «непознанности» сути проблем и «субъективизме в политике». В результате, проблемы так и остаются не решенными, в частности, «муниципальная, судебная и административная реформы до сих пор не дали положительных результатов...» (с.63).

¹ Российская газета. № 27(6299). 07.02.2014 .

Мы можем согласиться с этими оценками в принципе, хотя, вероятно, вполне обоснованно можно было бы утверждать, что декларируемые цели этих реформ вообще не были достигнуты.

Так, «муниципальная реформа» свелась, в сущности, к превращению местного самоуправления в один из уровней государственной бюрократии. Тут нужно вспомнить, что в 2014 г. были приняты поправки к Федеральному закону «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»², которые, в частности, дали возможность региональной власти формировать представительные органы муниципальных образований путем делегирования (от нижестоящих представительных органов).

Что это означало на практике? Возможность для региональной бюрократии определять способы избрания глав муниципальных образований — напрямую населением или из состава представительного органа власти. Фактически это привело к отмене прямых выборов глав городов. В течение нескольких лет края и области один за другим заявляли об отмене прямых выборов мэров своих столиц. За 2014–2019 гг. последовательно отказались от института всенародно избранного мэра сотни городов и почти все (за совсем малым исключением) столицы субъектов Российской Федерации: последний в этом списке — Екатеринбург.

Далее нам представляется важным уделить специальное внимание сюжету, связанному с усилением административного контроля за структурами гражданского общества. Формально эти меры не относились к административной реформе. Но в реальности именно они весьма ярко отразили суть реализуемой государством стратегии в области административных отношений. Речь идет о поправках в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» от 12.01.1996 N 7-ФЗ и Федеральный закон «Об общественных объединениях» от 19.05.1995 N 82-ФЗ, предусматривавших выделение особой категории некоммерческих организаций (далее — НКО) — «организации, выполняющие функции иностранного агента»³. Для того, чтобы попасть в реестр «иностранных агентов», организации достаточно было пользоваться средствами иностранных грантодателей и заниматься тем, что в законе определялось как «политическая деятельность». Для «иностранных агентов» предусмотрены процедуры отчетов и проверок их организационных и финансовых документов.

Вопрос о конституционности новых положений, вводящих категорию «организаций, выполняющих функции иностранного агента», а также ряд условий для контроля над такими организациями был, как известно, рассмотрен Конституционным Судом Российской Федерации. Смысл вынесен-

² Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 27.05.2014)

³ Российская газета. N 172. 30.07.2012

ного им Постановления оказался противоречивым⁴. С одной стороны, Суд признал конструкцию «организации, исполняющей функции иностранного агента» не противоречащей Конституции Российской Федерации. Суд никак не оценил и тех признаков «политической деятельности», которые содержали оспариваемые нормы.

С другой стороны, Суд признал, что в условиях, когда Российская Федерация, как это прямо следует из преамбулы Конституции Российской Федерации, не мыслит себя вне мирового сообщества, получение российскими некоммерческими организациями, принимающими участие в политической деятельности, иностранного финансирования само по себе не может ставить под сомнение лояльность таких организаций по отношению к своему государству. Иное не только было бы несовместимо с конституционной необходимостью обеспечения взаимного доверия и уважения граждан (их объединений) и государства, но и противоречило бы ст. 21 (ч. 1) Конституции Российской Федерации, возлагающей на государство обязанность охранять достоинство личности и не допускать его умаления.

По мнению Конституционного Суда, законодательная конструкция некоммерческой организации, выполняющей функции иностранного агента, не предполагает негативной оценки такой организации со стороны государства, не рассчитана на формирование отрицательного отношения к осуществляемой ею политической деятельности и тем самым не может восприниматься как проявление недоверия или желания дискредитировать такую некоммерческую организацию и (или) цели ее деятельности.

В частности, 14 сентября 2014 г. пресс-служба ЦИК России опубликовала заявление, в котором в частности говорилось: «Центральная избирательная комиссия Российской Федерации обращает внимание избирательных комиссий всех уровней, что в период подготовки и проведения выборов, назначенных на 14 сентября 2014 года, осуществление наблюдения на избирательных участках представителями организаций, признанных Министерством юстиции Российской Федерации иностранными агентами, может привести к дискредитации института наблюдателей, а также к созданию условий для дестабилизации демократического процесса формирования органов публичной власти»⁵. Поводом для сообщения было участие в наблюдении за выборами журналистов газеты «Гражданский голос», одним из учредителей которой является НКО «Ассоциа-

⁴ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 8 апреля 2014 г. № 10-П по делу «О проверке конституционности положений пункта 6 статьи 2 и пункта 7 статьи 32 Федерального закона «О некоммерческих организациях», части шестой статьи 29 Федерального закона «Об общественных объединениях» и части 1 статьи 19.34 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, фонда «Костромской центр поддержки общественных инициатив», граждан Л.Г. Кузьминой, С.М. Смиренского и В.П. Юкчева».

⁵ Available at: URL: <http://president-sovet.ru/documents/read/288/> (дата обращения: 14.09.2014)

ция «Голос». Сама газета не была внесена в реестр организаций, исполняющих функцию «иностранного агента». Ее корреспонденты, наделенные статусом журналистов, осуществляли наблюдение за избирательным процессом наряду с представителями других российских печатных изданий.

Позже законодатель закрепил данную тенденцию. В конце 2014 г. некоммерческим организациям, внесенным в реестр «иностранных агентов», было запрещено в какой-либо форме участвовать в избирательных кампаниях. Соответствующие поправки были внесены в п. 6 ст. 3 Федерального закона от 12 июня 2002 г. N 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»⁶. Примерно в это же время были принята поправка в Федеральный закон «О политических партиях» от 11.07.2001 N 95-ФЗ, вводящая, в частности, запрет политическим партиям совершать сделки с НКО, включенными в реестр «иностранных агентов»⁷.

В книге Ю.А. Тихомирова, однако, содержится важное напоминание: «Утверждение постулатов об абсолютной ценности права, о его независимости от государства, поскольку его источник — ценности общества, повлекло понимание права только как меры свободы».

Таким образом, перед разработчиками прогнозов и субъектами принятия решений снова возникает вопрос о целях и критериях дальнейшего развития правовой системы. Увы, не все поставленные ранее цели оказались достигнуты. Более того: некоторые изначально декларированные цели оказались подменены другими.

Обращаясь к более широкому, международному контексту изучения проблематики прогнозирования, Ю.А. Тихомиров обозначает то, что он называет «многовекторностью (или разновекторностью)» правового развития. Действительно, в мире права проявляются сейчас конкурирующие тенденции. С одной стороны, возрастает значение «мягкого права» и общеправовых принципов, с другой — громко заявляет о себе право сильного (или «право силы»). С одной стороны, многие государства, прежде всего, в Европе, стремятся к унификации и сближению правового регулирования; с другой — эти же государства отстаивают дифференциацию регулирования некоторых сфер отношений: например, процедуры принятия и адаптации тысяч мигрантов, трудовые отношения и т.д.

Какой вектор, какие тенденции возобладают? Автор не уклоняется от обозначения своего видения: «Развитие природы права означает не падение его роли, а его видоизменение. Речь идет об усилении начал саморегулиро-

⁶ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 25.11.2014)

⁷ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 30.06.2014)

вания в праве за счет широкого применения норм-целей, норм-принципов, норм-стимулов и норм-поощрений. «Слой» мягкого права в общей правовой структуре будет увеличиваться. Кроме того, можно прогнозировать сближение принципов, институтов и норм национального, регионального и международного права. Но этот процесс протекает неодинаково и неравномерно в разных правовых системах» (с. 80).

Да, можно согласиться с тем, что именно этот вектор — сближающий принципы международного и национального права — важнейший. Этот вектор задан всей предшествующей историей, и он в полной мере соответствует долгосрочным интересам нашего государства. Но частные отклонения от него, увы, возможны и вполне очевидны: они в каждом случае означают лишь замедление развития экономики и гражданского общества. Процесс, о котором пишет Тихомиров, действительно развивается неравномерно, и российская правовая система на определенном этапе своего развития может демонстрировать тенденцию к обособлению — в частности, по отношению к органам международного правосудия. Такой процесс совершенно реален, но он, на наш взгляд, никак не отменяет магистрального вектора.

Главный вопрос в связи с этим: как долго может продолжаться и куда может завести такой процесс обособления? Насколько проблематика мягкого права окажется актуальной для нас? На эти вопросы, судя по всему, еще предстоит искать ответы и автору книги, и ее читателям. И эти ответы — безусловно, сфера юридического прогнозирования.

Vectors of the Legal Development



Il'ya Shablinsky

Professor, Department of Public Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: shablin@yandex.ru



Abstract

Review of a book by Tikhomirov Yu. A. *Juridical Prognosis*. Moscow: Institute of Legislation and Comparative Law under Government of Russian Federation, 2018. 166 p. (in Russian)



Keywords

legal forecasting, normative regulation, legal principles, evaluation of normative acts regulatory impact, legal modelling, multi-vector legal development

Citation: Shablinsky I.G. (2019) Vector of the Legal Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 246–253 (in Russian)

1/2019

Правовая мысль: история и современность

О.В. Романовская

Деконцентрация публичного управления: право и административная реформа 4

Д.А. Липинский

Макроуровень института юридической ответственности 25

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.В. Гутников

Корпоративная ответственность участников коммерческих корпораций:
проблемы и перспективы развития 45

А.А. Ялбулганов

Учение о бюджете в доктрине российского финансового права 71

Е.В. Овчарова

Налоговый комплаенс в России: проблемы соотношения мер
административного принуждения и стимулирования 89

Е.С. Трезубов

Договорное регулирование отношений покрытия в поручительстве 112

Ф.В. Цомартова

Проблемы соотношения систем государственной регистрации
лекарственных препаратов и их патентной охраны 133

М.О. Буянова

К вопросу о предмете спортивного права 158

А.А. Савичев

Понятие спортивного права в российской юридической доктрине 176

Н.В. Бузова

Спортивные передачи: актуальные вопросы правовой охраны и защиты прав на них 195

И.В. Панова, С.В. Синицина

Административно-правовое регулирование правил рыболовства
и охраны рыбных запасов: анализ зарубежного и российского законодательства 214

Право в современном мире

М.А. Рылова, Д.А. Швец

Свобода прокладки подводных кабелей и право на разработку минеральных ресурсов:
«на перекрестке равнозначных дорог» 232

Legal Thought: History and Modernity

O.V. Romanovskaya

Deconcentration of Public Administration: Law and Administrative Reform 4

D.A. Lipinsky

Macro Level of the Institution of Legal Responsibility 25

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

O.V. Gutnikov

Corporate Liability of Shareholders of Commercial Companies in Russia: Issues and Prospects 45

A.A. Yalbulganov

Theory of Budget in the Russian Financial Law Doctrine 71

E.V. Ovcharova

Tax Compliance in Russia: Balance between Administrative Enforcement and Stimulating Measures 89

E.S. Trezubov

The Contractual Regulating Coverage Relationships in Suretyship 112

F.V. Tsomartova

On Correlation of Drugs Registration and theirs Patent Protection 133

M.O. Buyanova

On the Subject Matter of Sports Law 158

A.A. Savichev

Concept of Sports Law in the Russian Legal Doctrine 176

N.V. Buzova

Sports Programs: Issues of Legal Protection and Protection of its Rights 195

I.V. Panova, S.V. Sinitsyna

Administrative and Legal Regulation of Fishery and Protecting Fish Stocks: Analysis of Foreign and Russian Legislation 214

Law in the Modern World

M.A. Rylova, D.A. Shvets

Laying Submarine Cables and Development of Mineral Resources of Seabed: "at Crossroads of Equivalent Roads" 232

Правовая мысль: история и современность

А.В. Малько, Р.С. Маркунин

Значение системного подхода в исследовании юридической ответственности органов публичной власти 4

В.В. Лапаева

Международное регулирование отношений в сфере биомедицины: взаимодействие права и морали 22

Д.Б. Горохов

Проблемный результат отечественного правотворчества: законодательное установление охраны «жизни или здоровья животных и растений» 45

В.А. Лаптев

Понятие искусственного интеллекта и юридическая ответственность за его работу 79

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.В. Рябова

Публичный финансовый контроль: выявление сущности явления 103

Е.В. Кудряшова

Финансовая безопасность в иерархии целей стратегического планирования в Российской Федерации 124

Н.В. Самсонов

Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как источник отечественного гражданского процессуального права 139

Н.И. Марышева, А.И. Щукин

«Иностраный элемент» при пересмотре судебных постановлений по новым обстоятельствам: российское законодательство и судебная практика 163

С.В. Зыков

Личные неимущественные права супругов: необходимость правового регулирования 189

Право в современном мире

А.П. Клементьев

Выбор права в трансграничном ликвидационном неттинге 209

А.А. Каширкина, А.Н. Морозов

Юридическая экспертиза проектов международных актов: новые грани 233

Legal Thought: History and Modernity

A.V. Mal'ko, R.S. Markunin

The Significance of System Approach in Study of Public Bodies Liability 4

V.V. Lapaeva

International Regulation of Relations of Biomedicine: Interaction of Law and Morality 22

D.B. Gorokhov

Problematic Result of Domestic Lawmaking: Legislative Establishing Protection of Life or Health of Animals and Plants 45

V.A. Laptsev

Artificial Intelligence and Liability for its Work 79

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

E.V. Ryabova

Public Financial Control: Searching of Nature 103

E.V. Kudryashova

Financial Safety within Hierarchy of Strategic Planning Purposes in Russian Federation 124

N.V. Samsonov

Resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as a Source of Civil Procedural Law 139

N.I. Marysheva, A.I. Schukin

"Foreign Element" in Revising Court Decisions on New Circumstances: Russian Legislation and Court Practice 163

S.V. Zykov

Personal Non-property Rights of Spouses: Need in Legal Regulation 189

Law in the Modern World

A.P. Klementiev

Cross-Border Close-Out Netting and the Choice of Applicable Law 209

A.A. Kashirkina, A.N. Morozov

Examination of International Acts Drafts: New Facets of Legal Expertise 233

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Л.П. Ануфриева

Enigma российской Конституции 1993 года: «Общепризнанные принципы и нормы международного права» 4

Л.В. Зайцева, О.А. Курсова

Формы применения труда недееспособного работника 26

М.М. Харитонов

Понятие сексуального домогательства (харассмента) и механизмы противодействия ему в трудовом праве России 52

А.В. Чеботарев

Юридическая ответственность за нарушение антидопинговых правил в России: проблемы и перспективы 76

М.С. Журавлев

Интероперабельность как фактор развития права в сфере электронного здравоохранения 98

И.Ю. Янина

Понятие и виды причинения в уголовном праве 117

И.Ф. Амельчаков, О.В. Катаева

Высылка иностранного гражданина как ограничение его права на свободу передвижения и как способ обеспечения национальной безопасности 138

Право в современном мире

Л.В. Терентьева

Экстерриториальное проявление юрисдикции государства в условиях трансформации восприятия его пространственных границ 160

А.Х. Абашидзе, А.И. Травников

Старые, но современные проблемы международного воздушного права 181

M. Wassmer

The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special Part of the German Criminal Code 203

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова

Интерперсональные коллизии в международном частном праве Израиля 220

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

L.P. Anufrieva

Enigma of the Constitution of Russian Federation 1993: “Generally Recognized Principles and Norms of International Law” 4

L.V. Zaytseva, O.A. Kursova

Forms of Employment of an Incompetent Employee 26

M.M. Kharitonov

The Concept of Sexual Harassment and Mechanisms to Counter it in the Labor Law of Russia 52

A.V. Chebotarev

Liability for Violation of Anti-doping Rules in Russia: Issues and Prospects 76

M.S. Zhuravlev

Interoperability as Factor of Law Development in the Digital Economy (eHealth Case) 98

I.Yu. Yanina

Concept and Types of Inflicting in Criminal Law 117

I.F. Amelchakov, O.V. Kataeva

Expulsion of a Foreign Citizen as a Restriction of its Right to Free Movement and as a Way of Ensuring National Security 138

Law in the Modern World

L.V. Terentieva

Extraterritorial Jurisdiction of State and Perception Transformation of its Spatial Boundaries 160

A.Kh. Abashidze, A.I. Travnikov

“Old” but Modern Problems of International Air Law 181

M. Wassmer

The Latest Criminal Law Reforms in the General and Special Part of the German Criminal Code 203

N.Yu. Erpylyova, I.V. Getman-Pavlova

Interpersonal Collisions in Israeli International Private Law 220

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

**XXI Апрельская международная научная конференция
по проблемам развития экономики и общества
6–10 апреля 2020 г., г. Москва**

6–10 апреля 2020 г. в Москве состоится XXI Апрельская международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при поддержке Всемирного Банка. Председатель Программного комитета конференции – научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

Конференция посвящена широкому кругу актуальных проблем экономического и социального развития страны. Основную часть выступлений на АМНК составляют научные доклады российских и зарубежных ученых. Важной частью программы конференции являются специальные мероприятия, которые проводятся в формате пленарных заседаний и круглых столов с участием членов Правительства Российской Федерации, государственных деятелей, представителей бизнеса, российских и зарубежных экспертов.

Апрельская международная научная конференция в очередной раз открывает свои двери для академического и экспертного сообщества!

Подробнее об истории АМНК: <https://conf.hse.ru/2019/>

ТРЕБОВАНИЯ К ЗАЯВКАМ НА УЧАСТИЕ В КОНФЕРЕНЦИИ И ПОРЯДОК ПОДАЧИ ЗАЯВОК:

Доклад, заявляемый на конференцию, должен содержать результаты оригинального научного исследования, выполненного с использованием современной исследовательской методологии. Программа секций и круглых столов формируется с учетом принятых заявок.

РАБОЧИЕ ЯЗЫКИ: русский и английский.

ВРЕМЯ ВЫСТУПЛЕНИЙ:

- Продолжительность презентации доклада на сессии — 15–20 минут;
- Выступления в рамках круглых столов ограничиваются — 5–7 минутами.

СРОКИ ПОДАЧИ ЗАЯВОК:

Заявки на выступление в качестве докладчиков на сессиях следует подавать online через систему регистрации НИУ ВШЭ с **9 сентября до 15 ноября 2019 г.** (регистрация будет открыта позже).

К заявке должна быть приложена развернутая аннотация предполагаемого выступления на русском (для русскоязычных участников) и английском (для всех участников) языках в формате Word или RTF объемом не менее 1, но не более 3 машинописных страниц каждая, через 1,5 интервала (до 7 000 знаков). В аннотации должны быть четко сформулированы рассматриваемая проблема, используемый подход к ее решению (в частности, если есть, модель, на которой основан анализ), изложены основные полученные результаты. Необходимо указать, в чем основная

новизна представленных результатов по сравнению с ранее опубликованными. Заявки, не соответствующие указанным требованиям, не будут рассматриваться.

Группа авторов, каждый из которых зарегистрирован в системе конференции, может сообщить в Программный комитет конференции о своем желании организовать коллективную сессию. Для этого необходимо до **15 ноября 2019 г.** заполнить форму, размещенную на сайте конференции.

Один автор может представить на конференции один личный доклад и не более двух докладов в соавторстве. В рамках отдельной сессии не должно быть более двух докладов, представленных от одной организации. Продолжительность сессии 1,5 часа. Предложения по формированию сессий рассматриваются Программным комитетом на этапе экспертизы заявок и формирования программы конференции.

Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято до **24 января 2020 г. на основании** экспертизы с привлечением независимых экспертов, после чего на сайте конференции будет опубликована предварительная версия программы конференции.

В срок до **10 февраля 2020 г.** авторы докладов, включенных в предварительную программу конференции, должны подтвердить своё участие в личном кабинете системы регистрации. В случае отсутствия подтверждения доклады будут исключены из программы. Авторы докладов, включенных в программу конференции, должны до **13 марта 2020 г.** представить слайды презентации на английском языке.

Доклады, включенные в программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями, могут быть приняты к публикации в ведущие российские научные журналы по экономике, социологии, менеджменту, государственному управлению, которые индексируются Scopus и/или Web of Science, входят в список ВАК.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются on-line до **20 марта 2020 г.**

РЕГИСТРАЦИОННЫЙ ВЗНОС:

Информация об оплате участия в конференции (размер регистрационных взносов, порядок и сроки оплаты) будет размещена на сайте конференции.

Организационный комитет конференции
(контакт: interconf@hse.ru)

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 10.12.2019. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,5. Тираж 500 экз.