

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2015



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

Дж. Айани (Туринский университет, Италия)
Ю. Базедов (Институт Макса Планка, Федеративная Республика Германия)
А.А. Иванов (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.А. Гаджиев (Конституционный Суд Российской Федерации)
Т.Г. Моршачкова (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
Ю.А. Тихомиров (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Т. Эндикотт (Оксфордский университет, Великобритания)

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая Ордынка, 17, офис 212
Тел.: +7 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 115230, Москва, Варшавское ш., 44а, 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, 2015

Правовая мысль: история и современность

Т.А. Полякова, Е.В. Акулова

Развитие законодательства в области обеспечения информационной безопасности: тенденции и основные проблемы.....4

К.П. Саврыга

Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь)..... 18

А.С. Помазан

Международно-правовое регулирование помощи развивающимся странам в системе международных экономических отношений27

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

М.В. Закошанский

Эволюция виндикационного спора42

А.Б. Панов

О делящихся административных правонарушениях50

Д.В. Шибаев

Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта66

М.Г. Шилина

Международно-правовое регулирование транспортно-логистического взаимодействия государств в рамках ШОС.....78

Т.В. Семенов

Уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений: сравнительный анализ законодательства России и стран СНГ88

А.С. Шаталов

Процессуальный механизм уголовного преследования специальных субъектов: современное состояние и перспективы оптимизации..... 100

Судебная система и практика

И.Р. Латыпова

Конституционные основы финансирования судебной власти в Российской Федерации 119

Право в современном мире

С.Ю. Данилов

Из опыта западного конституционализма: политико-правовые аспекты модернизации Конституции Канады..... 131

К.М. Бычкова

Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов в рамках процедуры судебной ликвидации во Франции..... 145

И.И. Нагорная

Избыточная уголовная репрессия в США 157

А.К. Soboleva

Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach..... 168

R.T. Nurullaev

Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism 181

Научная жизнь 194

Рецензии 225

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

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

3/2015



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

T.A. Polyakova, E.V. Akulova

The Development of Legislation in the Field of Information Security:
Trends and Key Issues..... 4

K.P. Savryga

Exterritorial Application of Human Right Legislation: a Case Study of the Right to Life 18

A.S. Pomazan

International Legal Regulation of Assistance to Developing Countries
in International Economic Relations 27

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

M.V. Zakoshanskiy

A Vicindatory Dispute Evolution..... 42

A.B. Panov

On Continuing Administrative Offences 50

D.V. Shibaev

Legal Mode of Medical Information Privacy 66

M.J. Shilina

International Legal Regulation of the Transport and Logistics Interactions
within the Framework of the SCO 78

T.V. Semenov

Criminal Law Prohibitions in Corporate Relations: a Comparative Analysis
of the Legislations in Russia and the CIS countries 88

A.S. Shatalov

Judicial Mechanism of Criminal Proceedings of the Special Subjects:
the Modern State and Prospects of Optimization 100

Judicial System and Practice

I.R. Latypova

The Constitutional Basis for Financing the Judiciary in the Russian Federation 119

Law in the Modern World

S.Yu. Danilov

From the Experience of Western Constitutionalism: Legal
and Political Aspects of the Modernization of Canadian Constitution 131

K.M. Bychkova

Distribution Priorities for Pre-Commencement Creditors
under Judicial Liquidation in France 145

I.I. Nagornaya

Overcriminalization in the USA 157

A.K. Soboleva

Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach (in English) .. 168

R.T. Nurullaev

Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism
(in English)..... 181

Scientific Life..... 194

Book Review..... 225

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.

Развитие законодательства в области обеспечения информационной безопасности: тенденции и основные проблемы



Т.А. Полякова

профессор Российского государственного университета правосудия, заведующая сектором информационного права Института государства и права РАН, доктор юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации. Адрес: 117418, Российская Федерация, Москва, Новочерёмушкинская ул., 69. E-mail: polyakova_ta@mail.ru



Е.В. Акулова

аспирантка кафедры информационного права, информатики и математики Всероссийского государственного университета юстиции. Адрес: 117638, Российская Федерация, Москва, ул. Азовская, 2/1. E-mail: akulova_ev@rambler.ru



Аннотация

Предметом исследования является процесс формирования правовой системы обеспечения международной информационной безопасности, а также системы информационной безопасности в рамках законодательства Российской Федерации. Актуальность указанной темы обусловлена высокими темпами развития глобального информационного пространства и информатизации всех сфер жизнедеятельности общества, а также непростой политической ситуацией, сложившейся на мировой арене. Все это в совокупности способствует появлению новых вызовов и угроз информационной безопасности, проблему предотвращения которых можно отнести к числу наиболее серьезных вопросов как национальной, так и международной безопасности. Неуклонное нарастание таких угроз вызывает необходимость построения эффективной системы МИБ, совершенствования национального законодательства в данной области, проведения научных исследований. В связи с этим авторы анализируют тенденции развития законодательства и государственной политики в области обеспечения информационной безопасности, а также обозначают наиболее актуальные проблемы и вопросы, подлежащие научному исследованию. Целью данного научного исследования является формирование практических и теоретических предложений при построении правовой системы МИБ и модернизации правовой системы информационной безопасности Российской Федерации. Достижению поставленной цели способствовали: проведение анализа формирования и развития правовой системы МИБ в современных политических условиях, анализ развития национального законодательства Российской Федерации в области информационной безопасности, выявление правовых проблем и неопределенностей, оказывающих влияние на успешное формирование системы МИБ и модернизации законодательства Российской Федерации в области информационной безопасности, а также формулировка на основе проведенного анализа ряда предложений, способствующих успешной реализации государственной политики Российской Федерации в области МИБ. Методологическую основу исследования составляют общенаучный метод познания, дедуктивный, сравнительно-правовой, формально-юридический методы и метод системного анализа. Одним из основных выводов научной статьи является необходимость расширения договорно-правовой базы межгосударственного сотрудничества, а также разработки общих правил применения норм в информационной сфере, создание единого для участников межгосударственных образований подхода в области правового регулирования — гармонизация и унификация законодательства государств-членов союзных государств, интеграция в законодательство Российской Федерации рекомендаций, закрепленных в международных документах.



Ключевые слова

национальная безопасность, информационное пространство, информационное общество, информационные технологии, международная информационная безопасность, критическая информационная инфраструктура, государственная политика Российской Федерации, персональные данные, облачные технологии.

Библиографическое описание: Полякова Т.А., Акулова Е.В. Развитие законодательства в области обеспечения информационной безопасности: тенденции и основные проблемы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 4–17.

JEL: K 10; УДК: 349

Интенсивность развития информационных технологий при переходе человечества на кардинально новую стадию развития — эпоху глобального информационного общества, внедрение во все сферы жизнедеятельности человека такого феноменального изобретения как Интернет, приводит к возникновению новых вызовов и угроз, связанных с противоправным использованием достижений в области информационных технологий. В связи с этим актуальность проблем обеспечения информационной безопасности как на национальном уровне в рамках отдельных государств, так и международной информационной безопасности (далее — МИБ), в настоящее время признается всем мировым сообществом. В условиях глобализации и информационного развития общества, как справедливо отмечает И.Л. Бачило, усиливаются импульсы активизации международного права. Крепнет идея формирования планетарного права — выработки и обязательности соблюдения всеобщих правовых норм¹.

Кроме того, глобализация и широко раскинувшиеся по всему миру сети «паутины Интернета» размывают государственные границы. Информационное пространство сегодня не ограничено территорией только одного государства, объединений государств и даже целых континентов, что вызывает необходимость выработки кардинально новых подходов к правовому регулированию общественных отношений, возникающих в настоящее время во всех сферах жизнедеятельности.

В Российской Федерации государственная политика в области обеспечения международной информационной безопасности нашла отражение в документе стратегического характера, в котором определены основные угрозы в области МИБ, цели, задачи и приоритетные направления государственной политики в указанной сфере. Таким документом стратегического планирования являются Основы государственной политики в области обеспечения международной информационной безопасности до 2020 года² (далее — Основы государственной политики).

Учитывая многоаспектность и глобальность понятия МИБ, важно определить, что оно в себя включает. В указанном документе содержится понятие МИБ — это состояние глобального информационного пространства, при котором исключены возможности нарушения прав личности, общества и прав государства в информационной сфере, а также деструктивного и противоправного воздействия на элементы национальной критической информационной инфраструктуры.

¹ Бачило И.Л. Информационное право: Учебник для магистров. М. : Изд-во Юрайт, 2013. 564 с.

² Утв. Президентом Российской Федерации 24 июля 2013 г. № Пр-1753 // СПС КонсультантПлюс.

При этом особенно важно отметить, что цель государственной политики Российской Федерации заключается в содействии установлению международного правового режима, направленного на создание условий для формирования системы МИБ. Таким образом, очевидна актуальность развития международного информационного права как части системы международного права. Одной из основных задач, способствующих достижению указанной цели, является формирование системы МИБ не только в глобальном масштабе, но и на двустороннем, многостороннем, региональном уровнях на основе применения международно-правовых механизмов и средств.

В целях реализации намеченного в Основах государственной политики курса развития международных отношений в области информационной безопасности в 2014–2015 годах продолжалась активная работа в многостороннем и двустороннем форматах, и несмотря на введение европейскими странами санкционной политики в отношении России, характеризующейся отменой и отложением ряда намеченных консультаций по вопросам информационной безопасности, Россия продолжает активное взаимодействие по вышеназванным направлениям в рамках таких международных организаций, как БРИКС, ШОС, ОДКБ, СНГ.

В условиях сложных политических отношений, складывающихся с США и странами Европы, на первый план выходит необходимость укрепления взаимоотношений в иных международных форматах, а в век высоких технологий, характеризующийся возможностью ведения войны и в киберпространстве, особенное внимание при заключении союзных договоренностей следует уделять вопросу обеспечения МИБ. Например, согласно Концепции участия России в объединении БРИКС, утвержденной Президентом Российской Федерации 9 февраля 2013 г., одной из основных целей сотрудничества с государствами-участниками БРИКС по вопросам международной безопасности является сотрудничество в интересах обеспечения МИБ, а также использование возможностей БРИКС для продвижения инициатив в этом направлении в рамках различных международных форумов и организаций, прежде всего ООН, укрепление в формате БРИКС сотрудничества в области противодействия использованию информационно-коммуникационных технологий в военно-политических, террористических и криминальных целях, а также целях, противоречащих обеспечению мира, стабильности и безопасности³.

В целях реализации намеченного в Концепции политического курса в июле 2014 г. благодаря инициативе России в Итоговой декларации 6-го саммита БРИКС (г. Форталеа) закреплены два раздела, посвященные вопросам МИБ и интернационализации управления Интернетом. Государства-участники отразили намерение сотрудничать друг с другом в выявлении возможностей для осуществления совместных действий по решению общих проблем безопасности в сфере использования информационно-коммуникационных технологий, а также приняли во внимание и отметили российское предложение о необходимости выработки консолидированной позиции по данному вопросу, совместной разработке соглашения между странами БРИКС о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности. Однако декларативное отражение стремления государств-участников БРИКС заключить международное соглашение по вышеназванному вопросу не должно являться конечной точкой, в связи с чем открывается широкий фронт работ в организационной и правовой сферах по выработке согласованной позиции, которая бы удовлетворяла интересам каждой из сторон соглашения.

³ Концепция участия Российской Федерации в объединении БРИКС, утв. Президентом Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс.

В форматах таких международных организаций как ШОС, ОДКБ, СНГ и др. в разное время были также заключены многосторонние международные соглашения в области обеспечения МИБ (Соглашение между правительствами государств-членов Шанхайской организации о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности⁴ (Екатеринбург, 16 июня 2009 г.), Положение о сотрудничестве государств-членов Организации Договора о коллективной безопасности в сфере обеспечения информационной безопасности⁵ (Москва, 10 декабря 2010 г.), подписано распоряжение Правительства Российской Федерации от 15 ноября 2013 г. № 2120-р о подписании Соглашения о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в области обеспечения информационной безопасности⁶, в 2014 г. велась активная работа по содействию вступлению в силу данного Соглашения, а 4 июня 2015 г. оно вступило в силу для Российской Федерации, Республики Беларусь и Республики Таджикистан.

Еще одним итогом реализации государственной политики в области международной информационной безопасности стало представление на 69-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН от имени государств-членов ШОС в качестве официального документа ООН обновленной редакции Правил поведения в области обеспечения международной информационной безопасности (далее — Правила поведения) — документа, являющегося серьезным шагом на пути формирования культуры информационной безопасности, новая редакция которого отличается от концепций, предполагающих регулирование кибервойн, миротворческим характером, нацеленным на предотвращение конфликтов в информационном пространстве.

Обновленная редакция «Правил поведения» отличается от предыдущей расширенным разделом о правах человека, наличием отдельного пункта, посвященного вопросам интернационализации управления сетью Интернет, а также вниманием к проблематике «наращивания потенциала» в сфере информационной безопасности и оказания развивающимся странам содействия в преодолении «цифрового разрыва»⁷.

Немаловажным аспектом в вопросе обеспечения информационной безопасности является то, что формирование глобального информационного общества и стремительное развитие интеграции влекут за собой необходимость расширения договорно-правовой базы межгосударственного сотрудничества. Способствовать разработке общих правил применения норм в информационной сфере, в первую очередь, может создание единого для участников межгосударственных образований подхода в области правового регулирования — гармонизация и унификация законодательства государств-членов союзных государств. Подтверждением актуальности такого вопроса является позиция И.Л. Бачило: «...главной задачей при обеспечении отношений и информационного взаимодействия в отдельно взятом государстве, в союзном государстве, в союзе государств или иной форме согласования интересов остается проблема гармонизации законодательства стран-участниц по тем позициям, которые определяют развитие экономики, социальной и культурной жизни, управления общими делами»⁸.

⁴ Бюллетень международных договоров. 2012. № 1. С. 13–21.

⁵ Решение о Положении о сотрудничестве государств-членов Организации Договора о коллективной безопасности в сфере обеспечения информационной безопасности // СПС КонсультантПлюс.

⁶ Официальный Интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 01.07.2015)

⁷ Официальный сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации // <http://www.mid.ru> (дата обращения: 01.07.2015)

⁸ Бачило И.Л. Указ.соч.

Осознавая потребность приведения к единообразию законодательных баз союзных государств в рамках организации СНГ на 38-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 23 ноября 2012 г. были приняты Рекомендации по совершенствованию и гармонизации национального законодательства государств-участников СНГ в сфере обеспечения информационной безопасности⁹. Целью Рекомендаций является установление общих подходов государств-участников СНГ к правовому регулированию обеспечения информационной безопасности, укреплению и обеспечению сбалансированности национальных правовых систем в условиях информатизации общества, а также направленные на развитие международного информационного обмена, обеспечение безопасности информационных условий экономического и таможенного сотрудничества, на стимулирование использования информационно-коммуникационных технологий в социальной и культурной сфере.

Постановлением Парламентской Ассамблеи Организации Договора о коллективной безопасности от 27 ноября 2014 г. № 7-6 (Санкт-Петербург) были приняты аналогичные вышеуказанным Рекомендации по сближению и гармонизации законодательства государств-членов ОДКБ.

Принятие данных актов свидетельствует, что в эпоху формирования глобального информационного общества государствам следует развивать свой правовой потенциал в области обеспечения информационной безопасности ориентируясь на достижения и успехи более развитых в этой области стран, а государствам, состоящим в союзных организациях, также следует приводить национальную законодательную базу к общему знаменателю, упрощая тем самым сотрудничество и взаимодействие в информационной сфере на трансграничном уровне. По нашему мнению, верным является утверждение, что в современных странах первоочередное значение приобретает интеграция национального и международного информационного законодательства, поскольку применение правовых норм только своей страны может привести к частичной или полной изоляции государства на международной арене¹⁰. В связи с этим полагаем, что упомянутые Рекомендации должны учитываться при разработке новых документов стратегического планирования в области информационной безопасности в РФ, поскольку действующая в настоящее время Доктрина информационной безопасности была утверждена 9 сентября 2000 г.

Важным шагом международно-правового сотрудничества в области формирования общих подходов к проблематике МИБ стали заключенные между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Куба двустороннее Соглашение о сотрудничестве в области обеспечения МИБ¹¹ (Гавана, 11 июля 2014 г.), вступившее в силу 2 января 2015 г., а также аналогичное Соглашение с Правительством Республики Беларусь¹² (Москва, 25 декабря 2013 г.), вступившее в силу 27 февраля 2015 г. Государствами-участниками обозначены основные угрозы МИБ, определены основные направления, общие принципы, формы и механизмы сотрудничества, что, несомненно, выводит на

⁹ Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников СНГ. 2013. № 57 (часть 2). С. 162–179.

¹⁰ Булгакова Е.С., Акимов В.С. Материалы международной научно-практической конференции «Актуальные вопросы правового регулирования использования информационных ресурсов в сети «Интернет». М.: РПА Минюста России, 2014. С. 68.

¹¹ Официальный Интернет-портал правовой информации // <http://pravo.gov.ru> (дата обращения: 14.01.2015)

¹² Там же.

новый уровень отношения государств в данной сфере и вместе с тем создает нормативно-правовую базу для практического взаимодействия.

Но особенно следует отметить важность развития международно-правовых отношений в данной сфере с КНР. 8 мая 2015 г., руководствуясь положениями Договора о добрососедстве, дружбе и сотрудничестве между Российской Федерацией и Китайской Народной Республикой¹³ от 16 июля 2001 г., подписанного в Москве, между Правительствами Российской Федерации и Китайской Народной Республики также заключено Соглашение о сотрудничестве в области МИБ¹⁴, которое вступит в силу после соблюдения всех необходимых процедур, предусмотренных данным Соглашением.

В вышеуказанном Соглашении государства определили особое значение совместной работы в рамках ШОС, а также необходимость дальнейшего углубления доверия и развития взаимодействия в области использования информационно-коммуникационных технологий, отметили стремление формировать многостороннюю, демократическую и прозрачную международную систему управления информационно-коммуникационной сетью Интернет в целях реальной интернационализации управления сетью Интернет и обеспечения равных прав государств на участие в этом процессе, включая демократическое управление основными ресурсами информационно-коммуникационной сети Интернет и их справедливое распределение. Как справедливо отмечает М. Касенова, сегодня Интернет интегрирует материальные, финансовые, интеллектуальные, социальные и иные ресурсы, влияет на национальные и международные процессы и обеспечивает коммуникационные связи в планетарном масштабе, в связи с чем вопросы управления Интернетом не могут рассматриваться и решаться вне глобального контекста¹⁵.

Вопрос об интернационализации управления Интернетом уже давно обсуждается, носит дискуссионный характер и по-разному воспринимается — от полного неприятия до всесторонней поддержки. В связи с этим следует отметить особое значение продвижения инициатив России, связанных с принятием в ООН проекта Конвенции об обеспечении МИБ, концепция которой стала результатом многолетней работы российских экспертов в области МИБ во взаимодействии с нашими зарубежными коллегами. В современных политических условиях необходимо закрепить в международном правовом акте положения концепции Конвенции, определяющие правила поведения в киберпространстве, а также касающиеся интернационализации системы управления Интернетом. Требуется международно-правового закрепления принцип невмешательства в информационное пространство друг друга и право каждого государства устанавливать суверенные нормы и управлять в соответствии с национальными законами своим информационным пространством, обязанность государств защищать свободу слова в Интернете¹⁶.

Представляется, что не только указанные международные правовые документы свидетельствуют об определенных шагах, направленных на реализацию государственной политики в данной области, но и развитие национального законодательства в Россий-

¹³ Бюллетень международных договоров. 2002. № 8. С. 56–62.

¹⁴ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Китайской Народной Республики о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности // СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Касенова М.Б. Трансграничное управление Интернетом: основные термины и понятия // Юридический мир. 2014. № 2 С. 58–63.

¹⁶ Официальный сайт Совета Безопасности Российской Федерации // <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html> (дата обращения: 01.07.2015)

ской Федерации, в котором в 2014–2015 гг. уже произошли значительные изменения, направленные на его модернизацию.

Сегодня в России базовым документом по планированию развития системы обеспечения национальной безопасности, в котором излагаются порядок действий и меры по обеспечению национальной безопасности, определяющим, что национальная безопасность страны существенным образом зависит в том числе и от обеспечения информационной безопасности, является Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года¹⁷. Вместе с тем в сфере информационной безопасности основным политико-правовым документом, представляющим совокупность официальных взглядов на цели, задачи, принципы и направления обеспечения информационной безопасности России, как уже отмечалось, остается Доктрина информационной безопасности Российской Федерации¹⁸. В настоящее время реализуется курс на формирование и развитие информационного общества, определенный в Стратегии развития информационного общества Российской Федерации¹⁹.

В 2013 г. распоряжениями Правительства России утверждены планы мероприятий, так называемые «дорожные карты» «Повышение качества регуляторной среды для бизнеса» (11.06.2013 № 953-р (в ред. от 17.08.2013)) и «Развитие отрасли информационных технологий» 20.07.2013 № 1268-р, в которых также отражены актуальные организационно-правовые вопросы, связанные с обеспечением информационной безопасности. Следует отметить, что впервые не распоряжением, а постановлением Правительства России от 15 апреля 2014 г. № 313 была утверждена новая редакция государственной программы «Информационное общество»²⁰, в которой особое внимание уделено вопросам безопасности в информационном обществе.

Сегодня уже не вызывает сомнения и актуальность реализации мероприятий по созданию отечественных операционных систем, защищенных технологий хранения и обработки информации. Очевидно, что ужесточение геополитического противоборства вызывает серьезные угрозы и в сфере информационной безопасности. В настоящее время в государственных органах власти активно обсуждаются вопросы снижения зависимости функционирования сети Интернет от элементов его инфраструктуры, которые находятся под управлением зарубежных компаний и обусловлены проводимой ими политикой.

В целях противодействия угрозам информационной безопасности России при использовании информационно-телекоммуникационной сети Интернет Указом Президента Российской Федерации от 22 мая 2015 г. № 260²¹ предписано преобразовать сегмент международной компьютерной сети Интернет для федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, находящийся в ведении Федеральной службы охраны, в российский государственный сегмент сети Интернет, обеспечивающей подключение к сети Интернет предназначенных для взаимодействия с ней государственных информационных систем и информацион-

¹⁷ Утв. Указом Президента Российской Федерации 12 мая 2009 г. № 537 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ Утв. Президентом Российской Федерации 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 // Российская газета. 2000. № 187.

¹⁹ Утв. Президентом Российской Федерации 7 февраля 2008 г. № Пр-212 // Российская газета. 2008. № 34.

²⁰ Утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 15.04.14 № 313 / Официальный Интернет-портал правовой информации // <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 24.04.2014)

²¹ СЗ РФ. 2015. № 21. Ст. 3092.

но-телекоммуникационных сетей государственных органов, а также информационных систем и информационно-телекоммуникационных сетей организаций, созданных для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами. Данным Указом также утверждается порядок подключения информационных систем и информационно-телекоммуникационных сетей к Интернету и размещения (публикации) в ней информации через российский государственный сегмент Интернета.

Одной из проблем обеспечения информационной безопасности до недавнего времени оставалось размещение на зарубежных серверах сайтов государственных органов и учреждений, муниципальных образований, что в свою очередь не исключает вероятности уничтожения, блокировки, изменения информации на официальных сайтах, которые не могут быть оперативно устранены и останутся фактически безнаказанными²². На решение указанной проблемы направлены вступившие с 1 июля 2015 г. в силу изменения в ст. 13, 14 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»²³ (далее — Федеральный закон № 149-ФЗ), согласно которым технические средства информационных систем, используемых государственными органами власти, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными унитарными предприятиями или учреждениями, должны размещаться на территории России. С 1 сентября 2015 г. вступают в силу изменения в Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных»²⁴, предусматривающие, что запись, накопление и хранение персональных данных россиян разрешаются только на территории Российской Федерации.

Также пристального внимания в целях обеспечения информационной безопасности заслуживают вопросы импортозамещения. В условиях риска введения масштабных санкций, которые могут быть связаны с остановкой предоставления услуг по поддержке программного обеспечения, используемого в Российской Федерации, Минкомсвязи России утвердил План импортозамещения программного обеспечения²⁵, в соответствии с которым отечественному программному обеспечению при осуществлении закупок за государственный счет предполагается предоставление преференций. Однако наряду с созданием отечественных аналогов западной продукции, по нашему мнению, особого внимания заслуживают вопросы разработки и создания нового и перспективного программного обеспечения на основе имеющегося научно-технического потенциала страны, и обеспечения конкурентоспособности отечественных разработок на мировом рынке, что возможно при непосредственном участии России в разработке международных стандартов, а также на основе кооперации с зарубежными ИТ-компаниями союзных государств БРИКС и ШОС.

Одним из приоритетных направлений российской государственной политики в области обеспечения информационной безопасности, связанных с преодолением негативных последствий санкционной политики в отношении России, является создание национальной системы платежных карт (далее — НСПК). Новым импульсом для продвижения и реализации этого проекта послужил инцидент, произошедший в финансово-кредитной сфере в марте 2014 г. и связанный с блокировкой без предварительного

²² Пояснительная записка «К проекту Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации // СПС КонсультантПлюс.

²³ Российская газета. 2006. № 165.

²⁴ Там же.

²⁵ Утв. Приказом Минкомсвязи России от 1 апреля 2015 г. № 96 // СПС КонсультантПлюс.

уведомления международными платежными системами VISA и MasterCard расчетов по картам четырех российских банков. Уже в феврале 2015 г. НСПК начала работу, обозначенную подключением к ней пяти первых операторов. Несмотря на то, что имеются определенные проблемы, которые требуют дальнейшей проработки (преимущественная доля программного обеспечения импортного производства, отсутствие ряда положений по реализации мер по борьбе с киберпреступностью), нельзя не отметить наметившуюся в связи с принятием Федерального закона от 27 июня 2006 г. № 161-ФЗ «О национальной платежной системе»²⁶ позитивную тенденцию в области обеспечения информационной безопасности банковской сферы.

Важно отметить, что Центральный банк России наряду с федеральными органами исполнительной власти, осуществляющими управление в области обеспечения безопасности, указанным Федеральным законом наделен правом нормативного регулирования в области информационной безопасности. Банком России, в свою очередь, на этапе построения НСПК были предъявлены особые требования к информационной безопасности национальной платежной системы (предъявление определенных условий при использовании иностранного оборудования), поскольку в информационной платежной системе ЦБ России, а также информационных платежных системах кредитно-финансовых организаций хранятся и обрабатываются значительные объемы информации, прекращение или нарушение функционирования которых может повлечь негативные последствия для государства и общества. Безусловно, совокупность таких систем можно отнести к критической информационной инфраструктуре.

В связи с этим особенного внимания заслуживает разработка и принятие законопроекта «О безопасности критической информационной инфраструктуры», направленного на создание правового фундамента для регулирования этого вопроса, что будет способствовать защите критической информационной инфраструктуры от ущерба, который может повлечь за собой серьезные и даже катастрофические последствия.

С 2014 г. в нормотворческой деятельности по реализации государственной политики в области обеспечения информационной безопасности наметились и другие положительные тенденции, такие как внесение изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам упорядочения обмена информацией с использованием информационно-телекоммуникационных сетей. Так, в 2014 г. в Федеральный закон № 149-ФЗ внесены в качестве дополнения новые статьи 10.1, 10.2 и 15.4, в соответствии с которыми определяются перечень обязанностей организатора распространения информации в сети Интернет, особенности распространения блогером общедоступной информации, а также порядок ограничения доступа к информационному ресурсу организатора распространения информации в сети Интернет, что в свою очередь способствует обеспечению информационной безопасности пользователей Интернета²⁷.

Кроме того, согласно статье 15.1 Закона об информации в целях ограничения доступа к сайтам в сети Интернет, содержащим информацию, распространение которой в России запрещено, создана автоматизированная информационная система «Единый реестр доменных имен, указателей страниц сайтов в сети Интернет и сетевых адресов, позволяющих идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в Российской Федерации запрещено». В указанный реестр в соответствии с критериями и правилами, утвержденным Правительством России, включаются домен-

²⁶ Российская газета. 2011. № 139.

²⁷ СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3448.

ные имена и (или) указатели страниц сайтов в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в России запрещено, а также сетевые адреса, позволяющие идентифицировать сайты в сети Интернет, содержащие информацию, распространение которой в России запрещено. Полномочия по созданию, формированию и ведению реестра сегодня возложены на Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций — Роскомнадзор.

Важно отметить, что с 1 мая 2015 г. вступила в силу ст. 15.6, определяющая порядок ограничения доступа к сайтам в сети Интернет, на которых неоднократно и неправомерно размещалась информация, содержащая объекты авторских и (или) смежных прав, или информация, необходимая для их получения с использованием информационно-телекоммуникационных сетей, в том числе сети Интернет. С 1 сентября 2015 г. начинает действовать ст. 15.5 указанного Федерального закона, устанавливающая порядок ограничения доступа к информации, обрабатываемой с нарушением законодательства России в области персональных данных. Редакцией этой статьи предусматривается введение ограничения доступа к информации, обрабатываемой с нарушением законодательства Российской Федерации в области персональных данных, а также создание Роскомнадзором автоматизированной информационной системы «Реестр нарушителей прав субъектов персональных данных».

Такие изменения обусловлены потребностью в обеспечении безопасности персональных данных, используемых в различных информационных системах. Важно отметить, что в России завершена почти семилетняя процедура, связанная с ратификацией одного из актуальнейших международных правовых актов в области защиты прав человека в процессе использования современных информационно-коммуникационных технологий — Конвенции о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Страсбург, 28 января 1981 г.). Таким образом, сделан значительный шаг на пути к полноформатному участию России в усилиях государств-членов Совета Европы по укреплению безопасности человека в киберпространстве и общеевропейском правовом пространстве. Однако процесс модернизации указанной Конвенции, в котором Россия задействована в качестве полноправного участника, все еще продолжается, чем и вызвано динамичное развитие подзаконных актов Правительства России и федеральных органов исполнительной власти.

Еще одной актуальной проблемой в области информационного права является защита авторских и смежных прав. Как верно отмечено в работе Б.Н. Мирошников, «авторское право, действующее сегодня повсеместно в мировом масштабе (с различными национальными вариациями) складывалось веками в развитых странах, и только-только зарождается в развивающихся. Все бы ничего, но Интернет вывел всех на единый уровень плоскости мирового информационного пространства и явился источником большой мировой проблемы в 21-м веке... Благодаря Интернету убытки правообладателей астрономически огромны — в литературе, музыке, программном обеспечении и так далее»²⁸.

Вопросы, связанные с попыткой защитить субъектов авторских и смежных с ними прав от незаконного использования результатов их деятельности отражены в новой ст. 15.2 (введена в действие в 2013 г.) Закона об информации, закрепляющей порядок ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением исключительных прав на фильмы, в том числе кинофильмы, телефильмы, согласно которой правооб-

²⁸ *Мирошников Б.Н. Сетевой фактор. Интернет и общество. Взгляд. М.: Инфорос, 2012. 208 с.*

ладатель в случае обнаружения фильмов (кинофильмов, телефильмов) в информационно-телекоммуникационных сетях, включая сеть Интернет, которые распространяются без его разрешения или иного законного основания, вправе обратиться в Роскомнадзор с заявлением о принятии мер по ограничению доступа к информационным ресурсам, распространяющим такие фильмы или информацию, на основании вступившего в силу судебного акта. Принятие таких изменений (так называемого «антипиратского закона») получило широкий отклик, а в процессе прохождения процедуры общественного обсуждения данного законопроекта активно вносились предложения по совершенствованию ст. 15.2 Закона об информации и расширению сферы ее действия. С 1 мая 2015 г. вступили в силу изменения, согласно которым ныне действующий порядок ограничения доступа к информации распространяется на все объекты авторских и смежных прав, кроме фотографических произведений и произведений, полученных способами, аналогичными фотографии, а в новой ст. 15.7 Закона об информации предусмотрены внесудебные меры по предотвращению нарушения авторских и (или) смежных прав в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе сети Интернет, принимаемые по заявлению правообладателя.

В рамках данной статьи следует также отметить важность проблемы обеспечения информационной безопасности при использовании облачных вычислений и утверждения необходимых стандартов безопасности облачных сред и инструментов измерения уровня рисков и угроз. Правовые вопросы обеспечения информационной безопасности при использовании «облачных» технологий являются, несомненно, актуальными и, по нашему мнению, которое также поддерживается в монографии А.В. Морозова и Т.А. Поляковой, «заслуживают особого внимания, поскольку использование «облачных» вычислений становится все более популярным и выгодным, а сами «облачные» вычисления уже выделяются в отдельную область рынка информационных технологий. При этом очевидно, что пропорционально стремительному росту возможностей данных технологий и очевидным преимуществам использования данного вида технологий растет также количество новых рисков и угроз информационной безопасности технологического, организационного и правового характера. Это подтверждает и заявление, сделанное в конце 2012 г. экспертами компании *Trend Micro*, одного из лидирующих поставщиков комплексных средств защиты «облаков», что имеющиеся сегодня средства безопасности пока не способны защитить данные в «облачных» инфраструктурах»²⁹.

Особого внимания заслуживает широкое применение информационно-коммуникационных технологий в судебной системе, в частности, использование «облачных вычислений», что предусмотрено Федеральной целевой программой «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы», утвержденной Правительством России в декабре 2012 г. В настоящее время активно идет реформа судебной системы, готовятся изменения в процессуальное законодательство, связанные с использованием электронных документов и применением электронной подписи (соответствующие изменения внесены Федеральным конституционным законом от 8 июня 2015 г. № 5-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Однако следует признать, что основным сдерживающим фактором при использовании облачных технологий в деятельности государственных органов, а также более широкого их распространения в целом, является недостаточное урегулирование основных правил использования облачных технологий, в частности, касающихся обеспе-

²⁹ Морозов А.В., Полякова Т.А. Организационно-правовое обеспечение информационной безопасности. М.: РПА Минюста России, 2013. 276 с.

чения безопасности и конфиденциальности информации, передаваемой поставщику облачных услуг (в законодательстве не закреплены нормы, определяющие административную и гражданско-правовую ответственность поставщика облачных услуг, а также ответственность руководителей и работников организаций, оказывающих облачные услуги). Указанные тенденции развития законодательства в области обеспечения информационной безопасности безусловно разнообразны и разноплановы, нередко находятся на стыке различных специальностей как в области права, так и информационных технологий и нуждаются в научных исследованиях, связанных с обеспечением информационной безопасности.

Еще одним серьезным направлением на пути к построению системы обеспечения информационной безопасности является подготовка высококвалифицированных кадров. В связи с этим представляется совершенно верным вывод, изложенный в статье Т.А. Поляковой и А.И. Химченко, что «наиболее целесообразными способами повышения уровня компетенций в Российской Федерации в сфере информационной безопасности являются целенаправленная подготовка высококвалифицированных специалистов в специализированных учебных заведениях, а также непрерывный процесс развития общих навыков грамотности, культуры при обращении со служебной и личной информацией (особое место занимают персональные данные) и трансграничности, а также пропагандой политики безопасности в указанной сфере»³⁰.

Обеспечение перечисленных приоритетных, по мнению авторов, направлений обеспечения информационной безопасности составляет теоретическую и практическую основу для развития национального и международного информационного права, а также непосредственного формирования системы международной информационной безопасности.



Библиография

Бачило И.Л. Информационное право. 3-е изд.. М.: Юрайт, 2013. 564 с.

Бачило И.Л. Правовая платформа построения электронного государства // Информационное право. 2008. № 4. С. 41–45.

Булгакова Е.С., Акимов В.С. Интеграция национального и международного информационного законодательства // Материалы международной научно-практической конференции «Актуальные вопросы правового регулирования использования информационных ресурсов в сети «Интернет»». М.: РПА Минюста России, 2014. С. 67–71.

Касенова М.Б. Трансграничное управление Интернетом: основные термины и понятия // Юридический мир. 2014. № 2. С. 58–63.

Мирошников Б.Н. Сетевой фактор. Интернет и общество. М.: Инфорос, 2012. 208 с.

Морозов А.В., Полякова Т.А. Организационно-правовое обеспечение информационной безопасности: монография. М.: РПА Минюста России, 2013. 276 с.

Морозов А.В. Правовое обеспечение информационной безопасности. М.: РПА Минюста России, 2012. 346 с.

Полякова Т.А. Совершенствование информационного законодательства в условиях перехода к информационному обществу // Журнал российского права. 2008. № 1. С. 62–69.

Полякова Т.А., Химченко А.И. Актуальные организационно-правовые вопросы трансграничной передачи персональных данных // «Право». Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 1. С. 113–122.

³⁰ Полякова Т.А., Химченко А.И. Особенности подготовки кадров в области организационно-правового обеспечения информационной безопасности // Информационное право. 2013. № 3. С. 21–23.

Полякова Т.А., Химченко А.И. Особенности подготовки кадров в области организационно-правового обеспечения информационной безопасности // Информационное право. 2013. № 3 С. 21–23.

Талимончик В.П. Всемирный саммит по информационному обществу в развитии международного информационного обмена // Информационное право. 2006. № 2. С. 3–6.

Терещенко Л.К. Модернизация информационных отношений и информационного законодательства: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, ИНФРА-М, 2013. 227 с.

Тихомиров Ю.А. Международно-правовые акты: природа и способы влияния // Журнал российского права. 2002. № 1 // <http://www.center-bereg.ru/o5845.html> (дата обращения: 01.05.2015)

Федеральный справочник «Национальная безопасность России». Т.1. М.: Центр стратегического партнерства, 2014. 566 с.

Шерстюк В.П. Угроза международной информационной безопасности в условиях формирования глобального информационного общества и направления сотрудничества // Право и безопасность. 2010. № 4 (37). http://dpr.ru/pravo/pravo_33_8.htm (дата обращения: 01.05.2015)

The Development of Legislation in the Field of Information Security: Trends and Key Issues



Tat'ana A. Polyakova

Professor, Moscow State University of Justice, Head, Information Law Centre, Institute of State and Law, Doctor of Juridical sciences, Merited Lawyer of the Russian Federation. Address: 69 Novocheremushkinskaya Str., Moscow, 117418, Russian Federation. E-mail: polyakova_ta@mail.ru



Elena V. Akulova

Postgraduate student, Department of Information Law, Informatics and Mathematics, All-Russia State University of Justice. Address: 2/1 Azovskaya Str., Moscow, 117638, Russian Federation. E-mail: akulova_ev@rambler.ru



Abstract

The subject matter of this article is the process of forming legal system of international information security and information security within the framework of the RF legislation. The relevance of this topic is due to the fast development of the global information space and the Information system development in all spheres of society, as well as the challenging political situation in the world, which contributes to the emergence of challenges and threats to information security. The steady increase in such threats is the need to build an effective system of international information security, improvement of national legislation in this field. In this context, the authors examine the trends in the development of legislation, public policy in the field of information security, and identify the most topical problems and issues of scientific research. The purpose of this research is shaping the system of international information security and modernization of Russian law in the field of information security, and making up a number of provisions to facilitate the implementation of public policy of the Russian Federation in the field of information security. The methodological basis of scientific methods of knowledge include: deductive, comparative legal, formal-legal techniques and methods of system analysis. One of the main conclusions of the paper is the need to expand the legal framework of international cooperation as well as the development of common rules of standards in the field of information, creation of a single participants interstate formations approach in the field of legal regulation — harmonization and unification of legislation of the members of union states, integration to the RF legislation of the recommendations set out in international instruments.



Keywords

national security, Information space, information society, information technology, International information security, critical information infrastructure, the state policy of the Russian Federation, personal data, cloud technologies

Citation: Polyakova T.A., Akulova E.V. (2015) The Development of Legislation in the Field of Information Security: Trends and Key Issues. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–17 (in Russian)



References

- Bachilo I.L. (2013) *Informatsionnoe pravo* [Information Law]. Moscow: Yurayt, 564 p. (in Russian)
- Bachilo I.L. (2008) Pravovaya platforma postroeniya elektronogo gosudarstva [Legal Platform to Build Electronic State]. *Informatsionnoe pravo*, no 4, pp. 41–45.
- Bulgakova E.S., Akimov V.S. (2014) Integratsiya natsional'nogo i mezhdunarodnogo informatsionnogo zakonodatel'stva. Materialy mezhdunarodnoy konferentsii [The Integration of National and International Information Legislation. Proceedings of the International Research Conference «Problems of Legal Regulation in Applying Information Resources on the Internet»]. Moscow: Russian Legal Academy, pp. 67–71.
- Kasenova M.B. (2014) Transgranichnoe upravlenie Internetom: osnovnye terminy i ponyatiya [Trans-border Administration of the Internet: Terms and Concepts]. *Yuridicheskiy mir*, no 2, pp. 58–63.
- Miroshnikov B.N. (2012) *Setevoy faktor. Internet i obshchestvo. Vzgl'yad*. [Net Factor. The Internet and Society. Glance]. Moscow: Inforos, 208 p. (in Russian)
- Morozov A.V., Polyakova T.A. (2013) *Organizatsionno-pravovoe obespechenie informatsionnoy bezopasnosti: monografiya* [Organizational and Legal Support of Information Security]. Moscow: Russian Legal Academy, 276 p. (in Russian)
- Morozov A.V. (2012) *Pravovoe obespechenie informatsionnoy bezopasnosti : uchebnoye posobie* [Legal Support of Information Security. Manual]. Moscow: Russian Legal Academy, 346 p. (in Russian)
- Polyakova T.A. (2008) Sovershenstvovanie informatsionnogo zakonodatel'stva v usloviyakh perekhoda k informatsionnomu obshchestvu [Improving Information Legislation on the Way to Information Society]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 62–69.
- Polyakova T.A., Khimchenko A.I. (2013) Aktual'nye organizatsionno-pravovye voprosy transgranichnoy peredachi personal'nykh dannykh [Organizational and Legal Issues of Cross-Border Transfer of Personal Data]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 113–122.
- Polyakova T.A., Khimchenko A.I. (2013) Osobennosti podgotovki kadrov v oblasti organizatsionno-pravovogo obespecheniya informatsionnoy bezopasnosti [Preparing the Personnel for Organizational and Legal support of Information Security]. *Informatsionnoe pravo*, no 3, pp. 21–23.
- Talimonchik V.P. (2006) Vsemirnyy sammit po informatsionnomu obshchestvu v razvitiy mezhdunarodnogo informatsionnogo obmena [International Summit on Information Society in the Development of the International Information Exchange]. *Informatsionnoe pravo*, no 2, pp. 3–6.
- Tereshchenko L.K. (2013) *Modernizatsiya informatsionnykh otnosheniy i informatsionnogo zakonodatel'stva: monografiya* [Modernization of Information Relations and Information Legislation. Monograph]. Moscow: INFRA-M, 227 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A. (2002) Mezhdunarodno-pravovye akty: priroda i sposoby vliyaniya [International Law Acts: Nature and Ways of Influence]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1. Available at: <http://www.centerbereg.ru/o5845.html> (accessed: 01 May 2015).
- Federal'nyy spravochnik. Natsional'naya bezopasnost' Rossii. (2014) T. 1 [Federal Reference Book. National Security of Russia. Vol. 1]. Moscow: Tsentr strategicheskogo partnerstva. 566 p. (in Russian)
- Sherstyuk V.P. (2010) Ugroza mezhdunarodnoy informatsionnoy bezopasnosti v usloviyakh formirovaniya global'nogo informatsionnogo obshchestva i napravleniya sotrudnichestva [Threat to the International Information Security and shaping Global Information Society]. *Pravo i bezopasnost'*, no 4 (37). Available at: http://dpr.ru/pravo/pravo_33_8.htm (accessed: 01 May 2015)

Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь)

К.П. Саврыга

сотрудник Договорно-правового управления Федеральной службы безопасности Российской Федерации. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Лубянская пл., 2. E-mail: savryga.konstantin@gmail.com

Аннотация

В настоящее время многие государства, столкнувшиеся с угрозой терроризма, идущей из-за рубежа, были вынуждены перейти к практике так называемых «целевых убийств», состоящей в ликвидации членов террористических формирований. В связи с этим возникает вопрос, насколько жертвы «атак», произведенных во исполнение такой практики, могут обратиться к международным средствам защиты своих прав в случае их нарушения. В особенности внимание к этой проблеме было привлечено после начала так называемой «войны с терроризмом» после террористических актов 11 сентября 2001 года, когда большое количество военных, полицейских и специальных операций, направленных на уничтожение или задержание потенциальных террористов, производились на территориях, не имеющих должного механизма защиты прав человека. В связи с этим возник вопрос — должно ли государство отвечать за деяния своих агентов, совершенных вне его территории и юрисдикции? Данная статья пытается разрешить этот вопрос на основе самого важного права — права на жизнь, которое является наиболее уязвимым звеном в конфликтах, где отсутствует четкая грань между парадигмой вооруженного конфликта и прав человека. Также необходимо отметить, что механизм экстерриториального применения права на жизнь аналогичен механизму применения права на свободу от пыток, что приобретает большую важность ввиду распространенной практики экстерриториальных задержаний и заключений (extraordinary rendition). В данной статье рассмотрены основные международные договоры в сфере права прав человека, которые представляют собой различные универсальные и региональные системы прав человека. Проанализирована практика судебных и квазисудебных органов, которые созданы для защиты прав человека в своей юрисдикции, а также рассмотрены доктринальные положения, касающиеся вопроса ответственности государств за деяния, совершенные их служащими, агентами и иными акторами, действующими под их контролем. В итоге автор приходит к выводу — несмотря на то, что, по общему правилу, государство ответственно за нарушение права на жизнь, совершенное его агентами за рубежом, пределы такой ответственности в режимах различных конвенций не одинаковы.

Ключевые слова

международное право прав человека, право на жизнь, целевые убийства, Европейская конвенция прав человека, Американская конвенция прав человека, Африканская хартия прав человека и народов, Международный пакт о гражданских и политических правах.

Библиографическое описание: Саврыга К.П. Экстерриториальное применение международных договоров в сфере прав человека (на примере права на жизнь) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 18–26.

JEL: F53, F55; УДК: 341

В современном мире, в условиях возросшей террористической угрозы, государства часто вынуждены применять силу за пределами своих границ (так называемые целевые убийства) для уничтожения членов террористических группировок, которые, как правило, базируются в государствах или на территориях, находящихся в состоянии затяжного внутреннего вооруженного конфликта или являющихся «несостоявшимися государствами» (failed states). Для целевых убийств существуют различные основания, некоторые из которых вполне совместимы с международным правом, а другие — полностью не совместимы и влекут ответственность государств. Одновременно экстерриториальное применение силы государствами ставит вопрос о применимости норм международного права прав человека в данной ситуации.

В статье мы рассмотрим возможность применения положений прав человека на примере права на жизнь (как наиболее острого вопроса) к экстерриториальным военным и иным операциям государств.

Международный пакт о гражданских и политических правах (1966)

Статья 2 Международного пакта о гражданских и политических правах¹ (далее — Пакт) возлагает на государства обязанность соблюдать и уважать права человека, закрепленные в Пакте, в пределах своей территории и юрисдикции. Таким образом, для определения возможности экстерриториального применения норм Пакта необходимо определиться с понятиями «территория» и «юрисдикция». Некоторые ученые без долгих раздумий истолковывают данные положения как необходимость лица находиться одновременно *и* на территории государства, *и* в его юрисдикции для того, чтобы быть под защитой Пакта². Данное толкование нельзя признать верным, так как оно входит в противоречие с другими положениями Пакта, которые предусматривают, что ряд прав, закрепленных в нем, могут быть осуществлены вне территории государства³. Верным толкованием было бы предположение, что Пакт распространяется на лиц, находящихся как на территории государства, так и в его юрисдикции.

Данное толкование также подтверждается фактом, что оно было внесено в конечный текст по предложению США во избежание ухода государств от ответственности за деяния, совершенные вне пределов своей территории⁴, и в соответствии с практикой Комиссии ООН по правам человека (далее — Комиссия)⁵. Использование иного подхода приводит к тому, что государство остается ответственным за нарушения прав человека, которые были совершены на его территории, не находившейся под его юрисдикцией вследствие захвата ее силами вооруженной оппозиции. Это противоречит практике Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ)⁶. Однако необходимо отметить,

¹ Международный пакт о гражданских и политических правах // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

² Dennis M. Application of Human Rights Treaties Exterritorially During Times of Armed Conflicts and Military Occupation. ASIL Proclamation, 2006. P. 86–90.

³ Coomas F. and Kamminga M. Exterritorial Application of Human Rights Treaties. Antwerpen, 2004. P. 47–48.

⁴ Bossuyt Marc J. Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights. Boston: Nijhoff, 1987. P. 53–55.

⁵ HRC, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Comm. N 56/1979. UN Doc. CCPR/C/13/D/56/1979. 29 July 1981. Para 10.

⁶ HRC, Concluding Observation on Cyprus. Un. Doc. CCPR/C/79/Add/88. ECHR, Ilasu and others v. Moldova and Russian Federation. Appl. N 48787/99.2004. Para 300–352.

что после начала «войны с терроризмом» США изменили свой подход, и в настоящее время официально признается, что ст. 6 связывает государства лишь на своей территории или в пределах зоны эффективного контроля⁷.

Понятие территории государства является общепринятым и, на наш взгляд, в раскрытии не нуждается. В отличие от него понятие юрисдикции является более сложным. Так, исходя из практики Комиссии, мы можем заключить, что понятие юрисдикции является более широким и подразумевает не только «эффективный контроль» над территорией (как при оккупации), но и «персональную юрисдикцию». Государство может быть признано ответственным за деяние своего агента, совершенное вне его территории независимо от того, происходило это с согласия государства, на чьей территории произошло событие, или нет⁸. Конечно, применение данного подхода к позитивным обязанностям государства, которые связаны с использованием властных полномочий, вряд ли применимо. Так, например, позитивная обязанность произвести эффективное расследование не может быть выполнена ввиду того, что одно государство, как правило, не уполномочено производить его на территории другого⁹. Аналогичное решение было принято Международным судом ООН по делу *Wall* в отношении Израиля¹⁰.

Таким образом, мы можем сказать, что лицо подпадает под юрисдикцию государства всякий раз, когда оно является объектом его активности. При этом не имеет значения, каков фактический метод взаимодействия. В случае нарушения права на жизнь не имеет значения, будет выполнено ее лишение государственным служащим или негосударственным актором, — государство все равно будет признано имеющим юрисдикцию над таким убийством и, как следствие, ответственно¹¹. Данное положение также распространяется на технические средства, которые позволяют производить ликвидацию лица на большом расстоянии¹².

Американская конвенция прав человека (1968)

Американская конвенция о правах человека¹³ имеет схожую формулировку, которая привязывает обязанность государства соблюдать права человека в пределах своей юрисдикции. Трактовка значения юрисдикции подразумевает как «эффективный контроль» над территорией, так и «личную юрисдикцию» в отношении государственных служащих или иных лиц, действующих по поручению государства¹⁴. Такая позиция может быть найдена в решениях Межамериканской комиссии по правам человека об

⁷ Fourth Periodic Report of the United States of America to the United Nations Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights. Para 504–505. December 30.2011; Schmitt M. Extraterritorial Lethal Targeting: Deconstructing the Logic of International Law // Columbia Journal of Transnational Law. 2013. N 1. Vol. 52. P. 112.

⁸ HRC, Delia Saldias de Lopez v. Uruguay. Comm. N 52/1979.29 July 1981. Para 12.3

⁹ HRC, Concluding Observation on the Netherlands, UN Doc. CCPR/CO/72/NET/Add.1. Para 18–19.

¹⁰ ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, A.O. ICJ Report 2004. Para 110.

¹¹ HRC, Concluding Observation on the Islamic Republic of Iran, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 25. Para 9.

¹² Otto R. Targeted Killing and International Law. New York, 2013. P. 377.

¹³ American Convention on Human Rights (Pact of San Jose), 22 November 1968, Organization of American States.

¹⁴ IACHR, Victor Saldano v. Argentina, Report N 38/99, OAE/SER.L/V/II.102. Doc. 6 rev. Para 17–20.

убийстве чилийских оппозиционеров в США¹⁵ и Аргентине¹⁶. Аналогичное решение было принято Межамериканской комиссией относительно результатов бомбардировок вооруженными силами США гражданских зданий при вторжении в Гренаду (1983) и во время вторжения в Панаму (1989). Так, в обоих случаях вопрос рассматривался по существу сразу же, не вдаваясь в подробности относительно того, произошли нарушения ранее или после того, как США установили эффективный контроль над территорией¹⁷.

Таким образом, ни гражданство потерпевшего лица, ни его географическое положение в момент нарушения его права на жизнь не является решающим в вопросе определения юрисдикции¹⁸. Относительно лишения жизни важен лишь фактический контроль, которым государство — причинитель вреда располагало над жертвой. Классическим примером применения этого принципа является дело *Alejandro v. Cuba*, в котором гражданский самолет был сбит кубинскими ВВС в международном воздушном пространстве. Межамериканской комиссией было принято решение, что Куба в лице пилота военного самолета осуществляла контроль над этими лицами, так как вопрос о лишении их жизни находился во всецело их возможностях¹⁹.

Таким образом, вопрос об ответственности государства за нарушения права на жизнь, совершенные вне пределов его территории или территории, находящиеся под эффективным контролем, решен аналогично Пакту 1966 г. Государство будет ответственно за любое лишение жизни, если лишение было совершено его должностным лицом или негосударственным актором, действующим по его поручению, и независимо от технических средств или вооружений, который были при этом использованы.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950)

Европейская конвенция о защите прав человека²⁰ в ст. 1 устанавливает, что государства обязаны гарантировать защиту прав, закрепленных в Конвенции в пределах своей юрисдикции. Не вызывает сомнения, что в юрисдикцию в значении ст. 1 входит территория государства, а также территория, оказавшаяся под эффективным контролем государства, скажем, при оккупации. Однако в то же время существуют определенные проблемы с определением эффективного контроля над территорией и личной юрисдикцией.

Одним из первых дел о экстерриториальном применении положений Конвенции был вопрос о применении ее положений на территории оккупированного Кипра. Турция утверждала, что территория Северного Кипра не является территорией Турции и, следовательно, она не может быть ответственна за нарушения прав и свобод, произошедшее на этой территории. Европейская комиссия по правам человека (далее — Евро-

¹⁵ IACHR, Report on the Human Rights Situation in Chile, OAE/Ser.L/V/II.66, Doc. 17. Para 81–88.

¹⁶ Ibid. Para 89–91.

¹⁷ IACHR, Disabled People International v. US, Case 9213, Report N 3/96, AOE/Ser.L/V/II.91. Doc. 7; IACHR, Sales et al. v. US, Case 10.573, Report N 31/93, OAE/Ser.L/V.85 Doc. 9 rev.

¹⁸ Cerone J. The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and USA Activities in Iraq // American Society of International Law Insight. 2005. № 10 // URL: www.asil.org/insights/2005/10/insights051025.html.

¹⁹ IACHR, *Alejandro et al. v. Cuba*, case N 11.589, Report N 86/99, 29 September 1999.

²⁰ Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

пейская комиссия), однако, не согласилась с этими доводами, приведя в доказательство факт, что турецкие вооруженные силы осуществляют над указанной территорией *de facto* контроль и подчиняются исключительно турецкому правительству²¹. Впоследствии данное решение было подтверждено в деле *Loizidou*. Европейская комиссия приняла решение, что если вооруженные силы одной из сторон Конвенции в результате военных действий, правомерных или неправомерных с точки зрения международного права, получили контроль над определенной территорией, они обязаны обеспечить защиту прав и свобод, обозначенных в Конвенции²².

Мнения, высказываемые некоторыми судьями и академическим сообществом, о необходимости преодоления критерия «эффективного контроля» для увеличения защиты прав человека в ситуации «правового вакуума», закрепления в решениях не получили²³. Подтверждение такой точки зрения имеет место в решении *Cyprus v. Turkey*, где говорится, что если бы Турция не осуществляла эффективного контроля над территорией, то ее ответственность была бы ограничена противоправным поведением ее военнослужащих и не включала бы в себя действий местной администрации²⁴.

Еще одним известным решением ЕСПЧ было дело *Bankovich*, в котором признано, что бомбардировка Белграда воздушными силами НАТО не образует эффективного контроля, и тем самым страны, осуществляющие бомбардировки, не могут нести ответственность за правонарушения, которые были ими совершены²⁵. Большинство ученых критикует данное решение на том основании, что, несмотря на то, в деле *Cyprus v. Turkey* Европейская комиссия пошла на заимствование норм из права международной ответственности государств, которые возлагают на государство ответственность за нарушения, совершенные на территории, над которой указанное государство осуществляет эффективный контроль, однако в деле *Bankovich* суд отказался заимствовать положения об ответственности государства за действия своего агента²⁶. Хотя некоторые ученые, в частности, М. Хэпполд, поддерживая решение по делу, критикуют при этом аргументацию, которая была положена в его основу. Тот же Хэпполд замечает, что создание различий между тем что государства могут делать у себя дома и тем что они могут делать за границей, не может являться выходом из положения²⁷. В то же время некоторые исследователи отмечают, что на исход дела огромное влияние оказали события 11 сентября 2001 года, в результате чего ЕСПЧ предвидел рост экстерриториальных военных операций государств — подписантов, так как большая их часть является членами НАТО, и опасался, что иное решение повлечет за собой лавину дел, где также будет ставиться вопрос о возможном пересмотре норм о применении силы в международном праве. В результате этого ЕСПЧ из осторожности решил применить ограниченный подход²⁸.

²¹ ECHR, *Cyprus v. Turkey*, Appl. N 6780/74 and 6950/75, 2 D.R. 1975. P. 121–151.

²² ECHR, *Loizidou v. Turkey*, Merits, 18 December 1996, ECHR 1996-VI, N 26, P. 2216.

²³ Ковлер А.И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // *Международное правосудие*. 2013. № 3. С. 59.

²⁴ См.: 21 Para 77.

²⁵ ECHR, *Banković and Others v. Belgium and Others*, N 52207/99, Decision on Admissibility, ECHR, 2001. Para 71.

²⁶ Orakhelashvili A. Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights // *European Journal of International Law*. 2003. N 3. P. 529–568.

²⁷ Happold M. *Bankovic v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights* // *Human Rights Law Review*. 2003. № 1. P. 88.

²⁸ Kreijen R. *State, Sovereignty and International Governance*. Oxford, 2002. P. 294.

Однако ЕСПЧ в определенных случаях может признать, что лицо находилось под «личным контролем». Так, в *Ocalan* суд признал наличие турецкой юрисдикции в деле об аресте лица спецслужбами Турции в международной зоне аэропорта в Найроби (задержанный в последующем был передан кенийскому правительству). Таким образом, хотя действие и не ставит лицо в юрисдикцию государства²⁹, его кратковременный захват этому способствует.

Таким образом, государство несет ответственность за лишение жизни лица лишь в том случае, если оно находилось на территории государства или в пределах его «эффективного контроля», а также, если оно было схвачено или задержано должностными лицами или агентами государства за рубежом. В то же время, если лицо было убито за пределами такой территории или не было до этого схвачено, то ответственность государства не наступает³⁰. Такое положение дел нельзя признать удовлетворительным, тем более с учетом все большего распространения проведения военных и иных операций государствами за пределами своей территории без фактической оккупации, в виде воздушных операций или рейдов³¹. Хотя ряд ученых распространяет «личный контроль» в том числе и на целевые убийства, так как в противном случае, если бы государства несли ответственность лишь за тех лиц, которых они задержали, это потворствовало бы политике, ради которой государства стремились бы убить человека вместо того, чтобы захватить его. А такая практика запрещена Конвенцией. Еще одним аргументом является вопрос, не служит ли возможность решать вопрос об убийстве лица высшим проявлением «личного контроля»³². Данная точка зрения представляется предпочтительной, так как для государства не создается возможности уйти от ответственности и нет провоцирования противоправного поведения. Однако эта позиция не находит подтверждения в практике, хотя мы и можем зафиксировать отказ ЕСПЧ от многих позиций, изложенных в деле *Bankovic*³³.

Африканская хартия прав человека и народов (1981)

Африканская хартия³⁴ сильно отличается от всех перечисленных конвенций тем, что вообще не упоминает юрисдикцию или территорию. Однако данное положение было истолковано Африканской комиссией по правам человека и народов таким образом, что государство ответственно за нарушение прав, которые произошли на его территории или в его юрисдикции независимо от гражданства³⁵. Но данное определение все равно

²⁹ ECHR, *Issa v. Turkey*, Appl. N 31821/96, 16 November 2004. Para 65–82.

³⁰ *Altiparmark K. Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq?* // *Journal of Conflict and Security Law*. 2004. № 2. P. 226; *Русинова В.Н.* Права человека в вооруженных конфликтах: проблемы соотношения норм международного гуманитарного права и международного права прав человека. М., 2015. С. 37.

³¹ *De Frias A.-M., Samuel K., White N.* Counter-terrorism: International Law and Practice. Oxford, 2012. P. 39.

³² *Otto R.* Op. cit. P. 395.

³³ *Русинова В.Н.* Правовые аспекты применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод: до и после «Банковича» // *Московский журнал международного права*. 2010. № 1. С. 45.

³⁴ African Charter on Human and Peoples' Rights. Adopted: Nairobi, 27 June 1981; entry into force: 21 October 1986.

³⁵ ACHR, *Recontre Africaine pour la Defence des Droits de l'Homme v. Zambia*, Comm. N 71/92, 10th Activity Report. Annex V. Para 22.

оставляет открытым вопрос, насколько положения Хартии применимы при рассмотрении нарушений права на жизнь, произошедших за пределами территории стран– подписантов. К большому сожалению, в практике Африканского суда по правам человека (основан в 2006 году) и предшествовавшей ему Комиссии по правам человека отсутствуют решения, которые могли бы прояснить данный вопрос; единственное решение по схожему вопросу раскрывает лишь обязанность государства по защите прав человека на территории, которая находится под его эффективным контролем³⁶. Поэтому для его решения мы должны обратиться к толкованию самого текста Хартии. Согласно намерениям создателей Хартии, она не включает положений об экстерриториальном применении норм для того, чтобы не ограничивать возможное ее применение и сделать его максимально широким³⁷. Государству абсолютно запрещено лишать жизни человека, независимо от того, находится он на территории страны — подписанта Хартии или нет.

Заключение

Таким образом, вопрос об экстерриториальном применении положений права прав человека не имеет однозначного решения. Несмотря на то, что данная возможность существует согласно Пакту о гражданских и политических правах и Американской конвенции о правах человека, подобное применение сильно ограничено европейскими государствами и существует лишь в юридической доктрине для Африканской хартии. Такая позиция ЕСПЧ не может не вызывать сожаления, так как большинство государств, использующих практику целевых убийств (члены ЕС и НАТО) и, таким образом, потенциальных нарушителей, практически находятся вне досягаемости конвенциональных механизмов возмещения вреда и ответственности. Мы солидаризуемся с мнением Отто³⁸, что сам факт целевого убийства какого-либо лица говорит, что государство осуществляет в отношении такого лица *ad hoc* личную юрисдикцию и, следовательно, жертва целевого убийства агентом государства является субъектом такого же правового режима прав человека, как и сам агент.



Библиография

Ковлер А.И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // *Международное правосудие*. 2013. № 3. С. 52–63.

Русинова В.Н. Правовые аспекты применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод: до и после «Банковича» // *Московский журнал международного права*. 2010. № 1. С. 31–47.

Русинова В.Н. Права человека в вооруженных конфликтах: проблемы соотношения норм международного гуманитарного права и международного права прав человека. М.: Статут, 2015. 384 с.

Altiparmark K. Bankovic: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq? // *Journal of Conflict and Security Law*. 2004. № 2. P. 213–251.

Bossuyt M. *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Boston, 1987. 851 p.

³⁶ ACHR, Amnesty International, Comite Loosile Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights, Association of Member of the Episcopal Conference of East Africa v. Sudan, Comm. N 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 13th Activity Report, Annex V. Para 50.

³⁷ *Evans M., Murray R. The African Charter on Humans and Peoples Rights: System and Practice 1986–2002*. Cambridge, 2002. P. 305–334.

³⁸ *Coomas F., Kamminga M. Op. cit.* P. 77–78.

- Cerone J. **The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and USA Activities in Iraq** // American Society of International Law Insight. 2005. № 10 // URL: www.asil.org/insights/volume/9/issue/32/application-regional-human-rights-law-beyond-regional-frontiers-inter (дата обращения: 27.07.2015)
- Coomas F., Kammenga M. *Exterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerpen: 2004. 281 p.
- Dennis M. *Application of Human Rights Treaties Exterritorially During Times of Armed Conflicts and Military Occupation* // American Society of International Law Proceedings. 2006. Vol. 100. P. 86–90.
- De Frias A-M. Samuel K., White N. *Counter-terrorism: International Law and Practice*. Oxford, 2012. 1156 p.
- Evans M., Murray R. *The African Charter on Humans and Peoples Rights: System and Practice 1986–2002*. Cambridge, 2002. 536 p.
- Fourth Periodic Report of the United States of America to the United Nations Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights. Para 504-505. December 30. 2011.
- Happold M. *Bankovic v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights* // Human Rights Law Review. 2003. № 1. P. 77–90 .
- Kreijen R. *State, Sovereignty and International Governance*. Oxford, 2002. 700 p.
- Orakhelashvili A. *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights* // European Journal of International Law. 2003. N 3. P. 529–568.
- Otto R. *Targeted Killing and International Law*. New York, 2013. 661 p.
- Schmitt M. *Extraterritorial Lethal Targeting: Deconstructing the Logic of International Law* // Columbia Journal of Transnational Law. 2013. N 1. P. 79–114.
-

Exterritorial Application of Human Right Legislation: a Case Study of the Right to Life



Konstantin P. Savryga

Legal councilor, Federal Security Service of the Russian Federation. Address: 2 Lubyanskaya Ploshchad', Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: savryga.konstantin@gmail.com



Abstract

Currently, many states encountering the threat of terrorism from abroad resort to the measure of the so called *target killings* which is a liquidation of the members belonging to terrorist groups. Consequently, a question arises if the victims of the attacks carried out as this measure may take advantage of international law remedies. The issue got especially acute after the September 11 attacks when military men and the police were assigned to liquidate or arrest potential terrorists at the territories lacking a proper mechanism to protect human rights. As a result, a question arises if state is responsible for the agents who committed crimes outside its territory or jurisdiction. The paper attempts to tackle the issue on the basis of the paramount right, i.e. the right to life which is the most vulnerable in conflicts where the line between the paradigm of military conflict and human rights is blurred. Besides, it should be noted that the mechanism of the extraterritorial application of the right to life is similar to the mechanism of the right to freedom from torture, which acquires topicality with the widespread practice of extraterritorial detention and imprisonment (extraordinary rendition). This article considers the key human right treaties representing universal and regional systems of human rights. The author analyzes the cases of judicial and quasi-judicial bodies intended to protect human rights in their jurisdictions and studies the doctrines on the responsibility of states for the actions committed by their servants, agents and other actors. The author concludes that despite the fact that the state is responsible for the violation of the right to life the scope of this responsibility varies from convention to convention.



Keywords

international human rights law; right to life; European Convention on Human Rights; American Convention on Human Rights; African Charter on Human and People Rights; International Covenant on Civil and Political Rights.

Citation: Savryga K.P. (2015) Exterritorial Application of Human Rights International Treaties and Provisions. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 18–26 (in Russian).



References

Kovler A.I. (2013) «Moral'nyy suverenitet» pered litsom gosudarstvennogo suvereniteta v evropeyskoy sisteme zashchity prav cheloveka [Moral Sovereignty as Part of State Sovereignty in the European System of the Protection of Human Rights]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 3, pp. 52–63.

Rusinova V.N. (2010) Pravovye aspekty primeneniya Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod: do i posle «Bankovicha» [Legal Aspects of Applying European Convention on Human Rights before and Beyond Bankovic Case]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 1, pp. 31–47.

Rusinova V.N. (2015) *Prava cheloveka v vooruzhennykh konfliktakh: problemy sootnosheniya norm mezhdunarodnogo gumanitarnogo prava i mezhdunarodnogo prava prav cheloveka* [Human Rights in Military Conflicts: Balance of Norms between International Humanitarian Law and International Human Rights Law]. Moscow: Statut, 384 p. (in Russian)

Altiparmark K. (2004) Bankovic: An obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq? *Journal of Conflict and Security Law*, no 2, pp. 213–251.

Bossuyt Marc J. (1987) *Guide to the Travaux Préparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*. Boston: Nijhoff, 851 p.

Cerone J. (2005) The Application of Regional Human Rights Law Beyond Regional Frontiers: The Inter-American Commission on Human Rights and USA Activities in Iraq. *American Society of International Law Insight*, no 10. Available at: www.asil.org/insights/volume/9/issue/32/application-regional-human-rights-law-beyond-regional-frontiers-inter (accessed: 27 July 2015)

Coomas F. and Kamminga M. (2004) *Exterritorial Application of Human Rights Treaties*. Antwerp: Intersentia, 281 p.

Dennis M. (2006) Application of Human Rights Treaties Exterritorially During Times of Armed Conflicts and Military Occupation. *American Society of International Law — Proceedings*, vol. 100, pp. 86–90.

De Frias A.-M., Samuel K., White N. (2012) *Counter-terrorism: International law and Practice*. Oxford: Blackwell, 1156 p.

Evans M., Murray R. (2002) *The African Charter on Humans and Peoples Rights: System and Practice 1986–2002*. Cambridge: Cambridge University Press, 536 p.

Fourth Periodic Report of the United States of America to the United Nations Committee on Human Rights Concerning the International Covenant on Civil and Political Rights. §504-05. December 30, 2011.

Happold M. (2003) Bankovic v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2003, no 1, pp. 77–90.

Kreijen R. (2002) *State, Sovereignty and International Governance*. Oxford: Blackwell, 700 p.

Orakhelashvili A. (2003) Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, no 3, pp. 529–568.

Otto R. (2013) *Targeted Killing and International Law*. New York: Springer, 661 p.

Schmitt M. (2013) Extraterritorial Lethal Targeting: Deconstructing the Logic of International Law. *Columbia Journal of Transnational Law*, no 1, pp. 79–114.

Международно-правовое регулирование помощи развивающимся странам в системе международных экономических отношений



А.С. Помазан

заместитель начальника департамента судебно-претензионной работы юридической фирмы «Вымпел-партнер». Адрес: 115280, Российская Федерация, Москва, Автозаводская ул., 23/15. E-mail: aspomazan@gmail.com



Аннотация

В настоящей работе объектом исследования является процесс образования, а также современное состояние правовых и политических норм, направленных на оказание международной помощи странам, испытывающим особые потребности в области развития. Целью работы является получение нового научного знания о формировании совокупности обычных международно-правовых норм, а также политических обязательств, принятых на международном уровне в интересах развивающихся и наименее развитых стран. Автор использует исторический и логический методы научного познания, проводит анализ развития международных экономических отношений, складывающихся в процессе оказания помощи развивающимся странам. Статья содержит исторический анализ исследуемой проблемы с учетом положений таких важных документов, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Декларация о праве на развитие 1986 г., Декларация об окружающей среде и развитии 1992 г., Декларация тысячелетия 2000 г., Йоханнесбургская декларация об устойчивом развитии 2002 г., Стамбульская декларация о наименее развитых странах 2011 г., Декларация РИО+20, Аддис-Абебская программа финансирования развития 2015 г. и др. Автор исследует оказание международной помощи развивающимся странам в таких областях, как торговля, внешняя задолженность, техническая помощь, увеличение объемов финансирования и прямых иностранных инвестиций, международное содействие внутренним реформам, оказание официальной помощи в целях развития и др. В статье также проводится исследование институциональной основы международных экономических отношений в интересах развивающихся стран — дано описание основных направлений деятельности в области развития Группы Всемирного Банка, Международного валютного фонда, Всемирной торговой организации, иных специализированных учреждений ООН. Автор приходит к выводам о формировании комплекса международно-правовых, а также политических обязательств, принятых большинством государств и направленных на построение устойчивых экономических отношений в целях всеохватного экономического роста в интересах нуждающихся стран. Автор резюмирует наличие тесной взаимосвязи международных норм в области содействия социально-экономическому развитию нуждающимся странам с реализацией одного из важнейших международных прав — права на развитие, закрепленного в Декларации 1986 г.



Ключевые слова

международное экономическое право, развивающиеся страны, внешняя задолженность, благое управление, устойчивое экономическое развитие, Группа Всемирного банка, Всемирная торговая организация, право на развитие.

Библиографическое описание: Помазан А.С. Международно-правовое регулирование оказания помощи развивающимся странам в системе международных экономических отношений // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 27–41.

JEL: К 33; УДК: 341

Согласно подпункту d) п. 58 Итогового документа «Будущее, которого мы хотим» Конференции ООН по устойчивому развитию (далее — Конференция РИО+20)¹ международная экономическая система должна способствовать поступательному и всеохватывающему экономическому росту, предоставлять возможности и приносить блага для всех. В настоящее время этот провозглашенный на международном уровне принцип очень далек от полной реализации, особенно в ряде стран, которые принято называть развивающимися. По данным Департамента экономического и социального развития ООН на сегодняшний день на 8% богатого населения мира приходится половина всего мирового дохода. Остальную часть делят между собой 92% населения². Согласно совместному докладу Продовольственной и сельскохозяйственной организации (далее — ФАО), Международного фонда сельскохозяйственного развития (далее — ИФАД) и Всемирной продовольственной программы (далее — ВПП) в 2011-2013 гг. примерно каждый восьмой в мире (842 млн. чел.) страдал от хронического недоедания. Большинство таких людей проживает в развивающихся странах³. По данным Всемирной организации здравоохранения (далее — ВОЗ) в развивающихся странах около 20 млн. детей в возрасте до пяти лет страдают от крайнего истощения⁴.

В развивающихся странах наблюдается высокий уровень внешней задолженности, низкий уровень индустриализации и развития инфраструктуры. Большинство развивающихся стран сталкивается с несправедливыми ограничениями в области внешней торговли, нестабильностью на рынках сырьевых товаров, постоянным изменением процентных ставок на мировых финансовых рынках, слабым притоком иностранных инвестиций и технической помощи.

Особой категорией являются наименее развитые страны (далее — НРС), к которым относятся 48 стран с общей численностью населения 880 млн. чел.⁵ Они составляют самую бедную и самую слабую часть международного сообщества. Наименее развитые страны дополнительно сталкиваются с серьезными проблемами в области социального развития — крайней нищетой, гендерным неравенством, высокой материнской и дет-

¹ Конференция ООН по устойчивому развитию РИО+20. Итоговый документ «Будущее, которого мы хотим» от 19 июня 2012 г. A/CONF.216/L.1 // URL: https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_russian.pdf (дата обращения: 16.02.2015)

² Данные 52-й сессии Комиссии социального развития от 11.02.2014 / Центр новостей ООН // URL: <http://www.un.org/ru/development/desa/news/social/commission-on-social-development.html> (дата обращения: 16.02.2015)

³ ФАО, МФРСХ и ВПП. Положение дел в связи с отсутствием продовольственной безопасности в мире 2013. Множественные проявления продовольственной безопасности. Рим, ФАО. 2013 г. // URL: <http://www.fao.org/publications/sofi/2013/ru/> (дата обращения: 16.02.2015)

⁴ Руководящие принципы ВОЗ по лечению детей, страдающих от крайнего истощения 2013 г. // URL: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=20679#.VWwI6M-8PGc> (дата обращения: 27.11.2013)

⁵ Стамбульская декларация. Программа действий для наименее развитых стран на десятилетие 2011–2020 годов. Принята на заключительном пленарном заседании 13 мая 2011 года / A/CONF.219/7 // URL: <http://www.un.org/ru/conf/ldc/declaration.pdf> (дата обращения: 04.11.2014)

ской смертностью, отсутствием необходимого количества безопасной питьевой воды и услуг в области санитарии.

Уязвимость развивающихся стран подчеркнуло распространение лихорадки «Эбола», затронувшей в 2014 г. ряд стран Западной Африки. Болезнь, вызываемая вирусом «Эбола», унесшая жизни 8 000 чел. в 2014–2015 гг., появилась четыре десятилетия назад. При этом, по мнению директора ВОЗ М.Чань, отсутствие вакцины и лекарств связано с тем, что лихорадка не выходила за пределы беднейших стран Африки, где фармацевтические компании не видели перспектив прибыли⁶.

Архитектура современных международных экономических отношений складывалась в то время, когда большинства стран, которые принято теперь называть «развивающимися», на политической карте мира не существовало. При этом закрепление идей социальной справедливости и инклюзивного экономического роста в международно-правовых актах на универсальном уровне произошло еще в середине XX века. Впервые положения в области социально-экономического развития были закреплены во Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г.⁷ Согласно Декларации каждый человек имеет право на такой жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья и благосостояния его самого и его семьи.

В дальнейшем положения, связанные с необходимостью обеспечить всеобщий экономический рост, способствующий развитию бедных стран, нашли отражение во многих международно-правовых документах — конвенциях и декларациях, итоговых документах международных конференций, актах международных организаций.

11 декабря 1969 г. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 2542 была принята Декларация социального прогресса и развития⁸, в которой закреплено всеобщее право жить в достойных условиях и пользоваться плодами социального прогресса. Декларация закрепила взаимные международные обязательства, направленные на ликвидацию голода и недоедания; ликвидацию нищеты; повышение уровня жизни; достижение высокого уровня здравоохранения; искоренение неграмотности; обеспечение всех удовлетворительными жилищами и коммунальным обслуживанием.

1 мая 1974 г. Генеральная Ассамблея ООН на пленарном заседании приняла Программу действий по установлению нового международного экономического порядка⁹. В названном документе страны признали наличие серьезного экономического неравенства в отношениях между развитыми и развивающимися странами. В рамках Программы международное сообщество приняло обязательства осуществлять срочные и эффективные меры помощи развивающимся странам. В Программе нового экономического порядка была закреплена необходимость решения проблем поставок сырья и

⁶ Заседание Регионального комитета ВОЗ по Африке, источник / Центр новостей ООН // URL: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=22617#.VGWwPCosiXo> (дата обращения: 04.11.2014)

⁷ Всеобщая декларация прав человека, принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата обращения: 4.11.2014)

⁸ Декларация социального прогресса и развития, принята резолюцией 2542 (XXIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1969 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/socdev.shtml (дата обращения: 4.11.2014)

⁹ Программа действий по установлению нового международного экономического порядка, принята резолюцией 3201 (S-VI) Генеральной Ассамблеи ООН от 1 мая 1974 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/econ_order.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

сырьевых товаров в связи с торговлей и развитием, проблем финансирования развития, индустриализации и передачи технологий, регулирования деятельности транснациональных корпораций, а также вопросов сотрудничества между развивающимися странами.

12 декабря 1974 г. на международном уровне принята Хартия экономических прав и обязанностей государств¹⁰ — документ, закрепивший обязательства развитых государств сотрудничать с развивающимися странами, способствовать их деятельности, направленной на ускорение экономического и социального развития. Развитые государства обязались обеспечивать благоприятные внешние условия для развивающихся стран, оказывая им активную помощь.

4 декабря 1986 г. была принята Декларация о праве на развитие¹¹, положившая начало процессу рассмотрения вопросов устойчивого социально-экономического развития через призму реализации прав человека.

В 1988 г. лидеры ряда развивающихся государств заключили Соглашение о глобальной системе торговых преференций между развивающимися странами¹². В этом документе экономическое сотрудничество между развивающимися странами было провозглашено ключевым элементом стратегии коллективной самостоятельности и важнейшим инструментом установления нового международного экономического порядка. Названным соглашением была заложена основа взаимодействия по линии «Юг–Юг».

1 мая 1990 г. была принята Декларация о международном экономическом сотрудничестве¹³. Государства признали факт роста экономического и социального неравенства между развитыми и развивающимися странами, а также необходимость осуществления дальнейших активных совместных действий в целях развития.

3–14 июня 1992 г. в Рио-де-Жанейро состоялась Конференция ООН по окружающей среде и развитию (Саммит Земли), на которой были приняты «Декларация Рио по окружающей среде и развитию»¹⁴, а также «Повестка дня на XXI век»¹⁵ — важный обязывающий документ. В Декларации на уровне принципов были закреплены ключевые положения экономического сотрудничества в интересах развивающихся стран — принцип заботы о людях; принцип сотрудничества всех государств в искоренении бедно-

¹⁰ Хартия экономических прав и обязанностей государств, принята резолюцией 3281 (XXIX) Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1974 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/rights_and_duties.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

¹¹ Декларация о праве на развитие, принята резолюцией 41/128 Генеральной Ассамблеи от 4 декабря 1986 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/right_to_development.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

¹² Соглашение о Глобальной системе торговых преференций между развивающимися странами. Принято 13 апреля 1988 г. в Белграде, вступило в силу 19 апреля 1989 г. // Сборник договоров Организации Объединенных Наций. Т. 1534, 1989. С. 120.

¹³ Декларация о международном экономическом сотрудничестве, в частности оживлении экономического роста и развития в развивающихся странах, принята резолюцией S-18/3 Генеральной Ассамблеи от 1 мая 1990 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/int_economic_coop.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

¹⁴ Декларация по окружающей среде и развитию, принятая Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, 3–14 июня 1992 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/riodecl.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

¹⁵ Повестка дня на XXI век, принятая Конференцией ООН по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 г. // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/agenda21.shtm (дата обращения: 16.02.2015)

сти; принцип ограничения и ликвидации нежизнеспособных моделей производства и потребления и поощрения соответствующей демографической политики и др. В «Повестке дня на XXI век» закреплены взаимные обязательства в следующих ключевых областях: борьба с нищетой; изменение структур потребления; динамика населения и устойчивое развитие; охрана и укрепление здоровья человека; содействие устойчивому развитию населенных пунктов; содействие устойчивому сельскому хозяйству и развитию сельских районов и др.

В целях ликвидации нищеты Генеральная Ассамблея ООН 20 декабря 1995 г. на пленарном заседании приняла резолюцию¹⁶, объявляющую 1996 год Международным годом борьбы за ликвидацию нищеты, а десятилетие 1997–2006 гг. — Первым десятилетием ООН по борьбе за ликвидацию нищеты. Резолюция призвала все правительства, международное сообщество, включая систему ООН, и все другие силы, действующие в обществе, активно добиваться ликвидации нищеты.

С 14 по 20 мая 2001 г. в Брюсселе прошла Конференция ООН по наименее развитым странам. В ее Итоговом документе¹⁷ закреплено положение, что устойчивое развитие НРС может быть достигнуто на основе разработанных на национальном и международном уровнях стратегий. Возлагая основную ответственность за развитие НРС на сами эти страны, участники Конференции также отметили, что необходимо содействие всего мирового сообщества, в частности, в сфере международной торговли, прямых иностранных инвестиций, сокращения внешней задолженности и оказания официальной помощи в целях развития.

На Международной конференции по финансированию развития 18–22 марта 2002 г. в Монтеррее (Мексика) был принят Монтеррейский консенсус финансирования развития¹⁸. В документе закреплены совместные обязательства государств по мобилизации финансовых ресурсов на цели развития. Было решено увеличить объем прямых иностранных инвестиций и других частных ресурсов в интересах развивающихся стран. Развитые страны провозгласили необходимость активизации международного финансового и технического сотрудничества в целях развития, содействия развитию международной торговли и сокращению внешней задолженности. Обсуждались вопросы повышения согласованности функционирования международной валютной, финансовой и торговой систем в интересах развития.

Необходимо особо отметить принятие 18 сентября 2000 г. Декларации тысячелетия ООН¹⁹, в которой мировое сообщество приняло обязательство избавить мир от «унижающей человеческое достоинство крайней нищеты и превратить право на развитие во всеобщую реальность, избавив весь род человеческий от нужды». В Декларации тысячелетия мировое сообщество впервые поставило перед собой конкретные цели в

¹⁶ Комиссия РФ по делам ЮНЕСКО. Международные годы и десятилетия, отмечаемые ООН // URL: <http://www.unesco.ru/ru/?module=pages&action=view&id=73> (дата обращения: 27.05.2015).

¹⁷ Доклад третьей конференции Организации Объединенных Наций по наименее развитым странам в Брюсселе, 14–20 мая 2001 г., Distr. GENERAL A/CONF.191/13 20 September 2001 RUSSIAN Original: ENGLISH // URL: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/528/35/PDF/G0152835.pdf?OpenElement> (дата обращения: 16.02.2015)

¹⁸ Монтеррейский консенсус Международной конференции по финансированию развития, 18–22 марта 2002 г. A/CONF.198/11 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/monterrey.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

¹⁹ Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей ООН (A/55/L.2) 55/2 «Декларация тысячелетия Организации Объединенных Наций». Distr.: General 18 September 2000 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

области развития с указанием сроков их достижения. В Декларации закреплены следующие взаимные обязательства: сократить вдвое к 2015 г. долю населения земного шара, имеющего доход менее одного доллара США в день, и долю населения, страдающего от голода; сократить вдвое долю населения земного шара, не имеющего доступа к безопасной питьевой воде, в том числе из-за нехватки средств. Государства приняли обязательства обеспечить условия, чтобы у детей во всем мире была возможность получать в полном объеме начальное школьное образование и чтобы девочки и мальчики имели равный доступ ко всем уровням образования. Закреплены обязательства добиться снижения материнской смертности на 3/4 и смертности среди детей в возрасте до 5 лет на 2/3, остановить распространение ВИЧ/СПИДа, малярии и других основных болезней, оказывать особую помощь детям, лишившимся родителей из-за ВИЧ/СПИДа. Государства закрепили обязательства к 2020 г. обеспечить «существенное улучшение жизни» как минимум 100 млн. обитателей трущоб.

В 2002 г. в Йоханнесбурге (ЮАР) состоялся саммит, посвященный проблемам устойчивого развития, в котором приняли участие представители 164 государств. На саммите прозвучало много критики в связи с тем, что мировое сообщество прилагает недостаточные усилия в целях решения глобальных проблем развития, озвученных на конференции РИО–92. Со стороны развивающихся стран звучала критика развитых стран о невыполнении ими принятых ранее обязательств по финансированию развития. На саммите было принято два основных документа: Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию²⁰ и Йоханнесбургский план выполнения решений²¹, в которых страны вновь обратили внимание на проблемы искоренения нищеты, изменения неустойчивых моделей производства и потребления, а также охраны и рационального использования природно-ресурсной базы в интересах социально-экономического развития. На саммите была также озвучена необходимость придерживаться многостороннего подхода, который должен выражаться в создании эффективных, демократических и подотчетных международных и многосторонних учреждений, задачами которых являются цели развития. В связи с этим в феврале 2003 г. была принята Римская декларация по вопросам согласования²², в которой страны — участницы установили необходимость согласования оперативной политики, процедур и практики международных учреждений с политикой, процедурами и практикой работы систем в странах — партнерах в интересах содействия достижению целей в области развития.

В 2004 г. на Конференции ООН по торговле и развитию был принят Сан-Паулский консенсус²³ — международный документ, который закрепил обязательства о содей-

²⁰ Резолюция, принятая на Всемирной встрече на высшем уровне по устойчивому развитию 26 августа — 4 сентября 2002 г. в Йоханнесбурге. Йоханнесбургская декларация по устойчивому развитию / A/CONF.199/20 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/decl_wssd.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

²¹ Резолюция, принятая на Всемирной встрече на высшем уровне по устойчивому развитию в Йоханнесбурге. План выполнения решений Всемирной встречи на высшем уровне по устойчивому развитию / A/CONF.199/20 // URL: http://www.un.org/ru/events/pastevents/pdf/plan_wssd.pdf (дата обращения: 16.02.2015)

²² Римская декларация по вопросам согласования 25 февраля 2003г. Distr.: General 19 March 2003 Russian Original: English / A/57/763 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/romedecl_on_harmonization.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

²³ Сан-Паулский консенсус. Принят на XI сессии ЮНКТАД 13–18 июня 2004 г. / Distr. GENERAL TD/410 25 June 2004 Russian Original: English // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/sao_paulo_consensus_annex.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

ствии притоку капитала в развивающиеся страны, продолжении официальной помощи в целях развития (особенно для НРС), сокращения внешней задолженности. На Конференции было решено приложить дополнительные усилия в целях улучшения согласованности и совместимости международной валютной, финансовой и торговой системы, глобального экономического управления. Приняты обязательства обеспечить решение проблем, связанных с неустойчивостью международных рынков капитала и краткосрочного инвестиций в развивающиеся страны, обеспечить оказание надлежащей технической и финансовой помощи и принятие мер для достижения целевых показателей официальной помощи в целях развития.

2 марта 2005 г. в целях согласования и гармонизации действий доноров с национальными стратегиями стран — партнеров в области развития была принята Парижская декларация о повышении эффективности внешней помощи²⁴, закрепившая необходимость совершенствования управления ресурсами и принятия решений и обеспечения взаимной отчетности партнеров по развитию.

4 сентября 2008 г. на Третьем форуме высокого уровня по вопросам повышения эффективности внешней помощи была принята Аккрская программа действий²⁵. В ней закреплены взаимные обязательства государств в области расширения возможностей в управлении развитием, повышения эффективности и уровня включения в партнерства различных структур и заинтересованных сторон, повышения уровня подотчетности и прозрачности официальной помощи развитию, снижения уровня «обусловленности» помощи развитию и повышения ее прогнозируемости.

Также в 2008 г. была принята Дохинская декларация о финансировании развития²⁶. В этом документе развитые страны, подтвердив приверженность целям, изложенным в Монтеррейском консенсусе о финансировании развития, вновь подтвердили обязательства активных действий, направленных на мобилизацию международных ресурсов в целях развития. В рамках Дохинской декларации государствами приняты взаимные обязательства, направленные на расширение международного финансового и технического сотрудничества в целях развития, повышение согласованности и последовательности функционирования международных валютной, финансовой и торговой систем в интересах развития, решение проблем международной торговли и внешней задолженности.

Резолюцией²⁷ Генеральной Ассамблеи ООН, принятой 19 декабря 2007 г., объявлено Второе десятилетие ООН по борьбе за ликвидацию нищеты (2008–2017 гг.). Международное сообщество вновь заявило, что ликвидация нищеты является величайшей глобальной задачей современности и необходимой предпосылкой устойчивого развития, особенно в развивающихся странах; настоятельно призвало правительства, междуна-

²⁴ Парижская Декларация по повышению эффективности внешней помощи, Форум высокого уровня 28 февраля–2 марта 2005 г. // URL: <http://www.oecd.org/dac/effectiveness/35023545.pdf> (дата обращения: 16.02.2015)

²⁵ Конференция ООН по торговле и развитию ЮНКТАД XII, Аккрское соглашение и Аккрская декларация, GE.08-51379 (R) 180808 190808 // URL: http://unctad.org/ru/docs/iaos20082_ru.pdf (дата обращения: 16.02.2015)

²⁶ Дохинская декларация о финансировании развития: итоговый документ Международной конференции по последующей деятельности в области финансирования развития для обзора осуществления Монтеррейского консенсуса / Distr.: General 19 March 2009, A/RES/63/239 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/doha_findev.shtml (дата обращения: 16.02.2015)

²⁷ Резолюция Генеральной Ассамблеи 19 декабря 2007 г. 62/205 «Второе Десятилетие Организации Объединенных Наций по борьбе за ликвидацию нищеты (2008–2017 годы)» / Distr.: General 10 March 2008, A/RES/62/205 // URL: <http://www.refworld.org.ru/pdfid/47e236a82.pdf> (дата обращения: 16.02.2015)

родное сообщество, включая ООН, иных действующих лиц продолжать решительно добиваться ликвидации нищеты.

В 2011 г. принята Стамбульская декларация²⁸, которая установила на международном уровне новые и более прочные партнерские отношения в интересах развития нуждающихся стран. 13 мая 2011 г. Генеральная Ассамблея ООН в дополнение к Стамбульской декларации приняла Программу действий для наименее развитых стран на десятилетие 2011–2020 гг.²⁹

Программа предусматривает комплексный подход к развитию основных областей, таких как: производственный потенциал наименее развитых стран; сельское хозяйство, продовольственная безопасность и развитие сельских районов; торговля; сырьевые товары; развитие человеческого потенциала и социальное развитие; мобилизация финансовых ресурсов в целях развития; ответственное управление на всех уровнях.

В качестве важного заявления стоит отметить принятую 18 июня 2008 г. резолюцию Генеральной Ассамблеи «Права человека и крайняя нищета»³⁰, в которой крайняя нищета и социальное отчуждение признаны оскорблением человеческого достоинства. Искоренение крайней нищеты обозначено в качестве одной из важнейших задач в рамках процесса глобализации. Международное сообщество подтвердило, что распространение крайней нищеты препятствует полному осуществлению прав человека и может, в некоторых ситуациях, представлять угрозу праву на жизнь.

Следует отметить состоявшуюся в июне 2012 г. в Рио-де-Жанейро Конференцию ООН по устойчивому развитию (РИО+20), на которой был принят Итоговый документ «Будущее, которого мы хотим». Повестка дня Конференции Рио+20³¹, в которой приняли участие мировые лидеры наряду с многочисленными деятелями частного сектора, включала вопросы, связанные с построением мировой системы, способствующей сокращению бедности, развитию социальной справедливости и обеспечению надлежащих мер охраны окружающей среды. На Конференции Рио+20 была предпринята попытка покончить со стандартными подходами к решению проблем и по-новому подойти к ликвидации нищеты, предотвращению разрушения окружающей среды и к строительству дороги в будущее.

Современный этап устойчивого экономического развития прежде всего отмечен принятием 16 июля 2015 г. Итогового документа третьей Международной конференции по финансированию развития — Аддис-Абесбской программы действий³², а также подготовкой новой повестки дня в области развития на период после 2015 г.

²⁸ Стамбульская декларация. Установление новых и более прочных партнерских отношений в интересах развития наименее развитых стран, принята на заключительном пленарном заседании 13 мая 2011 г. / A/CONF.219/7 // URL: <http://www.un.org/ru/conf/ldc/declaration.pdf> (дата обращения: 16.02.2015)

²⁹ Стамбульская декларация. Программа действий для наименее развитых стран на десятилетие 2011–2020 годов, Принята на заключительном пленарном заседании 13 мая 2011 г. / A/CONF.219/7 // URL: http://www.un.org/ru/conf/ldc/programm_action.pdf?m=A/CONF.219/3 (дата обращения: 16.02.2015)

³⁰ Совет по правам человека. 18 июня 2008 г. 28-е заседание / Права человека и крайняя нищета 8/11 // URL: <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd> (дата обращения: 28.05.2015).

³¹ Конференция ООН по устойчивому развитию РИО+20. Итоговый документ «Будущее, которого мы хотим» / Distr.: Limited 19 June, 2012 Russian Original: English / A/CONF.216/L.1 // URL: https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-1-1_russian.pdf (дата обращения: 16.02.2015)

³² Итоговый документ третьей Международной конференции по финансированию развития: «Аддис-Абесбская программа действий» / Distr.: Limited; 15 July 2015; Russian; Original: English // URL: http://www.chemicogroup.com/ru/images/stories/16.07.15/Outcome_document_of_the%20Third_International_Conference_on_Financing_for_Development_rus.pdf (дата обращения: 16.02.2015)

С принятия Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. и до настоящего времени на основе рассмотренных выше международно-правовых актов сложился обширный комплекс международных обязательств, направленных на содействие в области социально-экономического развития нуждающимся странам, утвердилось понимание необходимости развития механизмов экономических взаимодействий, учитывающих потребности развивающихся стран. Официальная помощь в целях развития и всеохватывающие механизмы взаимодействия по линии «Север–Юг» становятся неотъемлемыми элементами системы современных международных экономических отношений. В настоящее время большинство развитых стран рассматривает помощь развивающимся странам как насущную необходимость и устойчивую практику в рамках международных обязательств.

На международном уровне с целью создания открытой и справедливой торговой и финансовой системы реализуются взаимные обязательства государств, направленные на стимулирование внешней торговли с развивающимися странами, снижение их внешней задолженности и укрепление устойчивости развивающихся стран к экономическим кризисам. Наименее развитым странам оказывается техническая помощь и помощь в укреплении потенциала в области торговли — потенциала в сфере предложения, создания инфраструктуры торговли и содействия развитию торговли. Присоединение наименее развитых стран к Всемирной торговой организации поощряется и поддерживается. Развитые страны приняли обязательства обеспечивать беспопытный и неквотируемый доступ товаров из НРС на свои внутренние рынки, при этом развитые страны стараются использовать простые и прозрачные правила происхождения продукции, применимые к импорту из развивающихся стран. Международное сообщество способствует расширению экономической базы наименее развитых стран в целях сокращения их зависимости от сырьевого сектора.

Учитывая существенное значение инфраструктурного базиса для развития национальных экономик, на международном уровне приняты соответствующие обязательства, направленные на укрепление производственного потенциала развивающихся стран. В связи с этим развитые страны принимают меры, направленные на оказание инфраструктурных услуг развивающимся странам в таких областях, как электро-, водо- и энергоснабжение, транспорт, информационно-коммуникационные технологии, а также институциональный потенциал.

В целях создания и укрепления инфраструктурного базиса экономической системы развивающихся стран на международном уровне приняты обязательства, направленные на привлечение финансовых ресурсов. Международное сообщество создает благоприятные внутренние и международные условия, при которых частный сектор может инвестировать в экономический рост и устойчивое развитие развивающихся государств. Как развитые, так и развивающиеся страны приняли обязательства предпринимать активные действия, стимулирующие приток иностранного частного капитала, особенно прямых иностранных инвестиций, ускоряющих рост экспорта, передачу технологий и навыков и создание новых рабочих мест. Группа Всемирного банка осуществляет активную деятельность, направленную на привлечение и удержание дополнительных прямых иностранных инвестиций в наименее развитые страны, особенно в целях диверсификации производственной базы и укрепления производственного потенциала.

Бремя внешней задолженности сказывается на кредитоспособности развивающихся стран, усиливает их уязвимость при экономических потрясениях. В связи с этим на международном уровне принимаются меры в области решения проблемы высокой внешней

задолженности развивающихся стран. Совместные международные обязательства, направленные на оптимизацию управления долгом, ответственный подход к кредитованию и заимствованию и, в отношении беднейших стран, существенное списание долгов облегчают финансовое бремя стран развивающегося мира.

Важным инструментом поддержки наименее развитых стран является официальная помощь в целях развития. Помощь в развитии выражается в гуманитарной помощи, многосторонней помощи, реализации двусторонних программ и проектов развития. На международном уровне прилагаются усилия к искоренению связанной (обусловленной)³³ международной помощи, которая ограничивает возможности стран-реципиентов в области получения оптимального сочетания цены и качества в процессе приобретения товаров и услуг.

На международном уровне приняты обязательства в целях повышения согласованности и последовательности функционирования международных валютной, финансовой и торговой систем в интересах развития. В связи с этим осуществляется укрепление связи между организациями системы ООН и всеми другими многосторонними финансовыми и торговыми учреждениями, а также учреждениями, занимающимися вопросами развития. Расширяется сотрудничество между ООН, Бреттон-Вудскими учреждениями и ВТО. Государства приняли взаимные обязательства проводить взвешенную макроэкономическую и финансовую политику на международном уровне, расширять представительство развивающихся стран в международных финансовых организациях.

Предпосылкой устойчивого экономического роста в развивающихся странах является наличие у заинтересованных сторон профессиональной информации и обеспечение процессов развития информационно-коммуникационными технологиями. Международное сообщество в связи с этим приняло обязательства содействовать обеспечению наименее развитым странам доступа к знаниям, информации, технологиям и «ноу-хау», поддерживать НРС в укреплении их научного и инновационного потенциала. На международном уровне проводится работа по созданию банка данных для развивающихся стран по вопросам науки, техники и инноваций.

В связи с возрастающим значением роли сотрудничества «Юг–Юг» для роста наименее развитых стран международное сообщество приняло обязательства способствовать такому сотрудничеству в качестве дополнения к сотрудничеству по линии «Север–Юг». В системе ООН создана специальная структура — Комитет высокого уровня по сотрудничеству «Юг–Юг».

Необходимо отметить, что любая помощь в интересах развития бесполезна, если получатели помощи не обеспечивают на национальном уровне прозрачности деятельности учреждений и эффективности функционирующих механизмов («благое управление», или «good governance»). На международном уровне приняты соответствующие обязательства самими развивающимися странами.

Деятельность, направленная на построение устойчивых экономических отношений, осуществляется в рамках большого количества международных организаций и учреждений, которые на различных уровнях реализуют собственную повестку дня в области развития. В целях оказания международной помощи различные международные институты и учреждения самостоятельно определяют критерии отнесения стран к категории развивающихся. МВФ использует такие показатели, как доход на душу населения, диверсифи-

³³ По определению ОЭСР связанной международной помощью является выделение грантов и кредитов на условиях формальных и неформальных соглашений, предполагающих приобретение товаров и услуг в стране-доноре или ограниченном круге стран.

кация экспорта, уровень интеграции в глобальную финансовую систему. Всемирный банк использует метод расчета валового национального дохода на душу населения.

Наиболее удачным инструментом измерения прогресса в области развития, отражающим комплексный характер социально-экономических процессов, представляется Индекс человеческого развития (далее — ИЧР), который использует Программа развития ООН (далее — ПРООН). ИЧР определяется как среднее геометрическое индекса ожидаемой продолжительности жизни, индекса образования и индекса дохода. ИЧР позволяет выявить в том числе уровень распространения гендерного неравенства, а также «многомерной бедности», которая представляет собой существенную ограниченность не только в материальных средствах, но и включает ограничения в доступе к образованию и к элементарным услугам в области здравоохранения и санитарии.

Основными учреждениями в области международного содействия нуждающимся странам являются: Группа Всемирного банка, ВТО и МВФ. Через эти организации аккумулируются основные потоки денежных средств и технической помощи в интересах развивающихся стран. Важный вклад в устойчивое экономическое развитие вносят также Программа развития ООН ПРООН, Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (далее — ЮНКТАД), Организации экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР), ООН по промышленному развитию (далее — ЮНИДО), ФАО и др.

Всемирный банк в составе Международного банка реконструкции и развития (далее — МБРР) и Международной ассоциации развития (далее — МАР) действует более чем в 100 развивающихся странах, поставляя денежные средства и технические экспертные знания для помощи в борьбе с бедностью³⁴.

У МБРР — крупнейшего банка развития в мире, входящего в состав Группы Всемирного банка, — две основные цели: положить конец крайней бедности и ускорить обеспечение всеобщего благосостояния. Средствами достижения этих целей являются, прежде всего, выделение займов, гарантий, продуктов управления рисками, экспертные рекомендации в областях, имеющих отношение к развитию, а также координация мер по решению региональных и глобальных задач³⁵.

МАР является крупнейшим многосторонним источником льготного финансирования беднейших стран мира и основным инструментом достижения в этих странах двух взаимосвязанных целей Всемирного банка — устойчивой ликвидации крайней бедности и ускоренного обеспечения общего благосостояния. Выделяемое МАР финансирование поддерживает усилия стран в области повышения темпов экономического роста, сокращения масштабов бедности и улучшения условий жизни беднейших слоев населения³⁶. Ассоциация оказывает помощь беднейшим странам мира, обеспечивая им безвозмездное финансирование и кредиты. Эти кредиты являются фактически беспроцентными и предусматривают 10-летний льготный период и сроки погашения от 35 до 40 лет.

Всемирный Банк не занимается кредитованием частного сектора, однако его ассоциированное учреждение — Международная финансовая корпорация (далее — МФК)³⁷ — содействует инвестициям в частный сектор, оказывая поддержку отраслям и странам

³⁴ Сайт Группы Всемирного банка // URL: <http://www.worldbank.org/en/country> (дата обращения: 10.06.2014)

³⁵ Сайт Группы Всемирного банка // URL: worldbank.org/ibrd (дата обращения: 10.06.2014)

³⁶ Сайт Международной ассоциации развития // URL: worldbank.org/ida (дата обращения: 10.03.2015)

³⁷ Сайт Международной финансовой корпорации // URL: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/about+ifc (дата обращения: 10.03.2015)

повышенного риска. МФК предлагает своим клиентам займы, гарантии, доленое финансирование и продукты по управлению риском. Корпорация финансирует торговлю и промышленность, агропромышленный комплекс и лесное хозяйство, телекоммуникации и информационное производство, проекты в области инфраструктуры, способствует стабильности на локальных и региональных финансовых рынках³⁸. Другое ассоциированное учреждение — Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям (далее — МИГА)³⁹ — предлагает страхование (гарантии) политических рисков тем, кто инвестирует средства или кредитует развивающиеся страны.

Всемирный банк не ограничивается кредитованием. В финансируемых им проектах он, как правило, предусматривает также оказание технической помощи. Она может включать консультации по таким вопросам, как общий объем бюджета страны и распределение ассигнований. Ежегодно Банк финансирует несколько проектов, посвященных исключительно экспертным консультациям и обучению. Он также обеспечивает подготовку населения стран-заемщиков по вопросам разработки и выполнения программ развития⁴⁰.

Соглашения в рамках ВТО, основанные на принципе либерализации, охватывают торговлю товарами, услугами и интеллектуальной собственностью⁴¹. Названные соглашения включают обязательства, направленные на снижение таможенных тарифов и других торговых барьеров, на создание открытых рынков торговли товарами и услугами.

Для развивающихся стран и стран с переходной экономикой, которые составляют три четверти стран-членов ВТО, предусмотрены привилегии. Для таких государств в рамках организации вводятся переходные периоды для адаптации к незнакомым и сложным положениям норм ВТО. ВТО способствует усилению торгового потенциала развивающихся стран, оказывает помощь в разработке технических стандартов, организует консультационные миссии, ежегодно проводит в Женеве курсы для государственных служащих.

ЮНКТАД оказывает помощь развивающимся странам и странам с переходной экономикой в привлечении прямых иностранных инвестиций (далее — ПИИ) и в улучшении инвестиционного климата с тем, чтобы увеличить получаемую в интересах развития выгоду. ЮНКТАД также помогает государственным органам в углублении общего понимания сопряженных с ПИИ политических последствий и в разработке и осуществлении соответствующей политики. ЮНКТАД содействует пониманию взаимосвязей инвестиций, торговли, развития предприятий и создания технологического потенциала, а также проводит исследования глобальных тенденций в области ПИИ.

Если под воздействием внутренних или внешних факторов нарушаются платежный баланс государства, финансовая стабильность или способность выполнять долговые обязательства, большинство развивающихся стран обращается к специализированному учреждению ООН — Международному валютному фонду (МВФ). МВФ дает консультации и рекомендации по преодолению трудностей и во многих случаях выделяет финансовые средства для поддержки программ экономических реформ⁴². МВФ оказывает

³⁸ Группа Всемирного банка. Отчет за 2014 г. // URL: <http://www.worldbank.org/en/about/annual-report> (дата обращения: 16.02.2015)

³⁹ Сайт Международного агентства по страхованию инвестиций // URL: (дата обращения: 12.03.2015)

⁴⁰ Сайт Группы Всемирного банка // URL: <http://www.worldbank.org/projects?lang=en> (дата обращения: 12.03.2015)

⁴¹ Всемирная торговая организация, Годовой отчет за 2014 г. URL: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep14_e.pdf (дата обращения: 10.04.2015)

⁴² Сайт Организации Объединенных Наций, раздел «Развитие» // URL: <http://www.un.org/ru/development/progareas/global/lending.shtml> (дата обращения: 08.04.2015)

развивающимся странам техническую помощь в нескольких обширных областях. Это разработка и осуществление бюджетно-финансовой и валютной политики; институциональное строительство, например, создание центральных банков или казначейств; сбор и обработка статистических данных. Международный валютный фонд содействует эффективному управлению в развивающихся странах в рамках программ кредитования и технической помощи. Его подход к борьбе с коррупцией акцентирует внимание на профилактике путем принятия мер усиления управленческого потенциала. МВФ рекомендует странам-членам для улучшения подотчетности повышать прозрачность в политике в соответствии с международными стандартами и нормами. В своей работе с бедными странами МВФ подчеркивает необходимость адекватной системы отслеживания общественных расходов.

К настоящему времени в целях построения устойчивой экономической системы международное сообщество приняло взаимные обязательства, направленные на укрепление производственного потенциала развивающихся стран, предоставление таким странам соответствующей информации, развитие сельского хозяйства и международной торговли, укрепление устойчивости к экономическим кризисам. Развитые государства способствуют решению проблемы внешней задолженности, привлекают финансовые ресурсы в интересах развивающихся стран, увеличивают официальную помощь в целях развития. На международном уровне осуществляется укрепление экономического сотрудничества и интеграции развитых и развивающихся стран, гармонизация международных валютной, финансовой и торговой систем в интересах развития. Реализация принятых обязательств в рассматриваемой области осуществляется через широкую сеть международных институтов — специализированные учреждения ООН, Бреттон-Вудские институты, региональные механизмы, а также на двусторонней основе.

Многие положения международных документов, принятых в целях создания устойчивой международной экономической системы, носят рекомендательный характер. Это декларации, принятые по итогам международных совещаний, политические заявления глав отдельных государств, программы международных и неправительственных организаций. Можно с определенной долей уверенности заявить, что в настоящее время ряд положений международных конвенций, деклараций, итоговых документов международных конференций в рассматриваемой сфере выступает источником норм обычного международного права. Содействие развивающимся странам в рамках соответствующих международных обязательств в настоящее время характеризуется продолжительностью и постоянством существования практики, единообразием, продолжительностью во времени, а также убежденностью в правомерности и необходимости подобных действий и признании этого государствами — основными субъектами международного права. Следует помнить, что международно-правовые обязательства в области содействия социально-экономическому росту и развитию являются также основой реализации одного из универсальных прав человека, признанного на международном уровне — права на развитие, в реализации которого заинтересованы миллионы жителей развивающихся стран, страдающих от крайней нищеты и связанных с ней многочисленных ограничений.

В связи с этим остается надеяться на дальнейшее укрепление и углубление сотрудничества развитых и развивающихся стран, принятие новых взаимных обязательств в области социально-экономического развития, увеличение способов и механизмов финансирования развития, а также увеличение объемов финансирования и повышение эффективности использования ресурсов. Дальнейшее принятие взаимных обяза-

тельств может быть мотивировано уже достигнутыми успехами. Так, по состоянию на 27 мая 2015 г., учитывая рост численности населения мира на 1,9 млрд. человек, 72 страны выполнили одну из задач в рамках Целей развития тысячелетия — сократили число голодающих в мире на 216 млн. человек по сравнению с 1990 годом⁴³.



Библиография

- Бирюков П.Н. Международное право: Учебник. М.: Юрайт, 2012. 793 с.
- Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс. М.: Волтерс Клувер, 2004. 496 с.
- Витцтум В. и др. Международное право /пер с нем. М.: Инфотропик Медиа, 2015. 1072 с.
- Вылегжанин А.Н. (ред.) Международное право: Учебник. М.: Юрайт, 2012. 904 с.
- Ковалев А.А. Международное экономическое право и правовое регулирование международной экономической деятельности. М.: Научная книга, 2007. 424 с.
- Лукашук И.И. (ред.). Международное право. Особенная часть. Учебник. М.: Волтерс Клувер, 2005. 544 с.
- Тодаро М. Экономическое развитие. М.: ЮНИТИ, 1997. 666 с.
- Торкунов А.В., Мальгин А.В. (ред.). Современные международные отношения. М.: Аспект Пресс, 2012. 688 с.
- Bigg T. Survival for a Small Planet. The Development Agenda. Boston, 2004. 359 p.
- Chowdhury S. et al. Right to Development in International Law. Boston, 1992. 415 p.
- French D. International Law and Policy of Sustainable Development. Manchester, 2005. 218 p.
- Schriver N. The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status. Boston, 2008. 265 p.
- Schriver N. et al. International Law and Sustainable Development: Principles and Practice. Boston, 2004. 711 p.
- Weiss F. et al. The International Economic Law with a Human Face. The Hague, 1998. 566 p.

International Legal Regulation of Assistance to Developing Countries in International Economic Relations



Anton S. Pomazan

Deputy Head, Department of Dispute Resolution, Vypel Partner law firm. Address: 23/15 Avtozavodskaya Str., Moscow 115280, Russian Federation. E-mail: aspomazan@gmail.com



Abstract

In this paper, the object of study is the process of formation and current state of the legal and political norms, aimed at provision of international assistance to countries with special development needs. The aim is to gain new scientific knowledge about the formation of the customary rules of international law and the political commitments at international level in the interests of developing and least developed countries. The author uses historical and logical methods of scientific knowledge, analyzes the development of international economic relations in the process of providing assistance to developing countries. This article contains historical analysis of the investigated problem subject to the provisions of these important documents in this sphere as the Universal Declaration of Human Rights of 1948, Dec-

⁴³ Ежегодный доклад ООН о мировой ситуации с голодом 2015г., подготовленный ФАО, ИФАД, ВПП // URL: <http://www.un.org/russian/news/story.asp?NewsID=23803#.VY0Byvntmko> (дата обращения: 27.05.2015)

laration on the Right to Development of 1986, Declaration on Environment and Development of 1992, United Nations Millennium Declaration of 2000, Johannesburg Declaration on Sustainable Development of 2002, Istanbul Declaration on the Least Developed Countries of 2011, Declaration of RIO+20, Addis Ababa Action Programme of 2015 on Financing for Development etc. The author investigates the provision of international assistance to developing countries in such areas as trade, reducing the burden of external debt, technical assistance, increased funding and foreign direct investment, international support domestic reforms, the provision of official development assistance, and others. The article also provides an institutional framework for the study of international economic relations in the interests of developing countries — a description of the main activities in the field of the development of the World Bank Group, International Monetary Fund, the World Trade Organization, the UN specialized agencies. The author concludes the study of the formation of the historical period at the international level of the complex international legal and political commitments made by the majority of states and aimed at building a stable economic relations with a view to inclusive economic growth for countries in need. Also, the author sums up the close relationship of international standards in the field of promoting socio-economic development of countries in need with the implementation of one of the most important international human rights — the right to development, as established in the Declaration of 1986.



Keywords

developing countries; international trade; external debt; official development assistance; good governance; sustainable economic development; The World Bank Group; World Trade Organization; International Monetary Fund; the right to development.

Citation: Pomazan A.S. (2015) *International Legal Regulation of Assistance to Developing Countries in International Economic Relations*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 27–41 (in Russian).



References

- Bigg F. (2004) *Survival for a Small Planet. The Sustainable Development Agenda*. Vancouver: Earthcan Publications, 359 p.
- Biriukov P.N. (2012) *Miezhdunarodnoye pravo: uchebnik* [International Law. Textbook]. Moscow: Yurait, 793 p. (in Russian)
- Choudhury S. et al. (1992) *Right for Development in International Law*. Boston: Nijhoff, 566 p.
- French D. (2005) *International Law and Policy of Development*. Manchester: Manchester University Press, 218 p.
- Kovalyov A.A. (2007) *Miezhdunarodnoye ekonomicheskoye pravo i pravovoye regulirovanie miezhdunarodnoy ekonomicheskoy deyatel'nosti* [International Economic Law and Legal Regulation of International Economic Activities]. Moscow: Nauchnaya Kniga Publishing, 424 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (ed.) (2005) *Miezhdunarodnoye pravo: uchebnik* [International Law. Textbook]. Moscow: Volters Kluver, 544 p. (in Russian)
- Schrifer N. (2008) *The Evolution of Sustainable Development. Inception, Meaning and Status*. Boston: Nijhoff, 265 p.
- Schrifer N. et al. (2004) *International Law and Sustainable Development*. Boston: Nijhoff, 771 p.
- Todaro M. (1997) *Ekonomicheskoye razvitye* [Economic Development]. Moscow: Unity, 666 p. (in Russian)
- Torkunov A.V., Malgin A.B. (eds.) (2012) *Sovremennyye miezhdunarodny eotnosheniya* [Modern International Relations]. Moscow: Aspect Press, 688 p. (in Russian)
- Velyaminov G.M. (2004) *Miezhdunarodnoye ekonomicheskoye pravo e process* [International Economic Law and Process]. Moscow: Volters Kluver, 496 p. (in Russian)
- Vitztum W. et al. (2015) *Miezhdunarodnoye pravo* [International Law]. Moscow: Infotropic Media, 1071 p. (in Russian)
- Vyleghanin A.N. (ed.) (2012) *Miezhdunarodnoye pravo* [International Law]. Moscow: Yurait, 904 p. (in Russian)
- Weiss F. et al. (1998) *International Economic Law with Human Face*. Boston: Nijhoff, 566 p.

Эволюция виндикационного спора



М.В. Закошанский

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mzakoshanskiy@gmail.com



Аннотация

Статья посвящена анализу юридической природы вещно-правовых притязаний. Целью работы является выявление проблем функционирования иска об истребовании из чужого незаконного владения на примере института ценных бумаг. Автором проводится анализ обязательных и факультативных элементов предмета доказывания по виндикационному иску, а также исследуются возможности формирования современных средств петиторной защиты на основе классических цивилистических конструкций. Внимание к базовым средствам защиты обусловлено, прежде всего, потребностью понимания, могут ли новые активные участники имущественных отношений быть надежно защищены старыми методами. В работе анализируется подход применения фундаментальных средств защиты по аналогии ввиду отсутствия современных более глубоких теоретических разработок, направленных на сохранение имущества за собственником, а также исследуются предпосылки для создания адекватного защитного механизма в условиях существующей правовой парадигмы. Продолжительные цивилистические дискуссии, порожденные практикой арбитражных судов по вопросам истребования из чужого незаконного владения бездокументарных ценных бумаг, являющихся по своей сути объектами нематериального мира, заложили основу критического подхода к изучению набора средств, имеющегося в распоряжении законного собственника. С одной стороны, далеко не единое сообщество отечественных ученых — специалистов в области ценных бумаг, и, с другой стороны, единообразная сплоченная система российских судов со сложившимся универсальным механизмом применения правил о защите прав владельцев ценных бумаг, позволили вновь обратиться к классической западной юриспруденции за поиском ответов, как к наиболее авторитетному источнику решений и конструкций, в которых мы нуждаемся более всего. В статье также описываются предпосылки для нового понимания основных средств защиты, в частности, экстраполяции вещных прав на нематериальные объекты. Рассмотренные в статье основные виды исков вещно-правового характера позволяют более детально ответить на вопросы, связанные с происхождением и формированием современного иска об истребовании из чужого незаконного владения, являющегося, на наш взгляд, наиболее эффективным средством защиты права собственника, начало которому положено еще в период существования древнейшего римского права.



Ключевые слова

петиторная защита, виндикация, защита прав собственника, виндикационный иск, бездокументарные ценные бумаги, вещные права, незаконное владение.

Библиографическое описание: Закошанский М.В. Эволюция виндикационного спора // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 42–49.

JEL: K41; УДК: 347

Современная теория ценных бумаг представляет собой почву для создания уникальных юридических конструкций, использование которых в значительной степени упрощает отношения между участниками гражданского оборота и наиболее эффективным образом

обеспечивает имущественные интересы акционеров и защиту их прав от возможных злоупотреблений со стороны недобросовестных контрагентов либо иных лиц. Однако совершенствование форм выражения имущественных активов, которыми являются бездокументарные ценные бумаги, с необходимостью должно сопровождаться либо обновлением набора существующих способов защиты, либо, как показывает судебная практика, обновлением нашего взгляда на классические правовые инструменты, призванные обеспечить сохранность таких благ. Например, известно, что применение вещно-правовых способов защиты по отношению к имущественным правам, по общему правилу, не допускается в силу нематериальности и невозможности идентификации последних. Однако в целях надлежащего уровня правовой защиты в рамках текущего нормативного регулирования, суды, на наш взгляд, обоснованно применяли положения об истребовании имущества из чужого незаконного владения в отношении бездокументарных ценных бумаг (в том числе долей) по аналогии, ввиду отсутствия иного более эффективного способа защиты права¹.

Возможно ли, следуя креативному подходу, создавать более совершенные средства защиты прав собственника или стоит довериться накопленному опыту и адаптировать проверенные временем способы петиторной защиты? Для ответа на этот вопрос мы предлагаем изучить эволюцию формулы виндикационного притязания и увидеть, каким образом видоизменялся иск об истребовании вещи из чужого незаконного владения с течением времени.

Первой известной формой притязания собственника в отношении вещи, которая выбыла из его владения, являлся *legis actio sacramentum in rem*, который был весьма отягощен необходимостью проводить специальные формальные действия с использованием жезлов и произнесением формул². Лицо, подавшее иск, заявляет о своем праве на вещь («я виндицировал»), а ответчик заявляет о своем праве («я совершил это право, как виндицировал»)³. В дальнейшем судья устанавливал, чье право является более сильным, и осуществлял передачу вещи победителю.

Следующей формой иска стал *rei vindicatio*, который, по замечанию И.А. Покровского, «к движимым вещам или вовсе не применялся... или же, если применялся, то не был иском о собственности, а также имел деликтный характер». Данная позиция обосновывалась тем, что «право на движимые вещи на этой стадии (древнейшего римского права. — прим. авт.) еще не имело свойства прочной юридической связи между лицом и вещью, связи, которая уже сама по себе могла бы служить основанием иска»⁴. Данный вид иска определялся как иск невладельца собственника против владеющего несобственника, и целью иска являлось возвращение вещи. Нетрудно заметить его сходство и близость по содержанию с современным виндикационным иском.

Rei vindicatio имел двусторонний характер: каждая из сторон заявляла, что является собственником, и обе стороны должны были *in iudicio* доказать свои утверждения. Интересно, что ограничиться всего лишь отрицанием права собственности истца ответчик не мог, иначе он считался лицом, которое отказалось от процесса, а владение спорной вещью передавалось истцу⁵. Впоследствии с установлением формулярного процесса иск

¹ Постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.08.2006 № 1877/06, от 14.07.2009 № 5194/09, от 17.11.2009 № 11458/09.

² Цит. по: Бевзенко Р.С. Защита добросовестного владения в гражданском праве: дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. С. 117; Гай. Институции. Книга IV. М.: Зерцало, 1997. С.261.

³ Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 117.

⁴ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. С. 58.

⁵ Там же.

о вещи превратился в односторонний, ответчик был вправе лишь заявить о своем сомнении в праве истца⁶.

«На почве *rei vindicatio*, — пишет Р.С. Бевзенко, — развился *actio Publiciana*, иск о защите владения — исковое средство, которое построено на фикции права собственности, приобретенного по узупапии (т.е. приобретение права собственности в силу давности фактического владения — *прим. авт.*)»⁷.

Как отмечает Д.В. Дождев, *actio Publiciana* защищает владельца, который может приобрести собственность по давности, и защита его является как бы предварением этой возможности в будущем⁸. Однако стоит отметить, что такой иск служит защитой только от посягательства недобросовестных владельцев, так как последний «бессилен против действительного собственника вещи в силу действовавшего в римском праве принципа: «*Nemo ad alium plus juris transferre potest, quam ipse habet*» («никто не может передать прав больше, чем имеет сам»)⁹.

Постепенно, по мере развития и расширения виндикации в Новое время, возникли ограничения последней как средства защиты торгового оборота, причем, как отмечает Р.С. Бевзенко, «виндикация недвижимого имущества была неограниченной, в отношении движимости действовал принцип «*Hand muss Hand wahren*» («рука за руку отвечает»), в соответствии с которым добросовестное возмездное приобретение вещи от лица, не имевшего права ее отчуждать, порождало у приобретателя права собственности на вещь»¹⁰.

Дореволюционное российское законодательство также содержало норму о виндикации. Согласно ст. 609 ч. 1 тома X Свода законов Российской империи, «собственник вправе отыскивать свое имущество из чужого незаконного владения»¹¹. Что касается советского периода, то известная преемственность формулировок норм о виндикации присутствует и в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. (например, ст. 59), и в Гражданском кодексе РСФСР 1964 г. (например, ст. 151)¹².

Действующее законодательство по-прежнему отводит ключевое место виндикации как вещно-правовому способу защиты прав собственника (ст. 301–303 Гражданского кодекса РФ). Согласно п. 1 ст. 301 ГК РФ, собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения. В соответствии с традиционным представлением, виндцировать можно только индивидуально–определенную вещь от лица, у которого она фактически находится в незаконном владении. Иск об истребовании имущества, предъявленный к лицу, в незаконном владении которого это имущество находилось, но у которого оно отсутствует к моменту рассмотрения дела в суде, не может быть удовлетворен.

Данное классическое правило нашло отражение в п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 10 и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности

⁶ Там же.

⁷ Цит. по: Бевзенко Р.С. Указ. соч. С. 117.

⁸ Дождев Д.В. Институт владения в римском праве: дис... д–ра юрид. наук. М., 1997. С. 257.

⁹ Там же.

¹⁰ Там же.

¹¹ <http://civil.co№sulta№t.ru/code/> (дата обращения: 6.08.2015).

¹² Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. С. 406.

и других вещных прав» (далее — Постановление № 10/22)¹³. Очевидно, что если у ответчика нет имущества, то невозможно его истребовать. Таким образом, при выбытии вещи из владения ответчика у собственника возникает право на предъявление виндикационного иска к новому владельцу вещи. Аналогичная позиция в отношении виндикации бездокументарных акций содержится в Определении Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 07.07.2011 № ВАС–8338/11 по делу № А57–4895/2010 и в постановлениях ФАС Московского округа от 13.02.2009 № КГ–А40/13277–08 по делу № А40–10656/08–48–85, от 24.04.2007 и 28.04.2007 № КГ–А41/3316–07 по делу № А41–К1–14968/06, от 24.04.2007, 27.04.2007 № КГ–А41/3303–07 по делу № А41–К1–14743/06.

Вне зависимости от того, произошла ли утрата владения ответчиком случайно или намеренно, она влечет отказ в виндикационном иске.

Как уже было отмечено ранее, невозможно владение вещами, определенными родовыми признаками, но, по справедливому замечанию Б.Б. Черепяхина, «нет никаких оснований для недопущения виндикации родовых вещей»¹⁴, так как достаточно, чтобы такая родовая вещь была индивидуализирована и идентифицирована, т.е. выделена из числа ей подобных. К примеру, проблема индивидуализации остро встает при неправомерном списании акций с лицевых счетов (счетов депо) владельцев ценных бумаг и последующем отчуждении в результате неоднократных биржевых операций. Как следствие, происходит смешение и обезличивание пакетов акций, которые принадлежали владельцу, а определение тех акций, которые когда-то ему принадлежали, не представляется возможным. Это исключает возможность удовлетворения требований об истребовании акций из чужого незаконного владения¹⁵. Так же как и утрата владения, утрата вещь индивидуальности ведет к отказу истцу в истребовании вещи из чужого незаконного владения.

Если между сторонами существуют договорные отношения, неважно, действительные или недействительные, то спор не подлежит рассмотрению по правилам ст. 301–302 Гражданского Кодекса Российской Федерации, а рассматривается по правилам о договорных обязательствах (если договор действительный) или по правилам о применении последствий недействительности сделки (если договор недействительный). Данное правило нашло свое отражение в п. 34 Постановления № 10/22.

Собственник, обладатель активной легитимации, заявляющий виндикационный иск, обязан также доказать свое право собственности. Если такой иск заявляет законный владелец, которому вещь была передана собственником, то такое лицо доказывает иное право, на котором ему вещь принадлежала. Заявление подается одновременно с доказыванием нахождения вещи во владении ответчика. Что в таком случае необходимо доказать истцу, который утратил свое право? Как отмечает К.И. Скловский, «доказывание права собственности состоит в доказывании тех фактов, которые создают право собственности, например заключение и исполнение договора купли–продажи вещи»¹⁶. Так как право собственности имеет абсолютный и исключительный характер, справедливо, что «истец по виндикационному иску доказывает не только то, что его право «сильнее

¹³ Российская газета. 2010. 21 мая.

¹⁴ Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. С. 344.

¹⁵ Постановление Президиума ВАС Российской Федерации от 29.08.2006 № 1877/06.

¹⁶ Скловский К.И. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда России и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (постатейный). М.: Статут, 2011. С. 122.

права ответчика, но именно то, что его право сильнее права всякого иного лица, как участвующего в деле, так и не участвующего»¹⁷.

Безусловно, ключевым условием для истребования вещи из чужого незаконного владения, является, прежде всего, признание самого права собственности истца, вопрос о наличии или отсутствии условий для виндикации — вопрос вторичный.

В завершении рассмотрения формулы виндикационного иска предлагается обобщить обстоятельства, доказанность или недоказанность которых надлежит установить суду при рассмотрении требования об истребовании имущества из чужого незаконного владения:

Во-первых, наличие у истца права собственности на истребуемую вещь, так как право на петиционную защиту принадлежит только собственнику.

Во-вторых, фактическое владение вещи ответчиком. В случае, если ответчик перестал быть фактическим владельцем, в иске должно быть отказано.

В-третьих, незаконность владения ответчика, т.е. отсутствие какого-либо правового титула на спорную вещь.

Указанные обстоятельства входят в предмет доказывания и являются необходимыми элементами виндикационного иска. Наряду с обязательными элементами существуют также и дополнительные, которые не составляют бремя доказывания. Как отмечает В.А. Белов, подобные факультативные элементы возникают в случае заявления ответчиком возражений против предъявленной ему виндикации. Бремя доказывания таких обстоятельств лежит на ответчике, но истец вправе опровергать представляемые ответчиком доказательства¹⁸. К ним относятся:

Во-первых, добросовестность либо недобросовестность приобретения.

Во-вторых, возмездность или безвозмездность приобретения вещи. Возмездность определяется как ситуация, в которой приобретатель вещи уплатил за нее определенную цену либо предоставил иное встречное исполнение. В соответствии с Постановлением № 10/22 для применения п. 1 и 2 ст. 302 ГК РФ приобретатель не считается получившим имущество возмездно, если отчуждатель не получил в полном объеме плату или иное встречное предоставление за передачу спорного имущества к тому моменту, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неправомерности отчуждения.

В-третьих, характер выбытия вещи из владения истца. Согласно ст. 302 ГК РФ собственник может истребовать вещь у добросовестного возмездного приобретателя, если он докажет, что вещь была утрачена (похищена либо утеряна) им или лицом, которому такая вещь была собственником доверена, либо выбыла иным образом из владения любого из этих лиц против их воли. Исходя из изложенного, истец может возразить на заявление ответчика о добросовестном возмездном приобретении тем, что вещь выбыла из владения собственника (либо доверенного лица, у которого вещь находилась) помимо его воли.

Итак, рассмотрение виндикационного иска на разных временных отрезках показывает, что формальное выражение притязания было постепенно подвержено существенным изменениям в сторону технического упрощения, а суть притязания оставалась неизменной. Как и сейчас, правом на предъявление виндикационного иска обладает только титульный владелец; истребованию подлежали только индивидуально опреде-

¹⁷ Там же.

¹⁸ Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации, части первой (под общ. ред. В.А. Белова). М.: Юрайт, 2011. С. 345.

ленные вещи от лица, у которого они фактически находятся во владении; истребование вещей, определенных родовыми признаками, не допускается, за исключением случаев, когда такие вещи могут быть индивидуализированы и идентифицированы; истец по виндикационному иску должен доказать наличие у него права собственности на спорную вещь.

На протяжении значительного периода времени правоприменители руководствовались фундаментальным принципом, по которому имущество, ненадлежаще и незаконно оказавшееся во владении неуполномоченно лица, подлежит возврату при соблюдении определенных правил. Расширительное толкование и применение принципа, по которому титульный владелец всегда имеет приоритет перед владельцем вне закона, на наш взгляд, представляет собой единственное справедливое решение спорных вещно-правовых вопросов.

Диспуты о невозможности экстраполяции вещных права на *res incorporales* по аналогии в связи с их нематериальностью вряд ли смогут найти продолжение в дальнейшем, потому что следующим логическим шагом после критических замечаний последует конструктивное предложение о совершенствовании существующих алгоритмов защиты интересов собственника, обеспеченное готовностью взять ответственность за внедрение нововведений. Это позволяет нам сделать вывод, что виндикация является и будет являться наиболее универсальным, адекватным и эффективным средством защиты права собственника, утратившего законное владение, в современном российском гражданском праве.



Библиография

- Бевзенко Р.С. Защита добросовестного владения в гражданском праве: дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 191 с.
- Белов В.А. Бездокументарные ценные бумаги. М.: Центр ЮрИнфор, 2003. 106 с.
- Белов В.А. Гражданское право. Общая и Особенная части: Учебник. М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. 960 с.
- Белов В.А. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации. 2-е изд. М.: Юрайт, 2011. 996 с.
- Белов В.А. Ценные бумаги в российском гражданском праве: Учебное пособие. М.: Центр ЮрИнфор, 2007. Т.I. 589 с. Т.II. 671 с.
- Гай. Институции. Книга IV. М.: Зерцало, 1997. 261 с.
- Дождев Д.В. Институт владения в римском праве: Дис... д-ра юрид. наук. М., 1997. 317 с.
- Лебедев К.К. Защита прав обладателей бездокументарных ценных бумаг (материально–и процессуально–правовые аспекты разрешения споров, связанных с отчуждением бездокументарных ценных бумаг). М.: Волтерс Клувер, 2007. 176 с.
- Мейер Д.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2003. 831 с.
- Мурзин Д.В. Ценные бумаги и бестелесные вещи. М.: Статут, 1998. 176 с.
- Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут, 2001. 353 с.
- Скловский К.И. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (постатейный). М.: Статут, 2011. 144 с.
- Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М.: Статут, 2010. 893 с.
- Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. 479 с.

A Vindictory Dispute Evolution



Mikhail Zakoshanskiy

Postgraduate Student, Department of Civil and Business Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: mzakoshanskiy@gmail.com.



Abstract

The article is devoted to historical analysis of proprietary claims' legal nature. The work objective is identification of owners' protection rights functioning issues by way of claiming from other persons' unlawful possession. The author undertakes the analysis of mandatory and optional elements of fact to be proven under vindication action, and examines formation possibilities of modern petitory protection ways based on classic civil constructions. Attention to foundation protection principles is conditional upon, in the first place, the necessity to understand, could new active participants of property relations be securely protected by old methods? Would application-of-basics-by-analogy approach be effective in the view of absence of modern deep theoretical developments targeted on property reservation? What are prerequisites form of creation of adequate protection mechanism in frames of existing legal paradigm? Continuous civil discussions, generated by commercial court's practice on claiming from other persons' unlawful possession issues of undocumented securities, which are non-material objects by their essence, formed a ground for critical approach in studying the variety of ways which a legitimate owner has. On one hand, far not unity national community of theoretical securities specialists and, on the other hand, uniformed, consolidated system of Russian courts with a universal and actual application methodology of securities owners protection rules, allowed to hark back to classic Western jurisprudence in search of answers as an ultimate source of solutions and constructions, which we may need today more than ever before. The author also examines prerequisites for new understanding of basic protection ways, in particular, extrapolation of proprietary rights to non-material objects. Consideration of main action types with proprietary nature allow to provide answers to questions, arising from origination and formation of modern action on claiming from other persons' unlawful possession, which is, to our vision, the most effective protection method for a man of property accepted during the period of ancient Roman law.



Keywords

petitory protection, vindication, protection of owner's rights, vindictory action, undocumented securities, unlawful possession.

Citation: Zakoshanskiy M.V. (2015) A Vindictory Dispute Evolution. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 42–49 (in Russian).



References

- Belov V.A. (2003) *Bezdokumentarnye tsennye bumagi* [Undocumented Securities]. Moscow: YurInfor, 106 p. (in Russian)
- Belov V.A. (2003) *Grazhdanskoe pravo. Obchshaya i osobennaya chasti* [Civil Law. General and Special Parts]. Moscow: YurInfor, 960 p. (in Russian)
- Belov V.A. (2007) *Tsennye bumagi v rossiyskom grazhdanskom prave* [Securities in Russia Civil Law]. Vol. I–II. Moscow: YurInfor, 1260 p. (in Russian)
- Bevzenko R.S. *Zaschita dobrosovestnogo vladeniya v grazhdanskom prave*. Diss. Cand. Jurid. Nauk [Protection of *bona fide* possession in Civil Law. Candidate of juridical sciences dissertation]. Saratov: SGU, 191 p. (in Russian)
- Cherepakhin B.B. (2001) *Trudy po grazhdanskomy pravu* [Writings on Civil Law]. Moscow: Statut, 479 p. (in Russian)
- Gai (1997). *Institutsii*. Kniga IV. [Institutions. Book IV]. Moscow: Zertsalo, 261 p. (in Russian)
- Dozhdev D.V. (1997) *Institut vladeniya v rimskom prave*. Diss. Doct. Yurid. Nauk [Possessio Institute in Roman Law (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow. 317 p.

Lebedev K.K. (2007) *Zachshita prav obladateley bezdokumentarnykh tsennykh bumag (materialno- i protsessualno-pravovye aspekty razresheniya sporov, svyazannykh s otchuzhdeniem bezdokumentarnykh tsennykh bumag)*. [Protection of Undocumented Securities Holders Rights. Substantive and Procedural Legal Issues of Dispute Resolution Related to Alienation of Undocumented Securities]. Moscow: Volt-ers Kluwer, 176 p. (in Russian)

Meier D.I. (2003) *Russkoe grazhdnskoe pravo* [Russian Civil Law]. Moscow: Statut, 831 p. (in Russian)

Murzin D.V. (1998) *Tsennye bumagi bestelesnye vechshi* [Securities *Res Incorporales*] Moscow: Statut, 176 p. (in Russian)

Pokrovskiy I.A. (2001) *Osnovnye problemy grazhdanskogo prava* [Main Civil Law Issues] Moscow: Statut, 353 p. (in Russian)

Praktika primeneniya grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (2011) [Practical Application of the Russian Civil Code]. Moscow: Yurait, 345 p. (in Russian)

Rossiyskaya gazeta (2010) [The Russian Gazette]. May 21.

Sklovskiy K.I. (2011) *Kommentariy k Postanovleniu Plenuma Verkhovnogo Suda RF I Plenuma VAS RF ot 29.04.2010 N 10/22 "O nekotorykh voprosakh, voznikaushih v sudebnoi praktike pri razreshenii sporov, svyazannykh s zachitoy prava sobstvennosti i drugih veshnykh prav" (postateinyi)* [Commentary to the Supreme Court of Russia and the Supreme Commercial Court of Russia Plenum Resolution, April 29, 2010 N 10/22, On Court Practice Related to Protection of Property Rights and other Proprietary Rights]. Moscow: Statut, 144 p. (in Russian)

Sklovskiy K.I. (2010) *Sobstvennost v grazhdanskom prave* [Ownership in Civil Law]. Moscow: Statut, 893 p. (in Russian)

О длящихся административных правонарушениях



А.Б. Панов

помощник заместителя Министра сельского хозяйства Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 107996, Российская Федерация, Москва, Рождественский бульвар, 12. E-mail: panov_ab@fishcom.ru



Аннотация

В статье автор на основе типичных случаев из судебной практики анализирует современное состояние разработанности проблемы квалификации административных правонарушений в качестве длящихся. На основе проанализированных подходов к понятию длящегося правонарушения формулируются критерии, которым должно удовлетворять понятие «длящееся правонарушение». Автор отмечает, что различия в понимании судьями данного термина приводят к появлению большого количества судебных постановлений, призванных исправлять ошибки в толковании норм закона нижестоящими судами. Это ведет к увеличению нагрузки на систему в целом и фактически к появлению прецедента, поскольку отсутствие в законе четкого определения данного понятия вынуждает российские суды выработать в каждом деле подход к возможности отнесения правонарушений в определенной области к категории «длящихся». Подчеркивается также важность вопроса, какое правонарушение считать длящимся, поскольку ст. 4.5 Кодекса об административных правонарушениях РФ устанавливает срок привлечения к административной ответственности в два месяца (или один год по указанным составам), который по общему правилу начинает течь со дня совершения нарушения, а в случае с длящимся правонарушением — со дня его обнаружения. Момент обнаружения длящегося правонарушения является не менее актуальным вопросом в судебной практике, так как в силу ч. 2 ст. 4.5 КоАП РФ именно с него исчисляется срок давности привлечения к административной ответственности. В статье отмечается, что буквальное следование приведенным определениям в ряде случаев не в полной мере согласуется с порядком возбуждения дела об административном правонарушении, ведь в силу п. 1 ч. 1 ст. 28.1 КоАП РФ возбуждение дела связано с получением достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. На момент составления протокола об административном правонарушении у уполномоченного лица могут отсутствовать все необходимые документальные подтверждения. Время, необходимое для их сбора, может превышать давностный срок и в результате в возбуждении дела будет отказано по истечении срока давности. Такие ситуации возникают, например, при назначении по материалам проверки соответствующей экспертизы.



Ключевые слова

административная ответственность, КоАП РФ, изменения в законодательстве, длящиеся правонарушения, судебная практика, досудебное обжалование, компенсация, незаконные действия должностных лиц, претензионный порядок.

Библиографическое описание: Панов А.В. О длящихся административных правонарушениях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 50–65.

JEL: K19; УДК: 342

Проблеме делящихся административных правонарушений посвящено большое количество работ таких ученых, как Ю.С. Адушкин, Д.Н. Бахрах, А.Н. Борисов, Д.А. Вавулин, О.В. Гречкина, А. Демин, А. Евсеев, А. Жаров, И.А. Звечаровский, А.Е. Крайнев, Ю.А. Крохина, А. Каширин, Н.А. Колоколов, В.М. Манохин, И.Е. Махров, Т.Р. Мещерякова, О.В. Панкова, Л.Ю. Плотникова, Н.Г. Салищева, П.П. Серков, Т.А. Щеколаева, П. Яни и другие правоведа¹.

Одной из нерешенных проблем административного права является вопрос о применении на практике понятия «делящееся правонарушение», предусмотренного ч. 2 ст. 4.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП). Различия в понимании судьями данного термина привели к появлению большого количества постановлений Высшего Арбитражного Суда и Верховного Суда России, призванных исправлять ошибки в толковании норм закона нижестоящими судами. Это влекло увеличение нагрузки на систему в целом и фактически к появлению прецедента, поскольку отсутствие в законе четкого определения данного понятия вынуждает суды вырабатывать в каждом деле подход к возможности отнесения правонарушений к категории «делящихся».

Вопрос о том, какое правонарушение считать делящимся, важен, поскольку ст. 4.5 КоАП устанавливает срок привлечения к административной ответственности в два месяца (или один год по указанным составам), который по общему правилу начинает течь со дня совершения нарушения, а в случае с делящимся правонарушением — со дня его обнаружения.

¹ См. напр.: *Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В.* Делящиеся административные правонарушения: вопросы правоприменительной практики // *Административное право и процесс.* 2005. № 3. С. 32–35; *Бахрах Д. Н.* Проблемы делящихся правонарушений // *Современное право.* 2005. № 11. С. 40–45; *Борисов А.Н., Махров И.Е.* Комментарий к положениям НК РФ, КоАП РФ и УК РФ об ответственности за нарушения законодательства о налогах и сборах. М., 2003, 501 с.; *Демин А.* Общий обзор налоговых правонарушений // *Правовое обозрение.* 2008. № 4 (77). С. 50–57; *Зайков Д.Е.* Пропуск процессуальных сроков: формальность или обстоятельство, заслуживающее внимания? // *Право в Вооруженных Силах.* 2010. № 6. С. 79–82; *Звечаровский И.* Момент окончания преступлений, связанных с уклонением от уплаты обязательных платежей // *Российская юстиция.* 1999. № 9. С. 15–17; *Евсеев А.А.* Момент определения начала исчисления срока давности взыскания налоговых санкций за правонарушения с формальным составом // *Налоговые споры: теория и практика.* 2006. № 3. С. 50–57; *Крайнев А.Е.* Точка отсчета для ответственности: обнаружение или совершение? // *Учет, налоги, право.* 2003. № 9. С. 60–65; *Налоговое право России / Отв. ред. Ю.А. Крохина.* М., 2004. С. 21–27; *Манохин В.М., Адушкин Ю.С.* Российское административное право: Учебник. Саратов. 2003. С. 496; *Мещерякова Т.Р.* Особенности привлечения к административной ответственности за делящиеся правонарушения // *Полицейское право.* 2006. № 4. С. 60–68; *Панкова О.В.* Административная ответственность за налоговые преступления: проблемы и судебная практика применения КоАП РФ // *Журнал российского права.* 2004. № 1. С. 21–29; *Шакин В.* Критерии делящегося административного правонарушения // URL: http://www.lawli№ks.ru/view_data/php?id=29345 (дата обращения: 25.12.2014); *Яни П.* Делящиеся преступления с материальным составом. К вопросу о квалификации преступного уклонения от уплаты налогов // *Российская юстиция.* 1999. № 1. С. 12–17; *Серков П.П.* Административные правонарушения: квалификация и назначение наказания: Науч.-практ. пособие. М., 2010. С. 55; *Салищева Н.Г.* О некоторых тенденциях развития законодательства об административной ответственности в России в современный период // *Административное право и процесс.* 2009. № 5. С. 12–19; *Плотникова Л.Ю.* Проблемы привлечения к административной ответственности за делящееся административное правонарушение // *Закон.* 2008. № 9. С. 52–55; *Гречкина О.В.* Сроки давности привлечения к административной ответственности за нарушение таможенных правил // *Административное право и процесс.* 2010. № 5. С. 26–28; *Каширин А.* Нарушитель во времени // *ЭЖ-Юрист.* 2008. № 6. С. 31–37; *Колоколов Н.А.* Рассмотрение дел об административном правонарушении судьей в первой инстанции // *Мировой судья.* 2009. № 7. С. 56–59; *Жаров А.* Делящиеся административные правонарушения // *Законность.* 2010. № 11. С. 52–54 и др.

Несомненно, основной на сегодняшний день является трактовка, данная в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ»² (далее — Постановление № 5), где разъяснено, что «длящимся является такое административное правонарушение (действие или бездействие), которое выражается в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении обязанностей, возложенных на нарушителя законом»³. Учеными предлагаются и иные определения длящегося правонарушения, например, «под длящимся административным правонарушением понимается деяние, предусмотренное настоящим Кодексом, сопряженное с последующим длительным и непрерывным невыполнением обязанностей, возложенных на физическое лицо законом под угрозой административного наказания. Административное правонарушение начинается со дня совершения такого деяния и заканчивается вследствие действий лица, его совершающего, свидетельствующих о прекращении им продолжения административного правонарушения, или с наступлением событий, препятствующих дальнейшему совершению административного правонарушения»⁴.

Для уяснения сущности длящегося правонарушения важным является определение сроков его начала, обнаружения, окончания и прекращения.

Началом длящегося правонарушения целесообразно считать действие или бездействие, имеющее в основе умысел или неосторожность. Необходимо учитывать особенности конструкции административных составов, в которых большая часть признаков закреплена не в охранительных нормах КоАП, а в регулятивных нормах права различных отраслей российского законодательства. В связи с этим аргументированной представляется позиция, когда под сроком, как квалифицирующим признаком правонарушения, понимается установление законодателем календарной даты (не позднее 20 числа следующего месяца, до 15 числа месяца, следующего за месяцем отгрузки товара, и т. д.) или периода времени, позволяющего определить такую календарную дату (не позднее 45 дней со дня совершения операции, в течение 90 дней)⁵.

Момент обнаружения длящегося правонарушения является не менее актуальным вопросом в судебной практике, так как в силу ч. 2 ст. 4.5 КоАП именно с него исчисляется срок давности для привлечения к административной ответственности.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 // Российская газета. 2005. № 80.

³ Следует отметить, что Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5 во многом повторяет определение, приведенное в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 4.03.1929 г. В данном документе в редакции от 14 марта 1963 г. длящееся преступление определялось как «действие или бездействие, сопряженное с невыполнением обязанностей, возложенных на виновного законом под угрозой уголовного наказания», которое также связывается с «непрерывным осуществлением состава определенного преступного деяния». С нашей точки зрения заслуживают внимания пп. 1 и 2 письма ГТК России от 27.05.2002 № 01-06/20585 «Об отнесении административных правонарушений к длящимся» (отменено Письмом ФТС РФ от 12.07.2005 № 01-06/23399 «Об отнесении административных правонарушений к длящимся» во исполнение Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5). В отмененном письме ГТК под длящимся признавалось такое правонарушение, при котором «противоправное деяние совершается непрерывно в течение более или менее продолжительного периода времени», при этом оно «продолжается в течение всего времени с начала правонарушения и до его прекращения».

⁴ Мещерякова Т.Р. Особенности привлечения к административной ответственности за длящиеся правонарушения // Полицейское право. 2006. № 4. С. 12–15.

⁵ Щелокаева Т.А. Применение сроков давности, установленных в статье 4.5 КоАП РФ // Арбитражная практика. 2007. № 11. С. 31–38.

Указание необходимости обнаружения делящегося правонарушения присутствует в Постановлении № 5, где указано, что «днем обнаружения делящегося административного правонарушения считается день, когда должностное лицо, уполномоченное составлять протокол об административном правонарушении, выявило факт его совершения». В указанном Постановлении фактически дословно повторена позиция, изложенная в п. 19 Постановления Пленума ВАС от 27.01.2003 № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса РФ об административных правонарушениях»⁶.

Вместе с тем буквальное следование приведенным определениям в ряде случаев не в полной мере согласуется с порядком возбуждения дела об административном правонарушении. Дело в том, что в силу п. 1 ч. 1 ст. 28.1 КоАП возбуждение дела связано с получением достаточных данных, указывающих на наличие события административного правонарушения. На момент составления протокола об административном правонарушении у уполномоченного лица могут отсутствовать необходимые документальные подтверждения. Время, необходимое для их сбора, может превышать давностный срок и в результате в возбуждении дела будет отказано по истечении срока давности. Такие ситуации возникают, например, при назначении экспертизы по материалам проверки.

Эту позицию аргументирует в том числе Т.А. Щелокаева, которая предлагает под обнаружением делящегося правонарушения понимать «получение должностным лицом, уполномоченным составлять протокол об административном правонарушении, документально подтвержденных данных о противоправном неисполнении субъектом публичной обязанности»⁷. Аналогичной точки зрения придерживается А. Каширин, который уточняет, что получение должностным лицом, уполномоченным составлять протокол об административном правонарушении, документально подтвержденных данных о противоправном неисполнении субъектом публичной обязанности «фиксируется не только в акте проверки, но и в протоколе об административном правонарушении»⁸. При этом остается невыясненным, какие действия следует предпринять в случае назначения экспертизы, так как получается, что акт и протокол могут быть составлены только после ее завершения.

Вместе с тем приведенная позиция также имеет изъяны, связанные с возможностью фактического затягивания времени уполномоченными органами с мотивировкой необходимости получения различных документальных подтверждений.

Моментом окончания делящегося правонарушения принято считать наступление хотя бы одного из событий⁹: действий самого лица, направленных на прекращение правонарушения (например, исполнение возложенной на него обязанности, явка в уполномоченный орган с заявлением о совершенном правонарушении); вмешательства уполномоченных органов (например, изъятие противоправно хранимого имущества); наступления событий, однозначно препятствующих дальнейшему совершению правонарушения (например, утрата лицом противоправно хранимого имущества).

⁶ См.: п. 19 Постановления Пленума ВАС от 27.01.2003 № 2 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Кодекса об административных правонарушениях»: «Днем обнаружения административного правонарушения считается день, когда должностное лицо, уполномоченное составлять протокол о данном административном правонарушении, выявило факт совершения этого правонарушения».

⁷ Щелокаева Т.А. Указ. соч. С. 120–122.

⁸ Каширин А. Указ. соч. С. 116–118.

⁹ Вавулин Д.А. Административная ответственность за различные виды правонарушений в сфере рынка ценных бумаг // Право и экономика. 2005. № 3. С. 100–103.

Целесообразно обратить внимание на особенность длящегося правонарушения, связанную с различием моментов юридического окончания правонарушения и прекращения противоправного поведения (состояния)¹⁰. Оконченным считается правонарушение, характеризующееся полной реализацией его объективной и субъективной сторон, когда в деянии усматриваются все признаки состава правонарушения, предусмотренные законом. Применительно к длящимся нарушениям это состояние наступает при составлении уполномоченным лицом протокола об административном правонарушении, после чего возможно привлечение нарушителя к ответственности. Прекращение противоправного поведения (состояния) имеет место, когда лицом никакие противоправные действия уже не совершаются либо когда государство в лице уполномоченных органов пресекает правонарушение¹¹.

Сущностным отличием длящихся правонарушений от недлящихся (совершенных) является то обстоятельство, что зачастую в момент юридического окончания нарушения нарушитель еще находится в состоянии противоправного поведения, т.е. до его фактического прекращения (до момента завершения противоправного поведения или состояния). Таким образом, в этой ситуации длящееся правонарушение является оконченным, однако противоправное действие или бездействие продолжает длиться до его прекращения¹². Такое понимание позволяет выделить среди длящихся правонарушений две группы. К первой относятся правонарушения, которые на момент обнаружения характеризовались прекращением противоправного состояния (например, по инициативе нарушителя). Их можно определить как оконченные при отсутствии противоправного состояния. Ко второй группе относятся правонарушения, которые продолжались на момент их обнаружения — оконченные при нахождении в противоправном состоянии.

Более того, исследователи отмечают, что исполнение неисполненной в срок публичной обязанности, как правило, не приводит к восстановлению нарушенного порядка оперативного государственного управления. Следовательно, применение мер ответственности к такому нарушителю неэффективно, потому что несвоевременно¹³. Однако само по себе неисполнение обязанности до истечения соответствующего срока вообще не имеет признака противоправности¹⁴, поскольку нарушение не начиналось¹⁵.

Своеобразную позицию занимает Д.А. Вавулин, исследуя ситуацию непредставления эмитентом или профессиональным участником рынка ценных бумаг инвестору по его требованию предусмотренной законодательством информации (правонарушение предусмотрено ч. 1 ст. 15.19 КоАП). Ученый приходит к выводу, что в случае представления недостоверной информации «моментом совершения правонарушения будет являться момент представления такой информации, поэтому правонарушение не будет длящимся»¹⁶.

Можно предположить, что инвестор и уполномоченные органы обнаружат недостоверность информации спустя длительное время. В рамках предложенного подхода та-

¹⁰ *Ивачев И.* Длящиеся правонарушения // *ЭЖ-ЮРИСТ.* 2005. № 35. С. 41–43.

¹¹ См.: Письмо ГТК России от 27 мая 2002 г. № 01-06/20585 «Об отнесении административных правонарушений к длящимся» // СПС Консультант Плюс.

¹² *Вавулин Д.А.* Указ. соч. С. 21–27.

¹³ *Щелокаева Т.А.* Указ. соч. С. 54–57.

¹⁴ *Бахрах Д.Н.* Указ. соч. С. 31–32.

¹⁵ *Щелокаева Т.А.* Указ. соч.; *Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В.* Указ. соч. С. 96–99.

¹⁶ *Вавулин Д.А.* Указ. соч. С. 113–115.

кое правонарушение вполне может быть признано оконченным при нахождении в противоправном состоянии. Применительно к данному примеру возможно использование категории «ненадлежащее выполнение». На необходимость дополнения формулировки Постановления № 5 «невыполнение предусмотренной нормативным правовым актом обязанности» признаком «ненадлежащего выполнения» указывает и Д.Н. Бахрах¹⁷. Аналогичное дополнение авторы предлагают ввести и в формулировку «в случае совершения административного правонарушения, выразившегося в форме бездействия», которая, по мнению авторов, должна выглядеть как «в форме бездействия или ненадлежащего выполнения».

Анализируя ситуацию, сходную с описываемой Д.А. Вавулиным, авторы считают «неприемлемым мнение о том, что данное правонарушение не является делящимся и считается оконченным в момент истечения установленного срока для представления необходимых документов». В обоснование такой позиции приводится аргументация, что истечение законно установленного срока для представления информации инвестору не влечет прекращение соответствующей обязанности эмитента (профессионального участника рынка ценных бумаг)¹⁸. Представляется, что в основе разногласий лежит все та же недооценка юридической природы правового состояния, в котором оказывается лицо с момента невыполнения в установленный срок соответствующей обязанности. Квалификация наличия противоправного состояния (нарушения) или его последствий (результатов) является во многом ключевой во всей проблематике делящихся правонарушений.

Перейдем к рассмотрению иных дефиниций и характеристик делящегося правонарушения. Отметим, что в формулировке Постановления № 5 отсутствует указание, что для отнесения правонарушений к делящимся необходимым условием является продолжение правонарушения на момент его обнаружения. Таким образом, согласно этой формулировке, к делящимся могут быть отнесены как оконченные при отсутствии противоправного состояния, так и оконченные при нахождении в противоправном состоянии.

В связи с этим ряд исследователей при определении делящегося правонарушения акцентировали внимание на необходимости факта нахождения в противоправном состоянии при составлении протокола об административном нарушении. Так, Э.А. Кононов предлагает делящимся считать «правонарушение с непрерывным осуществлением единого состава противоправного действия (бездействия), которое пресекается его обнаружением»¹⁹. Близкой по смыслу позиции придерживается И.И. Лукашук, настаивая на том, что нарушение является делящимся лишь если «на протяжении всего периода сохраняет свою силу соответствующее обязательство и продолжает существовать событие, которое должно было быть предотвращено»²⁰. Таким образом, эти авторы предлагают считать делящимся только правонарушения второй выделенной нами группы, а именно, оконченные при нахождении в противоправном состоянии.

Данная позиция находит подтверждение и в судебной практике. Так, в постановлении Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28 марта 2005 г.

¹⁷ Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В. Указ. соч. С. 77–78.

¹⁸ Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В. Указ. соч. С. 13–15.

¹⁹ Кононов Э.А. Материально-процессуальные основы административной ответственности юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. 151 с.

²⁰ Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. 131 с.; Андрияшина А.М., Гущина К.О. Защита трудовых прав граждан. Практическое пособие. М., 2008. 203 с.

№ А56-28518/04²¹ было указано, что «характерной особенностью длящихся правонарушений является то, что противоправное деяние продолжается в момент его выявления. Именно эта особенность обуславливает иной порядок исчисления давностного срока, поскольку невозможно определить момент совершения длящегося правонарушения».

Сущностной характеристикой длящегося правонарушения является его непрерывность. На необходимость наличия непрерывности указывает подавляющее большинство исследователей-административистов²².

С нашей точки зрения именно непрерывность является ключевым положением, позволяющим отграничить длящееся правонарушение от продолжающегося, включающего множество дискретных во времени эпизодов. Именно этот квалифицирующий признак позволил судам во многих случаях относить правонарушения к недлящимся. При этом, однако, в силу отсутствия законодательно закрепленного понятия продолжаемого правонарушения, суды использовали различные определения: «многоэпизодное»²³ или «ряд однородных, но «одномоментных» актов»²⁴. Интересно, что в последнем случае суд посчитал, что «допустима оценка вмененного деяния как продолжаемого». При этом в Постановлении ФАС Северо-Западного округа от 30.04.2004 № А56-32554/03 в случае с совокупностью правонарушений обращалось внимание, что «следует отличать от совершенных повторно (неоднократно) однородных правонарушений, а также длящихся и продолжаемых правонарушений».

Само понятие непрерывности, в отличие от дискретности, предполагает полное отсутствие промежутков времени нахождения в ином состоянии. Такое понимание непрерывности во времени близко к формулировке «ежедневно и круглосуточно» в отличие, например, от формулировки «в рабочее время в рабочие дни».

Следующей сущностной характеристикой длящегося правонарушения является продолжительность во времени. На этом также акцентирует внимание большинство правоведов, используя в том числе такие характеристики, как «в течение более или менее продолжительного периода» времени²⁵, или предпочитая в аналогичном определении вместо «продолжительного периода времени» формулировку «длительного времени»²⁶ или «протяженное во времени»²⁷. Характеристика длительности (продолжительности, протяженности) представляется весьма относительным понятием, так

²¹ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 28 марта 2005 г. № А56-28518/04 // СПС Консультант Плюс.

²² Так, Д. Хохлов настаивает, что «под длящимися правонарушениями следует понимать правонарушения, которые характеризуются непрерывным осуществлением состава определенного преступного деяния». Другие авторы подчеркивают, что длящиеся правонарушения характеризуются «непрерывным осуществлением единого состава определенного деяния». Т.А. Щелокаева предприняла попытку уточнения понятия непрерывности, дав следующее определение длящегося правонарушения — «это непрерывное протяженное во времени противоправное состояние, которое можно обнаруживать каждый день». См.: Гусева Т.А., Владыка Е.Е. Арбитражный управляющий как участник процедур банкротства. М., 2005; Вавулин Д.А. Указ. соч. 57–59; Кононов Э.А. Указ. соч. С. 60–65.

²³ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 08.02.2005 № А65-16407/04-СА1-36 // СПС Консультант Плюс.

²⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 27.10.2005 № А56-11341/05 // СПС Консультант Плюс.

²⁵ См.: Гусева Т.А., Владыка Е.Е. Указ. соч. С. 13–19; Вавулин Д.А. Указ. соч. С. 41–48.

²⁶ Виговский Е.В., Виговская М.Е. Административная ответственность за нарушение налогового законодательства // Гражданин и право. 2002. № 11/12. С. 31–35.

²⁷ Щелокаева Т.А. Указ. соч. С. 13–15.

как любое действие не может осуществляться вне времени. Можно говорить только о незначительности (или, наоборот, существенности) временного промежутка, в течение которого деяние осуществлялось, для целей рассмотрения конкретного дела.

Для аналогичных целей Д.Н. Бахрах предлагает использовать следующую формулировку: «истечение срока, необходимого и достаточного для исполнения соответствующей обязанности»²⁸. При этом достаточность срока для исполнения обязанности должна решаться для каждого случая отдельно. Для характеристики длЯщегося правонарушения может использоваться осознание того, что длительным может признаваться срок, многократно превышающий период времени, необходимый и достаточный для исполнения соответствующей обязанности с учетом возможностей по ее исполнению.

Отдельные авторы помимо проанализированных сущностных особенностей длЯщегося правонарушения акцентируют внимание на иных его аспектах. Т.А. Щелокаева обращает внимание, что следует исходить из анализа такого признака объективной стороны вменяемого состава правонарушения, как срок исполнения юридической обязанности. Автор предлагает конкретизировать «указание на срок» в виде «указание на срок как календарную дату или периода времени, позволяющего определить такую календарную дату». Применительно к анализируемым формулировкам такой подход предполагает уточнить использованную в том числе в Постановлении № 5 формулировку «предусмотренной нормативным правовым актом обязанности к установленному в нем сроку» в виде «предусмотренной нормативным правовым актом обязанности к установленному в нем сроку как календарной дате или периода времени, позволяющего определить такую календарную дату»²⁹.

Следует обратить внимание также на неоднородность юридических обязанностей³⁰, неисполнение которых может квалифицироваться как длЯщееся правонарушение. Это могут быть как запретительные нормы, например, незарегистрированное средство массовой информации не может издавать свою продукцию (ст. 13.21 КоАП), так и нормы, наоборот, понуждающие совершить определенные действия, например, законные распоряжения должностного лица органа, осуществляющего государственный надзор (контроль), должны быть исполнены (ст. 19.4 КоАП). Причем первая юридическая обязанность может быть не исполнена только действиями, а вторая — путем отказа от совершения предписанных действий, т.е. бездействием. Таким образом, автор делает вывод, что «характер юридической обязанности является объективным критерием по отнесению административных правонарушений к числу длЯщихся»³¹.

С другой стороны, Т.А. Гусева и Е.Е. Владыка предлагают обратить внимание на вопрос: обладает ли само нарушение, а не его результат, признаком продолжительности. Отделение нарушения от результата представляется весьма сложным и неоднозначным³². Интерес представляет Решение арбитражного суда Новгородской области от 11.04.2007 г. по делу № А44-755/2007, по которому включение в договор условий, ущемляющих установленные законом права потребителя, было признано длЯщимся нарушением, поскольку «указанные договоры продолжали действовать до момента обнаружения Управлением имеющихся в них несоответствий требованиям закона». В данном случае очевидно что длительный характер будет носить именно результат определенного действия.

²⁸ Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В. Указ. соч. С. 27–38.

²⁹ Щелокаева Т.А. Указ. соч. С. 51–57.

³⁰ См.: Серков П.П. Указ. соч. С. 54–58; Судебная практика по делам об административных правонарушениях / Сост. П.П. Серков, Н.В. Михалева. М., 2008. С. 35–70.

³¹ Серков П.П. Указ. соч. С. 60–68.

³² Гусева Т.А., Владыка Е.Е. Указ. соч.

Принятие решения, что является нарушением, а что — его результатом, имеет сложности в различных областях, в частности, в области земельных отношений. Описан случай, когда в постановлении Юрлинского районного суда Коми-Пермяцкого автономного округа от 21 декабря 2004 г. при рассмотрении дела об обжаловании постановления о привлечении к административной ответственности по ст. 7.1 КоАП в связи с тем, что лицо самовольно увеличило размер земельного участка, было указано, что самовольное занятие земельного участка не является длящимся³³. Автор полагает, что «такое толкование закона неверно».

Во-первых, при самовольном занятии земельного участка, лицо, хотя и может совершить данное действие «одномоментно», например, установив заграждение по периметру самовольно занятого участка, в дальнейшем продолжает незаконно владеть и (или) пользоваться данным земельным участком. Тем самым процесс, когда лицо самовольно занимает земельный участок, имеет продолжительный во времени характер.

Во-вторых, как правило, трудно установить момент совершения активных действий, направленных на самовольное занятие земельного участка, а дата совершения правонарушения имеет важнейшее процессуальное значение для определения срока привлечения к административной ответственности за правонарушения, не относящиеся к длящимся. Таким образом, если допустить, что самовольное занятие земельного участка не является длящимся, это создаст возможность правонарушителю избежать административной ответственности, заявив, что само действие по захвату земельного участка было совершено более чем за 2 месяца до момента обнаружения факта правонарушения соответствующими государственными органами³⁴.

Другая область, где отделение нарушения от результата является дискуссионным понятием — налоговая сфера. Так, авторы считают, что искажение данных бухгалтерского учета — это нарушение, а наличие в течение длительного времени этих искаженных данных в бухгалтерской отчетности — его результат, аргументируя свою позицию тем, что «после того, как это нарушение окончено, никакой противоправной деятельности предприятие уже не осуществляет, соответственно, нет продолжительности нарушающего КоАП РФ поведения»³⁵.

Разъяснение, приведенное в Постановлении № 5, что «срок давности привлечения к административной ответственности за правонарушение, в отношении которого предусмотрена правовым актом обязанность не была выполнена к определенному сроку, начинает течь с момента наступления указанного срока», фактически отрицает длящийся характер неуплаты налога.

С такой позицией категорически не соглашаются как налоговые органы, так и теоретики налогового права. Для обоснования своей позиции исследователи приводят различные аргументы. Так, С.Н. Гладких считает, что налоговые преступления относятся к категории длящихся, поскольку они сопряжены с последующим длительным невыполнением установленной в п. 1 ст. 23 Налогового кодекса России обязанности налогоплательщика своевременно и в полном размере уплачивать налоги³⁶.

³³ Якунин Д.В. Проблемы квалификации самовольного занятия земельных участков и их использования без правоустанавливающих документов // Российская юстиция. 2007. № 9. С. 57–65.

³⁴ Там же.

³⁵ Гусева Т.А., Владыка Е.Е. Указ. соч. С. 58–62.

³⁶ См.: Гладких С.Н. О внесении изменений в статьи 198 и 199 Уголовного кодекса Российской Федерации // Адвокат. 2004. № 3. С. 15–25. На спорность указанного разъяснения Постановления № 5 применительно к налоговой области указывают и другие авторы.

Опираясь на то, что в КоАП отсутствует нормативно установленный срок, в течение которого существует обязанность по уплате налога, Д.В. Тютин приходит к выводу, что привлечение к ответственности по ст. 16.22 КоАП формально может быть произведено и по истечении многих лет со дня пропуска срока уплаты налогов и сборов, подлежащих уплате в связи с перемещением товаров через таможенную границу России³⁷. В основе такого подхода лежит тот факт, что неисполненная в срок обязанность по уплате налога продолжает существовать до момента уплаты налога или до наступления иных обстоятельств, с которыми законодательство связывает прекращение этой обязанности (ст. 44 Налогового кодекса). Однако законодательством не предусмотрено такое основание прекращения обязанности по уплате налога, как истечение некоторого срока с момента ее образования (или с момента, до которого он должен был быть уплачен). Таким образом, независимо от момента обнаружения факта неуплаты налога можно констатировать, что противоправное состояние продолжается.

Представляется, что в основе большинства неоднозначностей при отнесении к категории дьящихся правонарушений в налоговой сфере лежит отсутствие четкого отграничения нарушения как процесса нахождения в противоправном состоянии от результата этого нарушения, в том числе зафиксированного в бухгалтерских документах. С нашей точки зрения, применительно к налоговому законодательству проблема отграничения нарушения от его результата требует дополнительных углубленных теоретических исследований системного характера и выходит за рамки настоящей работы.

Проблема пресечения продолжительных во времени нарушений актуальна не только для Российской Федерации. Так, И.И. Лукашук приводит пример, когда в решении арбитража по делу «Трейл Смелтер» обязательство предотвращения трансграничного загрязнения атмосферы рассматривалось как дьящееся на протяжении всего периода продолжающегося выброса загрязнителей³⁸. В том же источнике приводится пример квалификации противоправного деяния как дьящегося из практики Европейского суда по правам человека при определении его юрисдикции, так как юрисдикция этого Суда ограничена деяниями, имевшими место после того, как государство-ответчик стало участником договоров, установивших право отдельных лиц на обращение в суд с петицией. Так, в деле «Папамихалопулос и другие против Греции» не связанная с официальной экспроприацией конфискация имущества имела место за 8 лет до признания Грецией юрисдикции ЕСПЧ. Суд определил, что в данном случае имело место дьящееся нарушение права на мирное использование имущества, предусмотренное ст. 1 Протокола I к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), продолжавшееся и после того, как Протокол стал обязательным для Греции. На этом основании суд признал, что обладает юрисдикцией в отношении данного дела.

В целом дьящимися противоправными деяниями международными судами в большинстве случаев признаются:

- продолжающееся нарушение дипломатического иммунитета;
- поддержание с помощью силы колониального господства;
- противоправная оккупация территории другого государства;
- принятие закона, противоречащего международному обязательству государства, но непосредственно не ведущего к его нарушению.

³⁷ Тютин Д.В. Правовые проблемы совершенствования юридической ответственности налогоплательщиков // Налоговое право: актуальные вопросы. Сб. статей. М., 2008. 151 с.

³⁸ См. Лукашук И.И. Право международной ответственности. М., 2004. С. 50.

Определенный интерес представляет последний случай, поскольку здесь принимается во внимание тот факт, что непосредственно нарушение наступает лишь после начала применения закона, который противоречит обязательству. Сам факт принятия такого закона может рассматриваться как подготовительное действие. Тем самым подчеркивается необходимость всестороннего рассмотрения обстоятельств дел, в ходе которого необходимо разделять подготовительный период, который не является правонарушением.

Определение времени, в течение которого длится нарушение международных обязательств, было дано в ст. 14 Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 2001 г. № 56/589 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния». Пункт 2 ст. 14 гласит, что «нарушение международного обязательства деянием государства, носящим длящийся характер, продолжается в течение всего периода, во время которого данное деяние продолжается и остается не соответствующим международному обязательству». В то же время п. 1 ст. 14 обращает внимание на затронутую в настоящем исследовании проблему ограничения нарушения от его результата и определяет, что «нарушение международного обязательства деянием государства, не имеющим длительного характера, имеет место в момент, когда деяние совершено, даже если его последствия сохраняются». Приведенные формулировки позволяют констатировать их весьма общий характер. Интерес в данном случае представляет скорее закрепление возможности признания нарушения недлящимся в условиях, когда последствия нарушения сохраняются.

Представляет интерес опыт законодателей стран постсоветского пространства при определении длящегося правонарушения. В настоящее время Беларусь и Казахстан уже ввели соответствующие законодательные дефиниции³⁹.

На основании вышеизложенного представляется обоснованным относить к категории длящихся нарушений только те, при обнаружении которых лицо продолжало находиться в противоправном состоянии.

Однако проблема длящихся правонарушений не исчерпывается вопросом формулирования определения данного понятия. Анализ судебной практики позволяет выделить ряд иных спорных моментов.

Законодательство не предусматривает приостановления течения срока давности привлечения к ответственности на основании подачи заявления в суд. Эта проблема должна рассматриваться не столько в свете изучения понятия длящегося правонаруше-

³⁹ Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях содержит отдельную ст. 2.6 «Длящееся административное правонарушение»: «Длящимся административным правонарушением признается деяние, предусмотренное настоящим Кодексом, сопряженное с последующим длительным невыполнением обязанностей, возложенных на физическое или юридическое лицо законом под угрозой административного взыскания. Длящееся административное правонарушение начинается со дня совершения указанного деяния и заканчивается вследствие действий лица, его совершающего, свидетельствующих о прекращении им продолжения административного правонарушения, или с наступлением событий, препятствующих дальнейшему совершению административного правонарушения».

Казахстанский законодатель в Кодексе Республики Казахстан об административных правонарушениях в примечании к ст. 69 «Освобождение от административной ответственности в связи с истечением срока давности» дал следующее определение: «Длящимся признается правонарушение, которое характеризуется непрерывным осуществлением единого состава определенного деяния, предусмотренного статьей Особенной части настоящего раздела, и не завершено к моменту его обнаружения». Отметим, что казахстанский законодатель ограничил длящиеся правонарушения только второй из выделенных нами двух групп, а именно, признал таковыми только оконченные при нахождении в противоправном состоянии.

ния, она имеет межотраслевой характер. В случае с делящими правонарушениями она характеризуется особенностями. В случае, когда суд первой инстанции, рассматривая дело о делящемся правонарушении, привлекает лицо к административной ответственности, то течение срока давности прекращается (оно может быть продолжено со дня отмены акта о привлечении к ответственности). Если в ходе последующих судебных проверок и повторного рассмотрения дела решение первой инстанции остается в силе, то привлечение к ответственности будет иметь место. Однако если суд первой инстанции не счел возможным привлечь ответчика к административной ответственности, то к моменту повторного рассмотрения дела срок привлечения к ответственности может уже истечь.

Данная проблема особенно актуальна в отношении делящихся правонарушений, поскольку судьи низших инстанций могут иметь отличное от высших судов мнение о содержании подобного понятия, в результате чего привлечение к административной ответственности окажется невозможным. К примеру, в Постановлении № Ф08-2666/05-1069А от 21 июня 2005 года ФАС Северо-Кавказского округа⁴⁰, отменив решение нижестоящих судов, признал эксплуатацию химически опасных производственных объектов без специальной лицензии делящимся правонарушением. Однако в результате того, что двухмесячный срок со дня составления протокола о нарушении к моменту кассационного рассмотрения истек, в привлечении предприятия к административной ответственности было отказано.

Иной особенностью делящихся правонарушений является то, что они могут продолжаться и после вынесения постановления о привлечении к ответственности. Следует обратить внимание, что возможно возникновение некоего заблуждения, связанного с тем, что повторная проверка формально фиксирует одно делящееся правонарушение, от ответственности за которое лицо могло быть освобождено по причине истечения сроков давности. Представляется, что в данном случае правильнее будет трактовать повторно обнаруженное нарушение как новый административный проступок. Подобная точка зрения высказывается Семнадцатым апелляционным арбитражным судом в Постановлении № 17АП-7826/2008-АК от 30.10.2008⁴¹, в котором нарушение правил пожарной безопасности было признано делящимся правонарушением. После первого обнаружения данного нарушения в результате проверки с 16 июля по 17 сентября 2007 г. было вынесено предписание от 19 сентября 2007 г. о необходимости его устранения. В результате повторной проверки и составления по ее итогам протокола от 8 августа 2008 г. было вновь зафиксировано нарушение правил пожарной безопасности. Именно на основании протокола от 8 августа 2008 г. суд счел возможным привлечь нарушителя к административной ответственности. С учетом того, что данный подход является предпочтительным, представляется необходимым закрепить в КоАП момент, с которого появляется возможность для повторного привлечения к ответственности за делящее правонарушение.

Делящимся правонарушением Высший Арбитражный Суд признал:

- отсутствие лицензии на эксплуатацию пожароопасных производственных объектов, за что предусмотрена ответственность ст. 14.1 КоАП⁴²;

⁴⁰ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа № Ф08-2666/05-1069А от 21 июня 2005 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴¹ Постановление Семнадцатого Апелляционного Арбитражного Суда № 17АП-7826/2008-АК от 30 октября 2008 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴² См.: Постановление ФАС Центрального округа по делу № А35-1195/07-С22 от 18 июля 2007 г. // СПС Консультант Плюс.

- отсутствие специального разрешения (лицензии) на эксплуатацию химически опасных производственных объектов, за что предусмотрена ответственность по ст. 14.1 КоАП⁴³;
- невыполнение условия лицензионного соглашения, за что предусмотрена ответственность по ст. 7.3 КоАП⁴⁴;
- отсутствие лицензии при реализации аптек первой помощи (автомобильных), за что предусмотрена ответственность по ст. 14.1 КоАП, поскольку такая деятельность признается фармацевтической⁴⁵;

Следует обратить особое внимание на дело, связанное с реализацией аптек первой помощи, поскольку ключевым в данном случае стало отсутствие соответствующей лицензии.

Разъяснение Постановления № 5⁴⁶ фактически лишает мотивации нарушителя к прекращению противоправного состояния в связи с тем, что действия по исправлению ситуации, с одной стороны, привлекают внимание к имеющемуся правонарушению и, с другой стороны, «отодвигают» срок давности пропорционально длительности противоправного состояния. Не согласен с сутью Постановления № 5 в части формулировки «невыполнение предусмотренной нормативным правовым актом обязанности к установленному сроку не является длящимся правонарушением» Д.Н. Бахрах, который характеризует его как «положение, которое трудно признать обоснованным, четким, полезным», призывая наоборот, признавать такие правонарушения длящимися. Критикуя действующую позицию, нашедшую отражение, в том числе в решениях ряда арбитражных судов, автор утверждает, что признание таких правонарушений недлящимися «не является верным, если истечение срока для исполнения законно установленной обязанности не влечет ее прекращения».

На основе проанализированных подходов к понятию длящегося правонарушения сформулируем критерии, которым, по нашему мнению, должно удовлетворять понятие «длящегося правонарушения»:

- определять наличие единого правонарушения, отграниченного от множественности дискретных во времени эпизодов;
- определять непрерывность деяния, которое может быть выявлено в любой момент времени;
- учитывать возможность реализации в форме невыполнения или ненадлежащего выполнения лицом обязанности, правомерно возложенной на него как законом, так и подзаконными актами;
- содержать указание на возможность привлечения виновного лица к административной ответственности;
- учитывать возможность реализации в форме действия или бездействия;
- учитывать возможность реализации в форме умысла или неосторожности;
- распространяться на физические и юридические лица;

⁴³ См.: Постановление ФАС Северо-Кавказского округа № Ф08-2666/05-1069А от 21 июня 2005 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴⁴ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 9199/07 от 26 февраля 2008 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴⁵ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ №11938/07 от 19 февраля 2008 г. // СПС Консультант Плюс.

⁴⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 // Российская газета. 2005. № 80.

- определять момент окончания правонарушения по различным основаниям;
- определять порядок отнесения к делящимся правонарушениям случаи невыполнения лицом обязанности, которая должна быть выполнена к определенному сроку, в том числе, когда данная обязанность не прекращается как с наступлением срока выполнения обязанности, так и после наступления этого срока по различным основаниям;
- определять порядок исчисления срока, к которому указанная обязанность должна быть выполнена;
- определять порядок привлечения к ответственности за новое делящееся правонарушение, обеспечивающий отделение одного правонарушения от другого.

Итак, КоАП установил сроки, по истечении которых правонарушитель не может быть привлечен к административной ответственности. Вместе с тем КоАП предусмотрены разные моменты, с которых следует исчислять данные сроки. Так, по общему правилу срок исчисляется с момента совершения административного правонарушения, однако в отношении делящихся правонарушений срок исчисляется с момента обнаружения нарушения.

Рассмотрев особенности делящихся правонарушений, можно обозначить следующее.

1. В российской правоприменительной практике длительное время имеет место значительное рассогласование в решениях судов различных инстанций в вопросе квалификации делящихся правонарушений и, соответственно, начала течения срока давности таких правонарушений.

2. Разъяснения, данные в п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда России от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении КоАП РФ», позволили в значительной мере систематизировать правоприменительный подход к квалификации делящихся правонарушений. Вместе с тем судебная практика за прошедший период выявила отдельные аспекты, требующие уточнения, дополнения и конкретизации соответствующих формулировок.

3. Представляется необходимым и своевременным осуществить законодательное закрепление соответствующих положений путем внесения изменений в КоАП РФ в части определения понятия «делящееся правонарушение», установления его основных элементов (признаков) и четкого указания на то, что считать днем обнаружения делящегося административного правонарушения.

Целесообразно дополнить ст. 4.5 КоАП РФ примечанием следующего содержания: *«Примечание. Делящимся правонарушением для целей КоАП РФ является правонарушение, выражающееся в длительном непрекращающемся невыполнении или ненадлежащем выполнении лицом обязанности, правомерно возложенной на него законом или подзаконными актами.»*

При этом невыполнение лицом обязанности, которая должна быть выполнена к определенному сроку, является делящимся правонарушением в случае, когда данная обязанность не прекращается с наступлением срока выполнения обязанности, и правонарушение может быть выявлено в любой момент после наступления этого срока.»

Днем окончания делящегося правонарушения является день его обнаружения, то есть день, когда должностное лицо, уполномоченное составлять протокол об административном правонарушении согласно статье 28.3 настоящего Кодекса, выявило факт его совершения.

Привлечение к ответственности за новое делящееся правонарушение, выразившееся в последующем неисполнении той же обязанности тем же лицом, возможно только по истечении срока, отведенного на устранение нарушений, предписанием, вынесенным совместно с привлечением к административной ответственности или независимо от такого привлечения».



Библиография

- Бахрах Д.Н., Котельникова Е.В. Длющиеся административные правонарушения: вопросы правоприменительной практики // Административное право и процесс. 2005. № 3. С. 30–40.
- Бахрах Д.Н. Проблемы длющихся правонарушений // Современное право. 2005. № 11. С. 57–62.
- Борисов А.Н., Махров И.Е. Комментарий к положениям НК РФ, КоАП РФ и УК РФ об ответственности за нарушения законодательства о налогах и сборах. М.: Норма, 2003. С. 101.
- Бубон К.В. Без вины виноватые // Адвокат. 2008. № 1. С. 103–109.
- Вавулин Д.А. Административная ответственность за различные виды правонарушений в сфере рынка ценных бумаг // Право и экономика. 2005. № 3. С. 107–115.
- Виговский Е.В., Виговская М.Е. Административная ответственность за нарушение налогового законодательства // Гражданин и право. 2002. № 11/12. С. 8–12.
- Гречкина О.В. Сроки давности привлечения к административной ответственности за нарушение таможенных правил // Административное право и процесс. 2010. № 5. С. 26–28.
- Гладких С.Н. О внесении изменений в статьи 198 и 199 Уголовного кодекса Российской Федерации // Адвокат. 2004. № 3. С. 116–118.
- Гусева Т.А., Владыка Е.Е. Арбитражный управляющий как участник процедур банкротства. М., 2005. С. 115–119.
- Демин А. Общий обзор налоговых правонарушений // Правовое обозрение. 2008. № 4 (77). С. 91–99.
- Жаров А. Длющиеся административные правонарушения // Законность. 2010. № 11. С. 52–54.
- Зайков Д.Е. Пропуск процессуальных сроков: формальность или обстоятельство, заслуживающее внимания? // Право в Вооруженных Силах. 2010. № 6. С. 79–82.
- Звечаровский И. Момент окончания преступлений, связанных с уклонением от уплаты обязательных платежей // Российская юстиция. 1999. № 9. С. 31–43.

On Continuing Administrative Offences



Alexey B. Panov

Assistant to Deputy RF Minister of Agriculture — Head of the Federal Agency on Fishery, Candidate of Juridical Sciences. Address: 12, Rozhdestvenskiy Bulvar, Moscow, 107996, Russian Federation. E-mail: panov_ab@fishcom.ru



Abstract

The paper features representative cases from judicial practice and examines the current development in the area of qualifying administrative offenses. The analyzed approaches to the concept of a continuing offence have allowed making up cut-and-dry criteria which a *continuing offence* should meet. The author notes that broad interpretations of this term by judges lead to a large number of court decisions, intended to correct errors in the interpretation of legal norms by lower courts. This increases the load on the system as a whole, and causes the emergence of a case, as the ambiguous definition of the concept in the legislation compels Russian courts to develop an approach on a case-to-case basis as to the possibility to attach an offence the group of continuing ones. The paper emphasizes the relevance of the issue what offence is continuing since Article 4.5 of the RF Administrative Code establishes the period of two months to start administrative liability, which as a rule begins from the date of the violation, and in the case of a continuing offence — from the date of detection. The time when a continuing offence is revealed is another topical issue in case practice as under part 2 of article 4.5 in the RF Administrative Code it is the date after which time limits starts. The paper notes that taking into account all the mentioned definitions tends to be inconsistent entirely with the process of initiating proceedings as under the RF Administrative Code 28.1, the initiation of a case requires sufficient data revealing an event of administrative offence. As of drawing up an infringement notice on an administrative offence, a person in authority may not provide the necessary supporting documents. The time required for their

collection may exceed the time limits resulting in refusing to initiate proceedings after the time limits expire. Such situations arise, for example, when ordering a testing examination.



Keywords

Administrative liability, RF Administrative Code, amendments to legislation, continuing offences, judicial practice, pre-trial appeal, compensation, illegal actions of officials, complaint procedure.

Citation: Panov A.B. (2015) On Continuing Administrative Offences. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–65 (in Russian).



References

Bakhrakh D.N. (2005) Kotel'nikova E.V. Dlyashchiesya administrativnye pravonarusheniya: voprosy pravoprimeritel'noy praktiki [Continuing Administrative Offences: Case Law]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 3, pp. 30–40.

Bakhrakh D.N. (2005) Problemy dlyashchikhsvya pravonarusheniy [Issues of Continuing Offences]. *Sovremennoe pravo*, no 11, pp. 57–62.

Borisov A.N., Makhrov I.E. (2003) *Kommentariy k polozheniyam NK RF, KoAP RF i UK RF ob otvetstvennosti za narusheniya zakonodatel'stva o nalogakh i sborakh* [Commentaries to the RF Tax, Administrative and Crime Codes on the Liability for Violating Tax and Excise Legislation]. Moscow: Norma, pp. 58–63 (in Russian).

Bubon K.V. (2008) Bez viny vinovatye [Innocent Victims]. *Advokat*, no 1, pp. 103–109.

Bakhrakh D.N., Kotel'nikova E.V. (2005) Dlyashchiesya administrativnye pravonarusheniya: voprosy pravoprimeritel'noy praktiki [Lasting Administrative Offences: Case Practice]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 3, pp. 113–119.

Demin A. (2008) Obshchiy obzor nalogovykh pravonarusheniy (gl. 16 NK RF) [Review of Tax Offences]. *Pravovoe obozrenie*, no 4 (77), pp. 91–99.

Grechkina O.V. (2010) Sroki давности privilecheniya k administrativnoy otvetstvennosti za narushenie tamozhennykh pravil [Time Limits of Liability for Breaching Customs Rules]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 5, pp. 26–28.

Gladkikh S.N. (2004) O vnesenii izmeneniy v stat'i 198 i 199 Ugolovnoy kodeksa Rossiyskoy Federatsii [On the Amendments to Articles 198 and 199 of the RF Criminal Code]. *Advokat*, no 3, pp. 116–118.

Guseva T. (2004) Riskovat' ili strakhovat'? [To Risk or to Insure?]. *Ezh-YURIST*, no 10, pp. 201–209.

Guseva T.A., Vladyka E.E. (2005) *Arbitrazhnyy upravlyayushchiy kak uchastnik protsedur bankrotstva* [Insolvency Receiver as an Agent in Bankruptcy]. Moscow, pp. 115–119 (in Russian).

Vavulin D.A. (2005) Administrativnaya otvetstvennost' za razlichnye vidy pravonarusheniy v sfere rynka tsennyykh bumag [Administrative Liability for Offences in Securities]. *Pravo i ekonomika*, no 3, pp. 107–115.

Vigovskiy E.V., Vigovskaya M.E. (2002) Administrativnaya otvetstvennost' za narushenie nalogovoy zakonodatel'stva [Administrative Liability for Violating Tax Legislation]. *Grazhdanin i pravo*, no 11/12, pp. 8–12.

Zharov A. (2010) Dlyashchiesya administrativnye pravonarusheniya [Continuous Administrative Offences]. *Zakonost'*, no 11, pp. 52–54.

Zaykov D.E. (2010) Propusk protsessual'nykh srokov: formal'nost' ili obstoyatel'stvo, zasluzhivayushchee vnimaniya? [When Procedural Periods are Ignored: a Formality or a Serious Circumstance?]. *Pravo v Vooruzhennykh Silakh*, no 6, pp. 79–82.

Zvecharovskiy I. (1999) Moment okonchaniya prestupleniy, svyazannykh s ukloeniem ot uplaty obyazatel'nykh platezhey [Termination Date for a Crime on Avoiding Obligatory Payments]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 9, pp. 31–43.

Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта



Д.В. Шibaев

заведующий кафедрой социально-правовых дисциплин и правовой информатики Северо-Западного института (филиала) МГЮУ имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 160001, Россия, Вологда, ул. Мира, д.32. E-mail: 013600@inbox.ru



Аннотация

Статья посвящена информационно-правовым аспектам обеспечения режима врачебной тайны, создания необходимых условий — правовых, организационных, моральных — для ограничения доступа не уполномоченных лиц к информации о пациенте. Проводится историографический анализ развития законодательства в сфере формирования режима врачебной тайны — Уложения о наказаниях уголовных и исправительных, Нюрнбергского кодекса, Женевской декларации и др., проводится их сравнительно-правовая характеристика с действующим законодательством. Дан анализ правовой конструкции «врачебная тайна», ее соотношения и различия с медицинской тайной. В статье проводится сравнительно-правовой анализ действующих нормативно-правовых актов, регулирующих режим тайны, в то же время указывается, что абсолютным этот режим назвать нельзя — существуют установленные законодательством основания истребования указанных сведений без согласия пациента. Часто возникают ситуации, когда Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» вступает в противоречие с иными законодательными актами, что приводит к различиям в правоприменительной практике. Указанные ситуации исследуются автором на основе материалов судебной практики в части обжалования решений должностных лиц по факту не предоставления адвокату сведений о его доверителе, составляющих врачебную тайну. В статье детально исследуются вопросы оснований истребования указанной информации в принудительном порядке третьим лицом для обеспечения его профессиональной деятельности — адвокатом, страховой организацией, представителями комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав. Исходя из анализа практики и сравнительно-правового исследования действующего законодательства, сформированы отдельные предложения по изменению ряда нормативно-правовых актов, в частности, Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Дискуссионным является вопрос о критериях и допустимости наследования сведений, составляющих врачебную тайну. Проводится аналогия этого принципа наследования с авторским правом и ставится проблема ее правовой состоятельности, аргументируется позиция автора. Отдельно рассматриваются аспекты уголовной, административной, гражданско-правовой и дисциплинарной ответственности за нарушения законодательства в сфере обеспечения режима врачебной тайны должностным лицом.



Ключевые слова

врачебная тайна, структура врачебной тайны, степень раскрытия информации адвокату, страховой компании; защита медицинских записей, конфиденциальность, пациент, несанкционированный доступ, конфиденциальная информация

Библиографическое описание: Шibaев Д.В. Правовой режим врачебной тайны как информационно-правового объекта // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 66–77.

JEL: K36; УДК: 341

История медицинской (врачебной) тайны изначально институирована в Древнем Риме, где медицину называли искусством молчания¹. Первые правила были сформулированы еще в Клятве Гиппократов: «Из того, что не следует когда-либо разглашать, я умолчу, считая подобные вещи тайной»². На современном этапе также можно говорить, что обеспечение неприкосновенности частной жизни является одним из ключевых условий полноценного и комфортного существования гражданина в обществе. Однако законодательное регулирование механизмов, ограждающих частную жизнь граждан от постороннего вмешательства, осложняется тем, что каждый человек сугубо индивидуально определяет то, какие стороны его жизни составляют его собственную личную тайну³. Впрочем, есть такие категории сведений, которые необходимо защищать от разглашения, которые законодательно закреплены и неоспоримы. Среди таковых следует назвать сведения, составляющие врачебную тайну.

Если коснуться исторического аспекта развития врачебной тайны, то можно выделить первый этап — дореволюционный период в России. В это время самостоятельного понятия врачебной тайны не существовало, и данный институт носил условный характер. В Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.⁴ предусматривалась обязанность врача «сообщать о всяком случае повальной и прилипчивой болезни, обнаруженной насильной смерти, в том числе и о самоубийстве, преждевременных родах, предполагаемых выкидышах». Устав врачебный 1857 г.⁵ говорил о ревматической лихорадке, злой кори, горячке. В данном случае при столкновении обязанности врача хранить тайну и обязанности дать показания в суде для установления истины, «свидетель заслонял собой врача». В советский период до Второй Мировой войны говорить об институте врачебной тайны не приходится.

После Второй Мировой войны весь мир узнал о страшных опытах нацистских врачей. Принятый в 1947 г. «Нюрнбергский кодекс»⁶, как приложение к Приговору Нюрнбергского международного военного трибунала — 10 этических правил проведения медицинских экспериментов на людях — является одним из первых в медицинской этике международных документов. С принятием Женевской декларации Всемирной медицинской ассоциации⁷ советские врачи снова начали давать клятву Гиппократов, в которой обещали хранить врачебную тайну. За полвека текст клятвы российских врачей менялся пять раз, но основные принципы, установленные еще в V в. до н.э., оставались неизменными. Однако только в конце XX века в России с принятием «Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан»⁸ в 1993 г. институт врачебной тайны нашел правовое закрепление.

¹ Смольняков А.И., Федоренко Е.Г. Врачебная этика. Киев: Здоров'я, 1982. С. 66.

² Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.: Юрид. лит., 1989. С. 25.

³ Дикарев И. С. Врачебная тайна в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. № 4 // СПС КонсультантПлюс.

⁴ URL: <http://www.history.ru/content/view/1114/87/> (дата обращения: 20.04.2015).

⁵ Пищита А.Н. Эволюция правового обеспечения здравоохранения в России // URL: <http://www.sovremennoepravo.ru> (дата обращения: 20.04.2015).

⁶ URL: <http://www.psychepravo.ru/law/int/nyurnbergskij-kodeks.htm> (дата обращения: 20.04.2015).

⁷ URL: <http://www.med-pravo.ru/Ethics/seventh.htm> (дата обращения: 20.04.2015).

⁸ Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан (утв. Верховным Советом 22.07.1993. № 5487-1) (ред. от 07.12.2011) // Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета России. 1993. № 33. Ст. 1318 (утратила силу).

Говоря о понятии врачебной тайны, можно отметить, что не сразу данная дефиниция была законодательно закреплена. В научной литературе встречаются понятия «врачебная тайна», «медицинская тайна». Сформированное законодателем в 1969 г. понятие «врачебная тайна» применялось без какого-либо раскрытия его этимологического происхождения, что характерно для советского периода, не содержащего в законодательных актах раздела понятийного аппарата. В советской науке гражданского права подход к этимологии данного понятия всегда был неоднозначен и в настоящее время по-прежнему представляет интерес⁹. Так, известный правовед, специалист в области уголовного процесса И.Л. Петрухин¹⁰ не разделял понятия «медицинская тайна» и «врачебная тайна» — оба термина в его научных трудах применялись без каких-либо существенных различий.

В то же время некоторые авторы¹¹ считают наиболее правильным говорить о «врачебной тайне», так как информацию пациент доверяет исключительно врачу. Другие же выступают сторонниками более корректного термина «медицинская тайна», так как субъектами рассматриваемой тайны, кроме врачей, являются и другие работники медицинских учреждений, которые при исполнении своих обязанностей могут стать обладателями сведений о больном и его болезни — фельдшеры, медсестры, санитары¹².

Конституция России в ст. 23 закрепляет право каждого на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайную¹³. Одним из видов тайн является врачебная тайна, регламентация которой содержится в Федеральном законе от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ «Об основах охраны здоровья»). Правовому режиму врачебной тайны до 1 января 2012 г. была посвящена ст. 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, утвержденная Верховным Советом России 22.07.1993 № 5487-1. На данный момент на смену ей пришла ст. 13 ФЗ «Об основах охраны здоровья».

Соблюдение врачебной тайны было включено в список принципов охраны здоровья (п. 9 ст. 4 ФЗ «Об основах охраны здоровья»). Важным отличием двух нормативно-правовых актов стало то, что была изменена формулировка соответствующего права пациента: от «сохранения в тайне» перешли к «защите сведений, составляющих врачебную тайну» (ст. 30 Основ 1993 г. и п. 7 ч. 5 ст. 19 ФЗ «Об основах охраны здоровья») для единообразного понятийного аппарата в законодательстве.

С 1 января 2012 г. под врачебной тайной понимают сведения о факте обращения гражданина за оказанием медицинской помощи, состоянии его здоровья и диагнозе, иные сведения, полученные при его медицинском обследовании и лечении¹⁴. В понятие «врачебная тайна» входят следующие сведения:

⁹ Павлов А.В. Этимология врачебной (медицинской) тайны // Медицинское право. 2015. № 3. С. 48–51.

¹⁰ Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.: Юрид. лит.-ра, 1989. С. 24–39.

¹¹ Малейн Н.С. О врачебной тайне // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 79–86.

¹² См. напр.: Смолькова И.В. Тайна: понятие, виды, правовая защита. Словарь-комментарий. М.: Луч, 1998. С. 13; Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М.: Юрид. лит., 1983. С. 131; Малейна М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М.: Пресс, 2001. С. 153; Рожнов А.А. Уголовно-правовая охрана профессиональной тайны: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С. 31.

¹³ Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных законами от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

¹⁴ Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 22.10.2014) // Российская газета. 2011. № 263.

- о факте обращения гражданина за оказанием медицинской помощи;
- о состоянии его здоровья;
- о диагнозе;

иные сведения, полученные при его медицинском обследовании и лечении.

Признавая право каждого на тайну частной жизни и устанавливая конфиденциальность сведений, составляющих врачебную тайну, законодатель закрепляет конфиденциальность таких сведений. ФЗ «Об основах охраны здоровья» запрещает разглашать врачебную тайну лицам, которым она стала известна при обучении, исполнении трудовых, должностных, служебных и иных обязанностей. Предоставление информации о состоянии здоровья пациента по общему правилу допускается только с его письменного согласия или с письменного согласия его законного представителя. Необходимо указать, что обязанность хранить медицинскую тайну действует бессрочно¹⁵.

Несмотря на бесспорную значимость врачебной тайны, этот институт нельзя абсолютизировать. Права личности могут быть ограничены с учетом интересов в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны, безопасности государства. Но такие ограничения, как следует из ст. 55 Конституции Российской Федерации, возможны только в соответствии с федеральным законом. ФЗ «Об основах охраны здоровья» содержит перечень оснований, по которым разглашения врачебной тайны возможно без согласия пациента. Исходя из положений Конституции, такой перечень следует рассматривать как закрытый и не подлежащий расширительному толкованию.

В ч. 4 ст. 13 ФЗ «Об основах охраны здоровья» перечислены случаи, когда сведения, составляющие врачебную тайну, предоставляются без согласия гражданина или его законного представителя. Данный перечень постоянно претерпевает изменения. Это вызвано тем, что круг субъектов, которые могут запрашивать такую информацию, растет. Помимо названных случаев, отдельными федеральными законами урегулированы ситуации, когда согласия не требуется: например, в Федеральном законе от 02.07.2013 № 197-ФЗ¹⁶ установлено, что информация о состоянии здоровья пациента может быть предоставлена без его согласия по запросу органов опеки и попечительства в целях подтверждения наличия или отсутствия заболеваний, представляющих опасность для окружающих, у лиц, с которыми гражданин, выразивший желание стать усыновителем, опекуном, попечителем или приемным родителем, совместно проживает в жилом помещении.

Зачастую возникают ситуации, когда ФЗ «Об основах охраны здоровья» вступает в противоречие с иными законодательными актами, что приводит к различиям в правоприменительной практике. В частности, остается открытым вопрос, имеет ли право адвокат в силу своего статуса получать сведения о состоянии здоровья лица, не имея на то согласия самого пациента?

В силу ч. 1 ст. 2 Федерального закона от 31.05.2002 № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹⁷ (далее — ФЗ «Об адвокатской деятельно-

¹⁵ Фатьянов А.А. Правовое обеспечение безопасности информации в Российской Федерации. М.: Юрист, 2001. С. 316.

¹⁶ Федеральный закон от 23.07.2013 № 197-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // СЗ РФ. 2013. № 30 (Ч. I). Ст. 4030.

¹⁷ Федеральный закон от 31.05.2002 № 63-ФЗ (ред. от 02.07.2013) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Российская газета. 2002. № 100.

сти») адвокатом является лицо, получившее в установленном настоящим Федеральным законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность. Адвокат является независимым профессиональным советником по правовым вопросам.

Оказывая юридическую помощь, адвокат, в том числе представляет интересы доверителя в органах государственной власти, органах местного самоуправления, общественных объединениях и иных организациях.

Согласно п. 1 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности», адвокат вправе собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций. Указанные органы и организации в порядке, установленном законодательством, обязаны выдать адвокату запрошенные им документы или их заверенные копии не позднее чем в месячный срок со дня получения запроса адвоката. Ответы на запросы адвокатов выдаются в порядке, установленном законодательством. Следовательно, при получении адвокатского запроса о предоставлении сведений, составляющих врачебную тайну, медицинская организация обязана в первую очередь руководствоваться ФЗ «Об основах охраны здоровья», а не ФЗ «Об адвокатской деятельности».

В ст. 13 ФЗ «Об основах охраны здоровья» адвокат не назван среди лиц, имеющих право на получение информации о состоянии здоровья пациента. Следовательно, врачебная тайна не может быть разглашена адвокату только в силу статуса последнего. Таким образом, право на получение таких сведений должно быть прямо предусмотрено в доверенности, выданной адвокату. Системное толкование действующего законодательства позволяет сделать вывод, что статус адвоката не предоставляет лицу право получать сведения, составляющие врачебную тайну, без согласия пациента. К аналогичным выводам пришли и высшие судебные инстанции. Например, в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за III квартал 2005 года указано¹⁸, что, поскольку в действующем законодательстве адвокат не назван в числе субъектов, которым могут быть предоставлены сведения, составляющие врачебную тайну, указанная информация ему предоставлена быть не может.

Необходимо отдельно остановиться на ситуации, когда адвокат является защитником лица в рамках уголовного процесса. В соответствии со ст. 53 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) с момента допуска к участию в уголовном деле защитник вправе собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи. Правовая регламентация сбора защитником доказательств содержится в ст. 86 УПК РФ, согласно которой защитник вправе собирать доказательства путем:

- 1) получения предметов, документов и иных сведений;
- 2) опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

В отличие от ФЗ «Об адвокатской деятельности», УПК РФ не содержит оговорки, что истребование защитником справок и документов от организаций должно происходить в порядке, установленном законодательством. Следовательно, можно сделать вывод, что полномочия адвоката в уголовном процессе в качестве защитника шире, нежели в иных случаях.

¹⁸ Справочная информация: «Правовой календарь на III квартал 2005 года». (Материал подготовлен специалистами КонсультантПлюс.)

Однако судебная практика подобных различий не делает. Рассмотрим Апелляционное определение Ярославского областного суда от 14 июня 2012 г. по делу № 33-2994¹⁹. Адвокат обратился в суд с жалобой о признании незаконным решения начальника следственного изолятора об отказе в предоставлении сведений о состоянии здоровья содержащейся под стражей М., о возложении обязанности устранить нарушение прав и свобод М. Отказ был мотивирован тем, что ст. 61 ФЗ «Об основах охраны здоровья» адвокату не предоставлено право запрашивать сведения, составляющие врачебную тайну.

Суд первой инстанции позицию адвоката поддержал, заявленное требование удовлетворил в полном объеме. Однако суд апелляционной инстанции пришел к иным выводам. Суд указал, что в соответствии с пп. 5 п. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности» адвокат может беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине, в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в том числе в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности, из чего следует, что заявитель не был ограничен в возможности разрешения вопроса о даче подзащитной письменного согласия на представление сведений о ее состоянии здоровья.

Интересную практику анализирует В.Г. Куранов²⁰. В частности, вопрос о допуске адвоката к сведениям, составляющим врачебную тайну, был предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации (Определение от 19 июня 2007 г. № 483-О-О)²¹. Гражданин А.А. Суханов в своей жалобе в Конституционный Суд оспаривает конституционность п. 3 ч. 4 ст. 61 «Врачебная тайна» Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан, согласно которому предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя допускается лишь в строго определенных случаях, в том числе по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством (необходимо указать, что в действующем законе «Об основах охраны здоровья» аналогичное положение закреплено в пп. 3 п. 4. ст. 13).

Как следует из жалобы, адвокат А.А. Суханов обратился в органы здравоохранения с просьбой об информации относительно медицинской помощи гражданке З., чьи интересы он представляет в качестве защитника по ее уголовному делу, поскольку такая информация, по его мнению, могла иметь доказательственное значение при разрешении данного дела. В этой просьбе ему было отказано со ссылкой на ст. 61 ФЗ «Об основах охраны здоровья».

Высшая судебная инстанция России, выявив конституционно-правовой смысл рассматриваемой нормы, указала, что закрепление в ст. 61 Основ законодательства об охране здоровья граждан особого правового режима информации, содержащей врачебную тайну, и специального порядка ее предоставления (в том числе путем ее истребования органами дознания, предварительного следствия, прокурором или судом по собственной инициативе либо по ходатайству сторон) не исключает возможности получения данной информации как непосредственно самим гражданином, которого она касается, так и его представителем (защитником). Предоставление указанным лицам такой возможности обеспечивается положениями не только статьи 61 ФЗ «Об основах охраны здоровья», но и статьи 31.

¹⁹ Апелляционное определение Ярославского областного суда от 14 июня 2012 г. по делу № 33-2994 // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Куранов В.Г. К вопросу о совершенствовании правового регулирования института врачебной тайны // Медицинское право. 2014. № 2. С. 34–38.

²¹ Определение Конституционного суда от 19 июня 2007 г. № 483-О-О // СПС КонсультантПлюс.

Аналогичное решение было принято также апелляционной инстанцией — судебной коллегией по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда Санкт-Петербурга от 17 сентября 2013 г. по делу № 33-12992/2013 — и рядом других судов, что подтверждает достаточную однородность практики обжалования действий адвоката по получению информации, содержащей врачебную тайну²².

Подводя итог, можно сделать вывод, что в Российской Федерации сложилась судебная практика, подтверждающая положения законодательства, согласно которым адвокат вправе истребовать информацию о состоянии здоровья гражданина только с письменного согласия последнего. На наш взгляд, целесообразно прописать в законе отдельное положение, согласно которому адвокат имел бы право на получение информации, составляющей врачебную тайну, на основании только своего статуса. Во избежание разночтений при определении полномочий адвоката представляется целесообразным внести дополнение в ФЗ «Об адвокатской деятельности», устанавливающее возможность получения адвокатом сведений о состоянии здоровья гражданина только при наличии соответствующего полномочия, оговоренного в доверенности. В.Г. Куранов в указанной выше работе предлагает дополнить ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности» пунктом 1.1 следующего содержания: «... получать сведения, составляющие врачебную тайну только в случае наличия соответствующего полномочия в доверенности, выданной в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Также считаем необходимым уточнить норму УПК о собирании доказательств защитником, дополнив п. 3 ч. 3 ст. 86 словосочетанием «в порядке, установленном действующим законодательством».

Если обратиться к статистике²³, то можно привести пример, согласно которому 99% из 500 опрошенных адвокатов пояснили, что в предоставлении информации о состоянии здоровья пациентов учреждений здравоохранения им было отказано, причем 76% запросов касались состояния здоровья подзащитных этих самых адвокатов. При этом в 21% случаев адвокатам предлагалось приложить к своему запросу нотариально удостоверенную доверенность их подзащитного на запрос информации об их состоянии здоровья как обязательное условие выдачи такой информации. Кроме того, во всех случаях отказы были основаны, в частности, на положениях п. 3 ч. 4 ФЗ «Об основах охраны здоровья», согласно которым представление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя допускается по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством.

Не менее спорным вопросом является получение сведений, составляющих врачебную тайну страховыми медицинскими организациями. Как следует из ст. 38 Федерального закона «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»²⁴,

²² Апелляционное определение СК по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда г. Санкт-Петербург от 17 сентября 2013 г. по делу № 33-12992/2013 // СПС Гарант.

²³ Рагулин А.В. Некоторые проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на получение ответа на запросы // Юридический мир. 2012. № 8. С. 14–18. Автор исследует проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения права адвоката на сбор сведений, необходимых для оказания квалифицированной юридической помощи» (подготовлен Минюстом России, текст по состоянию на 15.10.2014 // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?base=PRJ;frame=15;n=124287;req=doc> (дата обращения: 20.04.2015).

²⁴ Федеральный закон от 29.11.2010 № 326-ФЗ (ред. от 01.12.2014) «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2015) // Российская газета. 2010. № 274.

договор на оказание и оплату медицинской помощи по обязательному медицинскому страхованию заключается между медицинской организацией и страховой медицинской организацией. При этом такой договор должен содержать указание на обязанность медицинской организации предоставлять страховой медицинской организации сведения о застрахованном лице и об оказанной ему медицинской помощи. На законодательном уровне определен порядок организации и проведения контроля объемов, сроков, качества и условий медицинской помощи.

Проблема возникает тогда, когда запрос страховой организации касается, например, умершего пациента, заключившего договор страхования жизни и здоровья. Подобные договоры зачастую заключаются при получении гражданином кредита в банке.

Закон от 27.11.1992 № 4015-1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» устанавливает, что организации и индивидуальные предприниматели обязаны предоставлять страховщикам по их запросам документы и заключения, связанные с наступлением страхового случая и необходимые для решения вопроса о страховой выплате, в соответствии с законодательством России. При этом страховая организация вправе запрашивать сведения о состоянии здоровья застрахованного только если имеется согласие самого гражданина, выраженное в письменной форме.

Исследуя положения Федерального закона от 24.06.1999 № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», видим, что похожая проблема возникает у Комиссии по делам несовершеннолетних. В практике может возникнуть необходимость передачи больницей сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия пациента органу социальной защиты населения или в Комиссию по делам несовершеннолетних и защите их прав, если, например, медицинскому учреждению становится известно об опасном диагнозе пациента, состоящего на учете в этих органах, в том числе диагнозе, угрожающем здоровью его будущего ребенка. Названные органы играют важную социальную роль, тесно связаны с семьей и от них может многое зависеть. Несмотря на это, ни прежний, ни новый закон, закрепляющий правовые основания охраны здоровья граждан не предоставили им исключительных полномочий на получение сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия пациента (его законного представителя).

В научной литературе часто возникает вопрос: можно ли «наследовать» врачебную тайну по завещанию? Мнения разделились. Например, А.А.Мохов²⁵ утверждает, что такая ситуация возможна. Он предлагает в ФЗ «Об основах охраны здоровья...» внести дополнительную статью: «Гражданин и его законные представители имеют право на защиту медицинской тайны способами и в порядке, установленном действующим законодательством. Право на получение информации о факте обращения, диагнозе, здоровье гражданина, право на их защиту, а также отказ от сохранения в тайне этих сведений после смерти переходит к его наследникам, если иное не указано в завещании». В подтверждение своей точки зрения он проводит аналогию с институтом авторского права. Мы же считаем, что «наследование» врачебной тайны недопустимо. Что же касается аналогии с авторским правом, то данное сравнение некорректно, поскольку авторские права возникают в процессе интеллектуальной деятельности человека. Врачебная тайна же неразрывно связана с человеком, она не может быть «предметом собственности» и тем более объектом передачи по наследству.

²⁵ Мохов А.А. Правомочия наследников на получение, использование и защиту сведений, составляющих медицинскую тайну наследодателя // Медицинское право. 2007. № 1. С. 24.

Раскрыв некоторые проблемы регулирования института врачебной тайны, хотелось бы коротко остановиться на том, что может повлечь за собой разглашение таких сведений. За нарушение режима врачебной тайны по настоящему законодательству возможна уголовная, гражданская, дисциплинарная ответственность.

Принимая Уголовный кодекс России, законодатель объединил данное преступление с иными противоправными действиями, в результате чего предусмотрел уголовную ответственность за разглашение врачебной тайны в ст. 137 «Нарушение неприкосновенности частной жизни». Так, согласно ч. 1 ст. 137 противоправными действиями являются «незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации».

В нашем случае чаще всего будет применяться ч. 2 ст. 137, которая предусматривает уголовную ответственность за «те же деяния, совершенные лицом с использованием своего служебного положения». Анализируя санкцию данной статьи, можно прийти к выводу, что устанавливая наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, законодатель говорит о профессиональной непригодности работника, разгласившего личную информацию, в нашем случае — врачебную тайну пациента.

Более мягкой формой ответственности является административная ответственность, которая предусмотрена ст. 13.14 Кодекса об административных правонарушениях «Разглашение информации с ограниченным доступом». Законодатель и здесь приравнивает ответственность за разглашение врачебной тайны к разглашению закрытой информации вообще. Разглашение информации, доступ к которой ограничен федеральным законом, лицом, получившим доступ к такой информации в связи с исполнением служебных или профессиональных обязанностей, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 500 до 1 тыс. руб., на должностных лиц — от 4 тыс. до 5 тыс. руб.

Существует также дисциплинарная ответственность медицинских работников за допущенные ими нарушения, в том числе и в части разглашения врачебной тайны. Она предусмотрена Трудовым кодексом Российской Федерации (ст. 192) и предусматривает три вида взыскания, налагаемых на работников за совершение дисциплинарного проступка, т.е. неисполнение или ненадлежащее исполнение по вине работника возложенных на него трудовых обязанностей: замечание, выговор и увольнение по соответствующим основаниям. Однако привлечение к любому из вышеописанных видов ответственности не освобождает виновного от обязанности возместить пострадавшему причиненный вред.

В гражданском законодательстве понятие врачебной тайны включается в понятие личной тайны. Согласно ст. 150 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) жизнь и здоровье, достоинство личности, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, иные личные неимущественные права и другие нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, неотчуждаемы и непередаваемы иным способом. Согласно ст. 151 ГК, если гражданину причинен моральный вред (физические или нравственные страдания) действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, суд может возложить на нарушителя обязанность

денежной компенсации указанного вреда. И.Н. Соловьев²⁶ справедливо указывает на Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1994 г. № 10 «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда»²⁷, в котором прямо установлено, что моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с раскрытием врачебной тайны.

В данном случае следует помнить, что согласно ст. 1068 ГК РФ юридическое лицо возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей, т.е. денежную компенсацию пациенту будет выплачивать не причинитель вреда, а организация, в которой он работает.

Таким образом, ответственность за нарушение врачебной тайны несет как непосредственно лицо, допустившее подобное нарушение (дисциплинарная, административная или уголовная ответственность), так и само медицинское учреждение (гражданско-правовая ответственность).

Учитывая вышеизложенное, необходимо подчеркнуть, что руководители медицинских учреждений должны помнить о необходимости сохранения врачебной тайны и об основаниях, дающих законное право на ее разглашение, а также доводить эту информацию до сведения всех подчиненных им сотрудников (от врачей-специалистов до регистраторов). Сохранение врачебной тайны является правовой обязанностью и моральным долгом каждого работника медицинского учреждения.



Библиография

- Дикарев И. С. Врачебная тайна в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2009. № 4 // СПС КонсультантПлюс.
- Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М.: Юрид. лит., 1983. 160 с.
- Куранов В.Г. К вопросу о совершенствовании правового регулирования института врачебной тайны // Медицинское право. 2014. № 2. С. 34–38.
- Малеин Н.С. О врачебной тайне // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 79–86.
- Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М.: Пресс, 2001. 244 с.
- Мохов А.А. Правомочия наследников на получение, использование и защиту сведений, составляющих медицинскую тайну наследодателя // Медицинское право. 2007. № 1. С. 23–29.
- Павлов А.В. Этимология врачебной (медицинской) тайны // Медицинское право. 2015. № 3. С. 48–51.
- Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М., Юрид. лит., 1989. 192 с.
- Пицита А.Н. Эволюция правового обеспечения здравоохранения в России // URL: <http://www.sovremennoppravovo.ru> (дата обращения: 20.04.2015).
- Рагулин А.В. Некоторые проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на получение ответа на запросы // Юридический мир. 2012. № 8. С. 14–18.
- Рожнов А.А. Уголовно-правовая охрана профессиональной тайны: Дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002. С.30.
- Смолькова И.В. Тайна: понятие, виды, правовая защита: юридическая терминология. Словарь-комментарий. М.: Луч, 1998. 79 с.

²⁶ Соловьев И.Н. Основания доступа к врачебной тайне скорректированы // Российский следователь. 2014. № 6. С. 44–47.

²⁷ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20.12.1994 № 10 (ред. от 06.02.2007) «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» // Российская газета. 1995. № 29.

Смольняков А.И., Федоренко Е.Г. Врачебная этика. Киев, Здоров'я, 1982. 96 с.

Соловьев И.Н. Основания доступа к врачебной тайне скорректированы // Российский следователь. 2014. № 6. С. 44–47.

Фатьянов А.А. Правовое обеспечение безопасности информации в Российской Федерации: Учебное пособие. М.: Юрист, 2001. 412 с.

Legal Mode of Medical Information Privacy



Dmitry V. Shibaev

Head, the Department of Socio-Legal Disciplines, North-Western Institute (Branch) of Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 32 Mira Str., Vologda, 160001, Russian Federation. E-mail: 013600@inbox.ru



Abstract

The article is devoted to the information and legal issues of ensuring patient's confidentiality and providing necessary conditions — legal and moral- to restrict the access of unauthorized persons to patient's health data. The historiographical analysis has been made concerning the development of the legislation i.e. the Penal Code, the Nuremberg Code, the Geneva Declaration, etc. in the sphere of medical privacy. The author has compared their legal characteristics with the current legislation. Besides, the author describes the legal features of doctor's confident data, its correlation and difference from medical privacy. The article gives a comparative legal analysis of existing legal acts regulating confidentiality of medical data. At the same time, it is pointed out that medical confidentiality is not absolute. There are grounds established by the legislation to receive this information upon request without patient's consent. In fact, there are cases when the *Law On Health Protection of the Citizens in the Russian Federation* conflicts with other laws, that produces results in the form of discrepancies as to the administration of laws. Such situations are studied by the author on the materials of case practice especially appeals due to non-providing confidential medical information to the lawyer of the client. The paper examines the grounds to get such information forcibly by a third party for the purposes of some professional activities, i.e. a lawyer, an insurance company, members of the commissions dealing with minors and protecting their rights. Based on the analysis of practice and comparative legal study of the current legislation some proposals have been worked out to amend some legal acts, in particular, the Federal Law *On Lawyers* and the Criminal Procedure Code of the Russian Federation. The point for discussion in the paper is presented by the criteria and legality to inherit medical information. The author draws the analogy between the principle of inheritance and copyright, and raises the issue of its legal consistency, giving reasons for his case. The aspects of criminal, administrative, civil and disciplinary responsibility for violation of legislation by officials in the field of medical privacy have also been touched upon.



Keywords

medical privacy, structure of health data, degree of disclosure to a lawyer, insurance company, security of medical records, confidentiality, patient, unauthorized access, sensitive information.

Citation: Shibaev D.V. (2015) Legal Mode of Medical Information Privacy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 66–77 (in Russian).



References

Dikarev I. (2009) Vrachebnaya tayna v ugovnom sudoproizvodstve [Medical Privacy in Criminal Trial]. *Rossiyskaya yusitziya*, no 4 // SPS Consultant Plus.

Krasavchikova L.O. (1983) *Lichnaya zhizn' pod okhranoy zakona* [Private Life under Protection of Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 160 p. (in Russian)

Kuranov V.G. (2014) K voprosu o sovershenstvovanii pravovogo regulirovaniya instituta vrachebnoy tayny [On the Issue of Improving Legal Regulation of Medical Privacy]. *Meditinskoye pravo*, no 2, pp. 34–38.

- Malein N.S. (1981) O vrachebnoy tayne [Medical Privacy]. *Sovetskoye gosudarstvo i pravo*, no 8, pp. 79–86.
- Maleina M.N. (2001) *Neimushchestvennyye prava grazhdan: ponyatiye, osuschestvleniye, zashchita* [Non-proprietary Rights of Citizens: Concept, Implementation, Protection]. Moscow: Press, 244 p. (in Russian).
- Mokhov A. A. (2007) *Pravomochiya naslednikov na poluchenie, ispolzovanie i zashchitu svedeniy, sostavlyayushchih meditsinskuyu tainu nasledotatelya* [The Powers of Heirs to Collect, Use and Protect the Information Constituting the Medical Privacy of a Testator]. *Meditsinskoye pravo*, no.1, 24, pp. 23–29.
- Pavlov A.V. (2015) Etimologiya meditsinskoy (vrachebnoy) tayny [Etymology of Medical Privacy]. *Meditsinskoye pravo*, no 3, pp. 48–51.
- Petruhin I.L. (1989) *Lichnaya zhizn': predely vmeshatel'stva* [Personal Life: the Limits of Intervention]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 192 p. (in Russian)
- Pishchita A.N. *Evolutsiya pravovogo obespecheniya zdorooohraneniya v Rossii* [Evolution of Legal Support of Health Service in Russia]. Available at: <http://www.sovremennoepravo.ru> (accessed: 20. 04. 2015).
- Ragulin A.V. (2012) Nekotorye problem reglamentatsii i prakticheskoy realizatsii prava advokata-zashchitnika na polucheniye otveta na zaprosy [Some Problems of Regulation and Implementation of Defense Counsel's Right to Get Information to Queries]. *Yuridicheskyy mir*, no 8, pp. 14–18.
- Rozhnov A.A. (2002) *Ugolovno-pravovaya ochrana professionalnoy tainy*. (Diss. Kand. Jurid. Nauk) [Criminal-Law Protection of Professional Privacy (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Kazan, p. 30.
- Smolkova I.V. (1998) *Taina: poniatie, vidy, pravovaya zashchita: yuridicheskiy terminologicheskiy slovar'-kommentariy* [Confidentiality: Concept, Types, Legal Protection: Legal Terminological Dictionary-Commentary]. Moscow: Luch, 79 p. (in Russian)
- Smolnyakov A.I., Fedorenko E.G. (1982) *Vrachebnaya etika* [Medical Ethics]. Kiev: Zdorov'ye, 96 p. (in Russian)
- Solovyov I.N. (2014) Osnovaniya dostupa k lechebnoy tayne skorrektirovaniy [Grounds for Access to Patient's Confidentiality Adjusted]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 6, pp. 44–47.
- Fatyanov A.A. (2001) *Pravovoye obespecheniye bezopasnosti informatsii v Rossiyskoy Federatsii* [Legal Maintenance of Information Security in the Russian Federation]. Moscow: Yurist, 412 p. (in Russian)

Международно-правовое регулирование транспортно-логистического взаимодействия государств в рамках ШОС



М.Г. Шилина

аспирантка кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mary.shilina@gmail.com



Аннотация

В статье рассматриваются актуальные правовые вопросы межгосударственного экономического взаимодействия в рамках евразийских механизмов экономического сотрудничества и интеграции. Исследуются международно-правовые аспекты сотрудничества государств-членов Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) в транспортно-логистической сфере. Значимость создания транспортной инфраструктуры в рамках данной международной организации обусловливается функционированием и динамичным развитием ШОС в сложных геополитических и геоэкономических реалиях. Автор исследует основные международно-правовые документы ШОС, касающиеся сферы транспорта; анализирует новейший эмпирический материал по данной тематике. Выявляются особенности и недостатки в правовом регулировании транспортно-логистической деятельности на пространстве ШОС. Автор, рассматривая проблему сопряжения современных евразийских механизмов межгосударственного взаимодействия с точки зрения создания и развития транспортной инфраструктуры, заключает, что в рамках ШОС могут эффективно реализовываться новейшие транспортные инициативы Китая и России. Сопряжение таких евразийских интеграционных проектов, как Евразийский экономический союз (ЕАЭС) и «Экономический пояс Великого шелкового пути» (ЭПВШП) с помощью ШОС как институционально оформленной международной организации и эффективной площадки для выработки согласованных решений, представляется оптимальным. Совмещение данных механизмов в перспективе позволит создать новую модель экономического сотрудничества. Основой практической реализации сопряжения евразийских интеграционных механизмов видится строительство и модернизация трансконтинентальных транспортных магистралей. Автор рассматривает механизмы международно-правового регулирования железнодорожного транспорта в рамках ШОС; в статье впервые выявляются основные препятствия и даются рекомендации для эффективного функционирования железнодорожного сообщения. Также исследуется международно-правовое регулирование автомобильного сообщения на пространстве ШОС. Изучается существующая на сегодняшний день правовая база международных автомобильных перевозок, проводится анализ Соглашения между правительствами государств-членов ШОС о создании благоприятных условий для международных автомобильных перевозок. В результате исследования автор приходит к выводу, что разработанное в рамках ШОС международно-правовое регулирование межгосударственного взаимодействия в транспортно-логистической сфере позволяет эффективно развивать современную транспортную инфраструктуру, формирование которой влечет интенсификацию сотрудничества государств-членов ШОС в иных областях и будет способствовать развитию экономической интеграции государств евразийского континента.



Ключевые слова

международное право, международные организации, Россия, Китайская Народная Республика, экономическое сотрудничество, Шанхайская организация сотрудничества (ШОС), «Экономический пояс Великого шелкового пути».

Библиографическое описание: Шилина М.Г. Международно-правовое регулирование транспортно-логистического взаимодействия государств в рамках ШОС // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 78–87.

JEL: K33; УДК: 341

Экономическое сотрудничество государств-членов Шанхайской организации сотрудничества (далее — ШОС) на современном этапе претерпевает значительные изменения и стремительно развивается. Наиболее разработанным и перспективным направлением является взаимодействие в транспортно-логистической сфере. Формирование устойчивого транспортного сообщения обеспечивает развитие иных направлений экономического сотрудничества государств-членов Организации¹, влечет создание благоприятных условий для устойчивого развития большинства евроазиатских государств. Организационная и институциональная структура ШОС создает возможности для развития кооперации государств и создания действенной транспортно-логистической инфраструктуры Евразии.

Новейшие реалии показывают, что государства-члены ШОС уделяют большое внимание транспортной сфере; именно в данной области существуют взаимные интересы и возможна дальнейшая интенсификация партнерства. Китай обладает значительным ресурсным потенциалом, Россия имеет значительную территорию — данная взаимодополняемость видится позитивным фактором. По мнению деловых кругов государств ШОС, транспорт является приоритетным направлением взаимодействия государств-членов Организации и «именно современная инфраструктура способна стать ключом к реализации многих деловых проектов, масштабных инициатив по созданию передовых производств и качественных рабочих мест»².

Основополагающие документы ШОС закрепляют важнейшую роль транспортно-логистического взаимодействия между государствами ШОС. Так, статья 3 *Хартии ШОС*³ определяет «эффективное использование имеющейся инфраструктуры в области транспорта и коммуникаций, совершенствование транзитного потенциала государств-членов, развитие энергетических систем» в качестве одного из основных направлений сотрудничества.

Ключевым нормативно-правовым документом является *Программа многостороннего торгово-экономического сотрудничества государств-членов ШОС*⁴, закрепляющая, что для достижения целей организации государствами осуществляется «сотрудничество по использованию и дальнейшему развитию имеющейся инфраструктуры в области транспортных коммуникаций и связи». Программа относит сотрудничество в сфере транспорта к числу приоритетных направлений. В связи с этим изучаются возможности сотрудничества в области использования транспортной инфраструктуры и проведения модернизации транспортных систем, необходимых для формирования и функционирования рынка транспортных и экспедиторских услуг на территориях государств-членов ШОС; совместного использования транзитного потенциала; сотрудничества во внедре-

¹ Общая территория государств-членов составляет 30,2 млн. км², т.е. 60% территории континента.

² Седьмое Совещание министров транспорта государств-членов ШОС // URL: <http://sco-russia.ru/news/20150515/1013389171.html> (дата обращения: 10.06.2015).

³ Хартия Шанхайской организации сотрудничества / Материалы конгресса ШОС 07.06.2002, Санкт-Петербург.

⁴ Программа многостороннего торгово-экономического сотрудничества государств-членов Шанхайской организации сотрудничества. Материалы конгресса ШОС. 23.09. 2003.

нии высоких информационных и телекоммуникационных технологий и совершенствовании соответствующей инфраструктуры.

В рамках ШОС на основе уже существующих правовых документов успешно осуществляются мероприятия по повышению взаимосвязанности различных видов транспорта для действенного и безопасного передвижения людей и товаров между государствами-членами ШОС при одновременном улучшении охраны природных ресурсов и снижении вредного воздействия на окружающую среду.

Новейшим проектом, затрагивающим деятельность организации, является *Совместное заявление от 8 мая 2015 г. «О сотрудничестве по сопряжению строительства Евразийского экономического союза (ЕАЭС) и экономического пояса проекта «Шелковый путь» (ЭПВП)»*⁵. Данная инициатива предполагает формирование единого евроазиатского торгового-экономического пространства и трансконтинентального транспортного коридора. Предусматривается строительство трех железнодорожных коридоров (северного, проходящего через территорию России, центрального и южного), которые впоследствии станут основой развития других видов транспорта, в том числе автомобильного. На основе этого документа будет строиться взаимодействие во многих проектах, например, в строительстве высокоскоростной железнодорожной магистрали «Москва–Казань»⁶, которая включена в проект Евразийского высокоскоростного транспортного коридора «Москва–Пекин»⁷.

Для государств-членов ЕАЭС объем торгового оборота и, следовательно, грузовых перевозок (характеризующихся быстрыми темпами роста: к 2020 г. общий объем перевозки может достигнуть 490 млн. тонн, что в 4 раза выше показателей 2000 г.), развитие транспортной инфраструктуры⁸ являются ключевыми сферами, обуславливающими углубление экономической интеграции⁹. В настоящее время транспортный аспект взаимодействия в ЕАЭС, по мнению экспертов, является наиболее проблемным, что вызвано отсутствием общей транспортной стратегии и плана развития инфраструктуры, основанной на соблюдении интересов всех участников Союза¹⁰.

В свете этого актуально создание структуры такого взаимодействия, в которой ШОС будет играть центральную связующую роль «евразийского моста»¹¹. ШОС — огромное пространство и значительный ресурсный потенциал, институционально оформленная

⁵ Совместное заявление Российской Федерации и КНР о сотрудничестве по сопряжению строительства Евразийского экономического союза и Экономического пояса Шелкового пути. 08.05.2015 // URL: <http://kremlin.ru/supplement/4971> (дата обращения: 10.06.2015).

⁶ Россия и Китай договорились о «состыковке» проектов ЕАЭС и «Шелковый путь» // URL: <http://tass.ru/ekonomika/1956881> (дата обращения: 10.06.2015).

⁷ Министерство транспорта России, РЖД, Госкомитет КНР по развитию и реформе, а также корпорация «Китайские железные дороги» в октябре 2014 г. подписали Меморандум о взаимопонимании в области высокоскоростного железнодорожного сообщения. Цель документа — разработать проект Евразийского высокоскоростного транспортного коридора Москва-Пекин, включающего магистраль Москва-Казань. См.: Китай построит через Казахстан железную дорогу из Пекина в Москву // URL: <http://bc-sco.org/?level=10&id=1890&lng=ru> (дата обращения: 10.06.2015).

⁸ Транзитный потенциал ЕАЭС составляет 220 млн. тонн. К 2020 г. возможно достижение 400 млн. тонн. Отметим, что для перевозки таких объемов грузов необходима модернизация транспортной инфраструктуры региона.

⁹ Винокуров Е.Ю., Джадралиев М.А., Щербанин Ю.А. Международные транспортные коридоры ЕвразЭС: быстрее, дешевле, больше / Отраслевой обзор. Евразийский банк развития. М.: ЕБР, 2009. С. 8.

¹⁰ Евстафьев Д., Привалов К. Евразия: новые горизонты интеграции. Экономический очерк. М., 2015.

¹¹ Российско-китайский диалог: модель 2015: доклад № 18/2015 / Лузянин С.Г., Чжао Х., Иванов И.С. Российский совет по международным делам. М.: Спецкнига, 2015. С. 11.

международная организация, способная стать действенной платформой для выработки и реализации согласованных решений, формирования долговременной евразийской политики. В рамках организации действуют эффективные механизмы координации и взаимодействия государств-членов, которые могут способствовать принятию единых решений по важнейшим вопросам развития. Включение вопросов совместного функционирования данных проектов в повестку дня организации будет способствовать дальнейшей активизации экономической компоненты самой ШОС¹².

По нашему мнению, ШОС уже на данном этапе может стать эффективной организационной основой сопряжения и способствовать воплощению идеи создания «Сообщества Большой Евразии». Эксперты¹³ также не исключают возможность трансформации ШОС в одну из центральных в новом Сообществе. Однако для этого необходимо «насыщать» ШОС конкретными проектами и опытом сотрудничества.

Практической основой реализации концепции сопряжения ЕАЭС и ЭПВШП с помощью ШОС видится строительство и развитие транспортно-логистических путей, соединяющих пространства и экономики государств организации и других государств континента. При этом отметим, что идеи создания общей транспортной системы ШОС, строительство которой было провозглашено приоритетной задачей, пока не в полной мере систематизированы и не нашли должного практического воплощения.

Чтобы в должной степени проанализировать существующий потенциал ШОС в транспортно-логистической области, рассмотрим рейтинг логистической инфраструктуры Всемирного банка¹⁴, который публикуется на основе опросов деятелей логистического бизнеса из 155 стран мира каждые два года. Составляется рейтинг на основе шести показателей: таможенные процедуры, транспортная инфраструктура, логистические услуги, возможность проследить передвижение грузов, своевременность доставки и трудности в организации международных перевозок. Согласно индексу логистики 2014 г. рейтинг государств-членов ШОС следующий: Китай — 28 (в 2012 г. — 26 место), Казахстан — 88 (в 2012 г. — 86), Россия — 90 (в 2012 г. — 95), Узбекистан — 129 (в 2012 г. — 117), Киргизстан — 149 (в 2012 г. — 130), Таджикистан — 114 (в 2012 г. — 136)¹⁵. Таким образом, несмотря на интенсивное межгосударственное сотрудничество в анализируемой области, государства-члены ШОС, помимо Китая, пока не достигли должного уровня развития логистической инфраструктуры (особенно низкая оценка странам региона дается по такому показателю, как таможенные процедуры). При этом Россия, Киргизстан и Таджикистан имеют тенденцию к постепенному улучшению показателей и поднялись в рейтинге. Осуществление концепции ЭПВШП, использование созданного для его реализации Фонда, строительство современных магистралей положительно скажутся на транспортно-логистической инфраструктуре государств ШОС. Также повышению показателей будут способствовать, в частности, электронный документооборот и современная логистика таможенных пунктов.

¹² Шилина М.Г. Новейшие механизмы экономического взаимодействия России и Китая: Шанхайская организация сотрудничества и «Экономический пояс Великого шелкового пути» // Бизнес. Общество. Власть. 2015. № 22. С. 1–14 // URL: <http://www.hse.ru/mag/27364712/2015--22/148967474.html> (дата обращения: 10.06.2015).

¹³ Китайский ветер дует в наши паруса. Китай и Россия создают новое сообщество — Большую Евразию // URL: <http://www.rg.ru/2015/05/31/evrazia-site.html> (дата обращения: 10.06.2015).

¹⁴ The 2014 Logistics Performance Index / The World Bank // URL: <http://lpi.worldbank.org/international/global> (дата обращения: 10.06.2015).

¹⁵ Всего 160 мест.

В настоящее время в ШОС приоритет отдан наземным путям, железнодорожному транспорту и автомобильным дорогам. Инфраструктура **железнодорожного транспорта** на пространстве Организации формируется в целом на основе *двусторонних соглашений* между государствами-членами, разрабатываемых при поддержке Делового совета ШОС. На сегодняшний день реализуются такие перспективные многосторонние проекты как «Москва — Пекин», «Москва — Казань», Приморье-1¹⁶, Приморье-2¹⁷. Большое внимание уделяется развитию Транссибирской и Байкало-Амурской магистралей как альтернативы маршруту по Евразийскому трансконтинентальному пути (Ляньюньган — Алашанькоу — Роттердам), однако в современных условиях эффективность российских проектов проблематична.

На данном этапе необходимо расширение путей и транспортных коридоров за счет территорий и ресурсов новых государств-членов, что придаст позитивный импульс и откроет перспективы долгосрочного развития. Целесообразно активно использовать потенциал государств-наблюдателей и партнеров по диалогу, а также международных финансовых институтов. При этом успешность формирования транспортных коридоров будет в большей степени определяться уровнем интеграции России и Китая в «единое экономическое пространство евроазиатского рынка»¹⁸.

Автомобильный транспорт, осуществление международных автомобильных перевозок и строительство автомобильных магистралей как направление взаимодействия в деятельности ШОС активизируются, в том числе и с точки зрения правовой регламентации. В *Программе торгово-экономического сотрудничества* зафиксированы совместные пилотные проекты в области автомобильного транспорта, координация деятельности которых осуществляется Специальной рабочей группой транзитного потенциала ШОС. В частности, осуществляется мониторинг строительства, реконструкции и реабилитации участков автомобильных дорог «Волгоград — Шо — Сарыташ — Иркештам — Кашгар» и «Братство — Душанбе — Джиргиталь — Карамык — Иркештам — Кашгар», также строятся международные центры логистики вдоль маршрута E-40¹⁹.

В соответствии с решением пятого Совещания министров транспорта государств-членов ШОС 28 октября 2011 г. началась разработка проекта *Программы (основных направлений) скоординированного развития автомобильных дорог государств-членов ШОС*. В Программе планируется определить автомагистрали, обеспечивающие международные связи государств-членов ШОС, рассчитать спрос на автомобильные пере-

¹⁶ Транспортный коридор «Приморье-1» идет от станции Суйфэньхэ до терминала в порту Восточный. Длина маршрута — 500 км, в то время как альтернативный маршрут через китайский порт Далянь составил бы 1300 км. Кроме того, в рамках коридора работает автотрасса Уссурийск — Пограничный — госграница. Коридор имеет выходы также на порты Владивосток и Находку // URL: <http://www.kommersant.ru/doc/2544746> (дата обращения: 10.06.2015).

¹⁷ Международный транспортный коридор «Приморье-1» (Харбин — Муданьцзян — Суйфэньхэ — Пограничный (Дунин — Полтавка) — Уссурийск — порты Владивосток, Восточный, Находка — и далее морские линии) является сегментом транспортного коридора Суйфэньхэ, а «Приморье-2» (Чанчунь — Цзилинь — Хуньчунь — порт Зарубино — и далее морские линии) входит в Туманганский коридор // URL: <http://primamedia.ru/news/primorye/16.12.2014/408796/transportnie-koridori-primore-1-i-primore-2-rovisyu.html> (дата обращения: 10.06.2015).

¹⁸ Шанхайская организация сотрудничества: модель 2014-2015: рабочая тетрадь № 21/2015 / Лузянин С.Г., Иванов И.С. (ПСМД). М.: Спецкнига, 2015. С. 22.

¹⁹ E40 — маршрут длиной около 8000 км., соединяющий французский город Кале через Бельгию, Германию, Польшу, Украину, Россию, Казахстан, Узбекистан, Туркмению и Кыргызстан с казахстанским городом Риддер, который находится рядом с казахстанско-российской границей.

возки между государствами, разработать план мер по интегрированному развитию автомагистралей с определением сроков их осуществления, объемов и источников финансирования. Концепция Программы, подготовленной Минтрансом России, была обсуждена на седьмом заседании Специальной рабочей группы транзитного потенциала государств-членов ШОС 13 ноября 2013 г.

В декабре 2014 г. на восьмом заседании стороны обменялись информацией о развитии транспортной инфраструктуры и системы транзитных перевозок. Делегация России информировала о разработке проекта Программы. В рамках встречи обсуждался и вопрос реализации проекта ШОС по синхронному осуществлению строительства автомобильных дорог по маршрутам в составе Е-40 и формированию международного транспортного коридора «Европа — Западный Китай»²⁰ на условиях государственно-частного партнерства. Дальнейшее международное согласование проекта осуществляется в рамках председательства России в ШОС: на седьмом совещании министров транспорта государств-членов в Уфе 15 мая 2015 г. подчеркивалась необходимость скорейшего принятия Программы и продолжения работы по созданию автодорожной инфраструктуры, развитию многофункциональных сервисных центров на трассах международных автомобильных маршрутов, внедрению экологичных технологий. Таким образом, несмотря на потребность в данном документе и активные действия по его разработке, Программа все еще не принята.

В сфере автомобильного транспорта, в отличие от других направлений экономического сотрудничества, развивающихся, как правило, на основе двусторонних соглашений, действует многостороннее соглашение. 12 сентября 2014 г. в Душанбе на встрече глав государств-членов ШОС было подписано *Соглашение о создании благоприятных условий для международных автомобильных перевозок*²¹. Целью Соглашения является устранение барьеров для международных автомобильных перевозок посредством упрощения и гармонизации документации, процедур и требований, касающихся международных автомобильных перевозок. Признается важность надежных и эффективных перевозок для развития внешнеторговых связей государств.

В Соглашении дан перечень основных понятий, в том числе международной автомобильной перевозки, под которой понимается «перевозка грузов или пассажиров на транспортных средствах с пересечением границы государства и (или) через территорию государства ШОС». Согласно ст. 6, параметры указанных транспортных средств должны соответствовать требованиям законодательства государства, по территории которого выполняется перевозка.

Перевозчикам в соответствии с данным Соглашением предоставляется право на осуществление международных автомобильных перевозок по территории их государства транспортными средствами, зарегистрированными на территории другого государства ШОС. При этом перевозчик, зарегистрированный на территории одного государства-члена, не вправе осуществлять перевозки между пунктами, расположенными на территории другого государства-члена ШОС. Документами, которые должны нахо-

²⁰ Создание коридора обеспечит развитие всесторонних связей европейских государств с Россией, Казахстаном и странами Средней и Юго-Восточной Азии. Общая протяженность МТМ «Европа — Западный Китай» составляет 8,5 тыс. км., из них 2,3 тыс. км. пройдет по территории России, 2,8 тыс. км. — Казахстана, 3,4 тыс. км. — Китая. См.: Министры транспорта государств-участников ШОС считают создание коридора «Европа — Западный Китай» одним из приоритетных направлений сотрудничества // URL: <http://www.russianhighways.ru/press/news/13452/> (дата обращения: 10.06.2015).

²¹ Соглашение между правительствами государств-членов ШОС о создании благоприятных условий для международных автомобильных перевозок. 12.09.2014 // URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=74490 (дата обращения: 10.06.2015).

дятся у водителя, являются водительское удостоверение и регистрационные документы на транспортное средство, которые должны сопровождаться заверенным переводом на русский и (или) китайский язык.

В области международных автомобильных перевозок на территории ШОС устанавливается разрешительная система. Форма разрешения содержится в Приложении № 2. Разрешение является разовым, не может быть передано третьему лицу и действительно в течение одного календарного года для выполнения одной поездки туда и обратно. При этом устанавливается, что разрешения должны быть использованы в течение одного календарного года, но в любом случае не позднее 31 января следующего года (п. 7 Приложения № 2). Квоты разрешений определяются Совместной комиссией. Отметим, что Россия²² участвует во многих двусторонних договорах о международном автомобильном сообщении, в которых также действует разрешительная система. Однако, в отличие от других государств ШОС, Россия является членом Европейской Конференции министров транспорта (ЕКМТ), и перевозки в третьи страны и из них осуществляются на основе «стандартной международной лицензии», выдаваемой с разрешения ЕКМТ.

Маршруты и пункты пропуска через государственные границы конкретизируются в Приложении № 1 к Соглашению. Приложение закрепляет шесть маршрутов. Пять маршрутов проходят через территорию КНР, и лишь три из шести затрагивают территорию РФ. При этом перевозки могут осуществляться без определения маршрутов, если действует двусторонний или многосторонний договор (ст. 4).

Статья 15 содержит положение, согласно которому государства принимают меры для разработки и реализации совместных инвестиционных проектов развития автотранспортных коридоров. Данная норма служит импульсом к реализации крупных инфраструктурных проектов. Также в Соглашении закреплён перечень ввозимых объектов, освобождаемых от таможенных сборов, пошлин и налогами (ст. 7), что положительно влияет на автомобильные перевозки.

На основе Соглашения создана Совместная комиссия по созданию благоприятных условий для международных автомобильных перевозок, которая осуществляет мониторинг исполнения Соглашения и обеспечивает его эффективное применение. В состав Комиссии входит один представитель и один заместитель от каждого компетентного органа государства-члена. Заседания проводятся раз в год, решения принимаются в форме протоколов на основе консенсуса.

Соглашение открыто для любого государства, желающего присоединиться к нему (ст. 23), что соответствует идеологии ШОС, действующей на принципах открытого регионализма. Реализация Соглашения создает условия для постепенного присоединения сопредельных государств к транспортной инфраструктуре ШОС.

Таким образом, международно-правовое регулирование международных автомобильных перевозок на пространстве ШОС способствует их эффективному осуществле-

²² Основой современного законодательства России в сфере международных автомобильных перевозок является Федеральный закон от 24.07.1998 № 127-ФЗ (ред. от 24.11.2014) «О государственном контроле за осуществлением международных автомобильных перевозок и об ответственности за нарушение порядка их выполнения» (СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3805). Он регулирует порядок международных транзитных автомобильных перевозок иностранными перевозчиками по территории Российской Федерации, процедуру выдачи и получения российских, иностранных и многосторонних разрешений. По общему правилу, разрешение на автомобильные перевозки по территории одного государства выдается иностранным перевозчиком на условиях взаимности; деятельность в области международных автомобильных перевозок подлежит обязательному лицензированию. Общие правила перевозки грузов автомобильным транспортом регулируются и гл. 40 ГК РФ.

нию. Создаются условия для формирования единой транспортной политики. При этом эксперты отмечают, что успех формирования транспортных коридоров будет определяться не столько объемами перевозок, сколько степенью интеграции России и Китая в единое экономическое пространство Евразийского рынка.

Оценивая перспективы, можно отметить, что разработанная к сегодняшнему дню в рамках ШОС правовая основа межгосударственного взаимодействия в транспортно-логистической сфере позволяет развивать современные транспортные маршруты и трансконтинентальные транспортные коридоры. В свою очередь развитие транспортной инфраструктуры и реализация крупномасштабных совместных проектов в сфере транспорта и логистики в рамках ШОС позволяют расширить товароборот, дают существенный импульс региональной экономической интеграции и способствуют экономическому росту всех государств Евразийского континента.

Таким образом, активное взаимодействие государств ШОС в транспортно-логистической сфере сегодня идет по различным направлениям (сотрудничество в разработке международно-правового регулирования, совместное строительство транспортных коридоров, трансграничные перевозки), по разным «дорогам» (железнодорожным, автомобильным, воздушным), однако предполагает один общий путь — к совместному развитию и процветанию государств Евразии.



Библиография

- Блищенко И.П., Абашидзе А.Х. Право международных организаций. М.: РУДН, 2013. 289 с.
- Винокуров Е.Ю. и др. Международные транспортные коридоры ЕврАзЭС: быстрее, дешевле, больше. Отраслевой обзор. М.: Евразийский банк развития, 2009. 60 с.
- Гетьман-Павлова И.В., Постникова Е.В. Международное право. 2-е изд. Учебник. М.: Юрайт, 2015. 709 с.
- Гречуха В.Н. Международное транспортное право. М.: Юрайт, 2011. 475 с.
- Евстафьев Д., Привалов К. Евразия: новые горизонты интеграции. Экономический очерк. М.: Первая Образцовая типография, 2015. 128 с.
- Лузянин С.Г. Российско-китайское взаимодействие в XXI веке // Мировая экономика и международные отношения. 2005. № 5. С. 61–70.
- Лукин А.В. Шанхайская организация сотрудничества: структурное оформление и перспективы развития // Аналитические записки Научно-координационного совета по международным исследованиям МГИМО. 2005. Вып. 2. С. 45–60.
- Нешатаева Т.Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М.: Дело, 1999. 272 с.
- Российско-китайский диалог: 2015: доклад № 18. М.: Спецкнига, 2015. 32 с.
- Фадеева И.А. Особенности ШОС как регионального объединения // Вопросы экономики и права. 2011. № 1. С. 340–343.
- Черниченко С.В. Теория международного права в 2-х томах. Т. 1: Современные теоретические проблемы. М.: НИМП, 1999. 336 с.
- Шанхайская организация сотрудничества: модель 2014–2015. Рабочая тетрадь №21/2015 / отв. ред. И.С. Иванов. М.: Спецкнига, 2015. 36 с.
- Шибеева Е.А., Поточный М. Правовые вопросы структуры и деятельности международных организаций. М.: Изд-во МГУ, 1988. 192 с.
- Шилина М.Г. Международно-правовое регулирование экономического сотрудничества в рамках ШОС: особенности, проблемы, перспективы // Евразийский юридический журнал. 2015. № 4 (83). С. 39–41.
- Шилина М.Г. Новейшие механизмы экономического взаимодействия России и Китая: Шанхайская организация сотрудничества и «Экономический пояс Великого шелкового пути» // Бизнес. Обще-

ство. Власть. 2015. № 22. С. 1–14 // URL: <http://www.hse.ru/mag/27364712/2015--22/148967474.html> (дата обращения: 10.06.2015)

Шилина М.Г. Шанхайская организация сотрудничества как формат политического и экономического взаимодействия государств: реалии и перспективы // Бизнес. Общество. Власть. 2014. № 21. С. 41–61 // URL: <http://www.hse.ru/mag/27364712/2014--21/141402169.html> (дата обращения: 10.06.2015)

Suisheng Zhao. Chinese Foreign Policy: Pragmatism and Strategic Behavior. New York, 2004. 319 p.

International Legal Regulation of the Transport and Logistics Interactions within the Framework of the SCO



Maria Shilina

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitkaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: mary.shilina@gmail.com



Abstract

The article examines current legal issues of state economic cooperation within the frameworks of Eurasian interstate mechanisms of economic cooperation and integration. In particular, we investigated the legal aspects of cooperation among member states of the Shanghai Cooperation Organization (SCO) in the transport and logistics sector. The importance of development of transport infrastructure in the framework of the SCO is determined by its operation in the complex geopolitical and geo-economic realities. The author explores the basic international legal instruments of the SCO, relating to the transport sector; also the latest empirical material is examined. The peculiarities and disadvantages of the legal regulation of the transport and logistics activity are identified.

The author examines the actual problem of connection of the modern Eurasian mechanisms of state cooperation in terms of the creation an efficient transport infrastructure and concludes that the latest transport initiatives of China and Russia can effectively be implemented on the basis of the SCO. Connection of the Eurasian Economic Union (EAEC) and the Silk Road Economic Belt (SREB) with the SCO as an institutionalized international organization and an effective platform for the development of coordinated decisions is expected to be optimal. The combination of these mechanisms will create a new model of economic cooperation. The construction and modernization of transcontinental transport highways seems as the basis for the practical implementation of the connection of the Eurasian integration mechanisms. The author considers the mechanisms of international legal regulation of rail transport within the SCO. In the article the major obstacles and recommendations for the effective functioning of the railway communication are identified for the first time. In the article international legal regulation of the automobile communication in the SCO and the current legal framework of the international road transport is investigated. The author concludes that the existing international legal regulation of state cooperation in the transport and logistics sector in the SCO allows effective development of a modern transport infrastructure, the formation of which involves the intensification of the cooperation among states of the SCO in other fields and would stimulate economic integration of the Eurasian states.



Keywords

international law, international organizations, Russia, People's Republic of China, state economic cooperation, The Shanghai Cooperation Organization, the SCO, the Silk Road Economic Belt.

Citation: Shilina M.G. (2015) International Legal Regulation in the Transport and Logistics Interactions within the Framework of the SCO. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 78–87 (in Russian)



References

- Blischenko I.P. (2013) *Pravo mezhdunarodnikh organizatsiy* [Law of International Organizations]. Moscow: RUDN, 289 p. (in Russian)
- Fadeeva L.A. (2011) Osobennosti SHOS kak regionalnogo obedineniya [SCO as a Regional Body]. *Voprosy ekonomiki i prava*, no 1, pp. 340–343.
- Get'man-Pavlova I.V., Postnikova E.V. (2015) *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. Moscow: Yurayt, 709 p. (in Russian)
- Grechukha V.N. (2011) *Mezhdunarodnoe transportnoe pravo* [International Transport Law]. Moscow: Yurayt, 475 p. (in Russian)
- Evstafev D., Privalov K. (2015) *Evraziya: novie gorizonty integratsii* [Eurasia: New Horizons of Integration]. Moscow: Press, 128 p. (in Russian)
- Luzyanin S. (2005) Rossiisko-kitaiskoe vzaimodeistvie v XXI veke [Russo-Chinese Cooperation in the 21st century]. *Mirovaya ekonomika i mezhdunarodnie otnosheniya*, no 5, pp. 61–70.
- Neshataeva T.N. (1999) *Mezhdunarodnie organizatsii i pravo. Novie tendentsii v mezhdunarodno-pravovom regulirovanii* [International Organizations and Law. New Trends in International Law Regulation]. Moscow: Delo, 272 p. (in Russian)
- Luzyanin S.G., Chao H., Ivanov I.S. (2015) *Rossiysko-kitaiskiy dialog: model 2015* [Russo-Chinese Dialogue]. Moscow: Spetzkniga, 32 p. (in Russian)
- Chernichenko S.V. (1999) *Teoriya mezhdunarodnogo prava. Tom 1: Sovremennie problemy* [Theory of International Law. Vol. 1. Contemporary Issues]. Moscow: NIMP, 336 p. (in Russian)
- Luzyanin S.G., Ivanov I.S. (2015) *Shankhaiskaya organizatsia sotrudnichestva: 2014–2015* [The Shanghai Cooperation Organization: 2014–2015]. Moscow: Spetzkniga, 36 p. (in Russian)
- Shibaeva E.A., Potochnyy M. (1988) *Pravovie voprosy strukturi i deyatel'nosti mezhdunarodnikh organizatsiy* [Legal Issues of the Architecture and Activity of International Organizations]. Moscow: MGU, 192 p. (in Russian)
- Shilina M.G. (2015) Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie ekonomicheskogo sotrudnichestva v ramkakh SHOS: osobennosti, problemy, perspektivy [International Law Regulation of Economic Cooperation within the SCO: Features, Issues, Perspectives]. *Euraziiskiy uridicheskiy zhurnal*, no 4 (83), pp. 39–41.
- Shilina M.G. (2015) Noveishie mekhanizmi ekonomicheskogo vzaimodeistviya Rossii i Kitaya: Shan'hai'skaya organizatsia sotrudnichestva i "Ekonomicheskiy poyas Velikogo shelkovogo puti" [The Latest Tools of Economic Cooperation of Russia and China: Shanghai Cooperation Organization and Great Silk Road Economic Belt]. *Biznes. Obschestvo. Vlast'*, no 22, pp. 1–14.
- Shilina M.G. (2014) Shan'hai'skaya organizatsiya sotrudnichestva kak format politicheskogo i ekonomicheskogo vzaimodeistviya gosudarstv: realii i perspektivy [The Shanghai Cooperation Organization as a Pattern of Political and Economic Cooperation between States]. *Biznes. Obschestvo. Vlast'*, no 21, pp. 41–61.
- Suisheng Zhao (2004) *Chinese Foreign Policy: Pragmatism and Strategic Behavior*. New York: Sharpe, 319 p.

Уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений: сравнительный анализ законодательства России и стран СНГ



Т.В. Семенов

аспирант кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: tv-semenov@yandex.ru



Аннотация

Настоящая статья представляет собой одну из немногих работ, посвященных компаративному анализу уголовно-правовых запретов в сфере корпоративных отношений. В качестве объекта сравнительно-правового исследования выступает уголовное законодательство государств — участников Содружества Независимых Государств: Азербайджана, Армении, Беларуси, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Таджикистана, Туркменистана, Украины. Основное внимание в статье уделяется законодательству тех стран, которое наиболее близко к отечественному праву: Казахстана, Беларуси, Украины и Молдовы. По результатам анализа делается вывод, что в рамках СНГ наблюдается конвергенция уголовно-правовых запретов (незаконное лишение прав на участие (членство) в юридическом лице, злоупотребление полномочиями при корпоративном управлении, различные нарушения, связанные с реестром владельцев ценных бумаг, с порядком раскрытия или предоставления информации участникам) посредством их унификации. Автор обращает внимание, что большая часть исследуемых запретов впервые появилась в России в начале XXI века и впоследствии была реципирована иными государствами посредством криминализации соответствующих деяний. Показывается, что указанное сходство присутствует не только в составе запретов, но и в законодательной технике их изложения. Выявлено, что для Молдовы характерен наиболее высокий уровень уголовно-правовой репрессии: криминализированы даже те деяния, которые по отечественному праву могут рассматриваться исключительно как гражданско-правовые деликты, но не как преступления. В частности, это касается совершения крупных сделок и сделок с заинтересованностью при отсутствии надлежащего корпоративного одобрения. В ряде рассмотренных стран подмечена явная антирейдерская направленность значительной части уголовно-правовых средств ввиду тенденции к распространению рейдерства (Россия, Казахстан, Украина и Молдова). В то же время изучение законодательного материала Армении, Азербайджана, Кыргызстана, Туркменистана и Узбекистана показало, что уголовные кодексы этих государств не содержат описания деяний, которые можно было бы квалифицировать как уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений. Автор статьи отстаивает позицию, что основная причина такой уголовно-правовой ситуации объясняется невысоким уровнем развития экономики, бизнеса и, главным образом, отсутствием в указанных государствах массового нарушения прав участников корпоративных отношений.



Ключевые слова

сравнительный анализ, корпоративные отношения, корпорация, рейдерство, уголовный запрет, уголовно-правовой запрет в сфере корпоративных отношений, средства уголовного закона.

Библиографическое описание: Семенов Т.В. Уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений: сравнительный анализ России и стран СНГ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 88–99.

JEL: K14; УДК: 343

При изучении того или иного правового явления очень важно проследить его развитие не только в рамках отечественной правовой системы, но и более широко — с использованием сравнительно-правового метода исследования. Проведение изысканий в подобном ключе является давней доброй традицией отечественной уголовно-правовой доктрины. Еще в начале XX в. Н.Д. Сергеевский справедливо заметил: «Научное исследование не может ограничиться положительным правом одного какого-либо народа (правом отечественным). В качестве необходимого материала должны быть привлекаемы определения права других государств... Проповедовать исключительно национальную замкнутость — значит отрицать всю новейшую историю и ставить на место реальной действительности свою собственную, произвольную утопию»¹.

Особая важность сравнительного правоведения заключается в том, что оно способствует углублению знаний о праве, обеспечивает расширение кругозора, позволяет совершенствовать отечественное право, заимствуя удачные законодательные аналоги, либо предостерегая об отсутствии необходимости решения какой-либо проблемы именно данным способом². Обращение к зарубежному опыту предполагает поэтапность. Первым этапом является исследование иностранного права без попыток выявления сходства, различия, приведения аналогии, поскольку они сами по себе образуют второй этап. В связи с этим Ж. Прадель отмечал, что «первый этап носит «унитарный и пассивный» характер, а собственно сравнительно-правовое исследование является «плюралистическим и активным»³.

Именно следуя вышеуказанному подходу, в статье будут проанализированы уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений. Объект сравнительно-правового исследования составят государства участники Содружества Независимых Государств (далее — СНГ): Азербайджан, Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Таджикистан, Туркменистан, Украина. Выбор законодательства этих стран обусловлен целым рядом факторов как общего, так и частного характера. Во-первых, компаративное исследование любого государства имеет научную ценность, поскольку способствуют сближению правовых систем (конвергенции), заимствованию правовых институтов и повышению уровня юридической грамотности. Во-вторых, Россия и другие участники СНГ имеют общие исторические корни и ранее сосуществовали в рамках единого государства. В-третьих, прошлое «братство» находит отражение в сходстве правовых систем в настоящее время.

Казахстан

В Республике Казахстан (далее — РК) недавно была проведена уголовно-правовая реформа и 3 июля 2014 г. принят новый Уголовный кодекс (далее — УК РК)⁴, который

¹ Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. Издание 7-е. СПб. 1908. С. 2–3.

² Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебrenикова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2009. С. 13–15.

³ Цит. по: Есаков Г.А. Основы сравнительного уголовного права: Монография. М.: Элит, 2007. С. 11.

⁴ http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575252#sub_id=4670000 (дата обращения: 07.01.2015).

вступил в силу с 1 января 2015 г. К безусловным достоинствам данного нормативного правового акта следует отнести большую группу норм, которые можно рассматривать как описывающие противоправные деяния в сфере корпоративных отношений. Все эти нормы, за исключением ст. 250 и 254 УК РК, расположены в главе 8 УК РК («Уголовные правонарушения в сфере экономической деятельности»). Наличие большого массива запретов в публикациях связывают с высоким уровнем правонарушений в сфере корпоративных отношений⁵.

1. Незаконное приобретение прав участия в юридическом лице. Согласно сложившейся в России судебно-следственной практике все случаи незаконного приобретения прав на участие в юридическом лице путем представления реестродержателю подложного передаточного распоряжения о списании акций, либо представления в налоговые органы подложных документов о переходе прав на долю в уставном капитале общества с ограниченной ответственностью квалифицируются по общей норме о мошенничестве (приобретение права на чужое имущество путем обмана) (ст. 159 Уголовного кодекса РФ).

Уголовное законодательство Республики Казахстан по этому вопросу несколько отличается. Прежний УК РК в 2011 г. был дополнен ст. 226.1 «Рейдерство», с достаточно объемной диспозицией, устанавливающей, в том числе специальный запрет на «незаконное приобретение права собственности на долю участия в юридическом лице, а равно имущества и ценных бумаг юридического лица». В новом УК РК данная норма сохранила прежнюю редакцию и изложена в ст. 249 УК РК. Субъект и субъективная сторона не раскрываются. На наш взгляд, недостатком является то, что понятие «незаконное приобретение» не уточняется. Незаконным можно рассматривать не только фальсификацию передаточного распоряжения о списании акций с лицевого счета, но и приобретение акций при совершении крупной сделки или сделки с заинтересованностью без корпоративного одобрения, в случае отсутствия одобрения антимонопольного органа и т.п. Следовательно, буквальное толкование «незаконное приобретение» порождает уголовно-правовые риски даже в тех случаях, когда имеется всего лишь гражданское правонарушение.

2. Нарушения, связанные с реестром держателей ценных бумаг. В УК РФ установлена уголовная ответственность за: 1) фальсификацию реестра владельцев ценных бумаг или системы депозитарного учета путем представления заведомо подложных документов, либо путем внесения сотрудниками регистратора или депозитария недостоверных записей в реестр; 2) подлог или 3) уничтожение документов, на основании которых вносились записи в реестр; 4) нарушение порядка учета прав на ценные бумаги, если это причинило крупный ущерб. Согласно законодательству Казахстана ответственность наступает только за внесение в реестр держателей ценных бумаг заведомо ложных сведений, повлекшее переход прав на эти ценные бумаги другому лицу (ст. 226) и за нарушение правил проведения операций с ценными бумагами, причинившее крупный ущерб (ст. 228). Как видно, объем репрессии меньше, поскольку не наказываются подлог, уничтожение документов, внесение недостоверных сведений в реестр, не связанных с переходом прав на ценные бумаги (об обременении, доверительном управлении и т.д.). В ином наблюдается сходство: так же, как и в России, ответственность дифференцируется в зависимости от того, является ли преступник сотрудником регистратора или нет (ст. 226, 249 УК РК).

⁵ Адалбергенова Б. О защите бизнеса от рейдерства // Право и жизнь. 2010. № 2 // СПС «Гарант»; Казахстан стремительно наполняется рейдерами // Деловая пресса. 2006. 31 окт.; Алимбеков М.Т. Теоретические и практические аспекты противодействия рейдерству // Вестник корпоративного управления. Казахстан. 2008. № 7. С. 9, 12.

3. Нарушение порядка раскрытия или предоставления информации. Здесь наблюдается определенное различие, поскольку в России ответственность по ст. 185.1 УК РФ наступает за уклонение от раскрытия или предоставления информации, определенной законодательством о ценных бумагах в случае злостности и причинении крупного ущерба.

УК РК, закрепляя схожую норму (ст. 225), тем не менее: 1) не говорит о том, что преступление может быть совершено путем не раскрытия информации, а ограничивается лишь одной преступной формой (предоставление информации); 2) расширяет круг лиц (государственные органы), кому не предоставление информации может повлечь ответственность; 3) расширяет круг потерпевших за счет самого эмитента; 4) вместо «злостности» предусмотрен иной обязательный признак — цель извлечения имущественной выгоды.

4. Нарушения, связанные с подготовкой и проведением общих собраний, заседаний совета директоров и иными нарушениями прав участников ценных бумаг. Прообраз ст. 249 УК РК («Рейдерство») был взят из российского законодательства, поскольку формулировки статьи во многом совпадают со ст. 185.5 УК РФ. В целом преступления, описанные в ст. 249 УК РК, можно условно разделить на три вида: 1) незаконное приобретение права собственности на долю участия в юридическом лице, а равно имущества и ценных бумаг юридического лица; 2) установление контроля над юридическим лицом в результате умышленного искажения результатов голосования либо воспрепятствования свободной реализации права при принятии решения высшим органом; 3) иные незаконные способы, повлекшие причинение существенного вреда.

Конструкция ст. 249 УК РК является излишне казуистичной. Применительно ко второй форме преступного поведения уточняется, что преступление может быть совершено путем: а) внесения в протоколы собрания, заседания, в выписки из них заведомо недостоверных сведений о количестве голосовавших, кворуме или результатах голосования, б) составления заведомо недостоверного подсчета голосов или учета бюллетеней для голосования, в) блокирования или ограничения фактического доступа акционера, участника, члена органа управления или члена исполнительного органа к голосованию, г) несообщения сведений о проведении собрания, заседания либо сообщения недостоверных сведений о времени и месте проведения собрания, заседания, д) голосования от имени акционера, участника или члена органа управления по заведомо подложной доверенности, е) нарушения, ограничения или ущемления права преимущественной покупки ценных бумаг.

Помимо трудности восприятия такого запрета, нельзя не отметить, что разработчиками кодекса допущены законодательно-технические ошибки. Во-первых, в диспозиции сказано о воспрепятствовании свободной реализации права при принятии решения высшим органом юридического лица. В зависимости от организационно-правовой формы это может быть общее собрание акционеров, участников и т.д. Однако при конкретизации способов используются словосочетания «заседания», «блокирование доступа члена органа управления или члена исполнительного органа к голосованию», «голосование от имени члена органа управления», которые характерны не для высшего органа управления, а для иных органов управления юридического лица.

Во-вторых, использование такого способа, как «голосование от имени члена органа управления по заведомо подложной доверенности» неуместно, поскольку в отличие от участников они обязаны лично осуществлять свои полномочия и не вправе передавать их третьим лицам.

В-третьих, не совсем понятно, каким образом нарушение права преимущественной покупки может повлечь искажение результатов голосования либо воспрепятствование свободной реализации права на общем собрании, ведь эти процедуры не совпадают во времени и у них различаются механизмы реализации.

При конструировании третьей преступной формы поведения законодатель ее описал как «...умышленное создание препятствий при реализации права преимущественной покупки ценных бумаг либо иные незаконные способы, повлекшие причинение существенного вреда правам или охраняемым законом интересам граждан или организаций, либо охраняемым законом интересам общества или государства». Такая конструкция, помимо сложностей толкования (например, необходим ли существенный вред при нарушении права преимущественной покупки ценных бумаг), крайне широко и необоснованно раздвигает границы действия уголовного права в сфере корпоративных отношений. Создается нормативная основа, позволяющая привлекать к уголовной ответственности за деяния, некогда рассматриваемые исключительно в качестве гражданско-правовых деликтов: отказ в реализации права преимущественной покупки акций, несвоевременная выплата дивидендов, неверное определение цены принудительного выкупа акций и т.д. Кроме того, поскольку отдельно не оговорен субъект преступления, то возникает вопрос, по какой норме должна даваться уголовно-правовая оценка (по ст. 228 или 249 УК РК) нарушениям правил проведения операций с ценными бумагами, причинившим крупный ущерб.

В российском законодательстве содержится схожая норма — ст. 185.5 УК РФ. Она также сконструирована излишне казуистично, но обладает меньшим объемом уголовно-правовой репрессии. Уголовная ответственность наступает за: 1) умышленное искажение результатов голосования и 2) воспрепятствование свободной реализации права при принятии решения на общем собрании участников, заседании совета директоров (наблюдательного совета) хозяйственного общества. Однако если цель подобных деяний в УК РК описывается как «установление контроля над юридическим лицом», то в норме УК РФ та же самая цель выражена несколько экспрессивно — «в целях незаконного захвата управления в юридическом лице».

5. *Злоупотребления в процессе корпоративного управления.* Уголовное законодательство Казахстана в отличие от российского дифференцирует ответственность в зависимости от того, с помощью активных либо пассивных форм поведения причинен вред. Статья 250 УК РК полностью тождественна российскому аналогу (ст. 201 УК РФ) и запрещает использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя, или других лиц, или организаций, либо нанесения вреда другим лицам или организациям, если это повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций, либо охраняемым законом интересам общества или государства. Наряду с этой нормой установлен запрет и на недобросовестное отношение к обязанностям (ст. 254 УК РК): «Невыполнение или ненадлежащее выполнение лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, если это повлекло смерть человека или иные тяжкие последствия».

К сожалению, казахский законодатель не предусмотрел отдельного уголовно-правового запрета фальсификации единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ), несмотря на то, что в Казахстане схож правовой порядок и механизм регистрационных

действий в отношении юридических лиц. Кроме того, ведется аналог российского реестра юридических лиц — Национальный реестр бизнес-идентификационных номеров, в котором отражается информация, в том числе о владельцах долей в уставном капитале товариществ с ограниченной ответственностью (аналог российских ООО).

Беларусь

В уголовном законодательстве Республики Беларусь (далее — РБ) (ст. 226.1 УК РБ) предусмотрены запреты на незаконное использование либо разглашение сведений, внесенных в реестр владельцев ценных бумаг, или информации о результатах финансово-хозяйственной деятельности эмитента ценных бумаг. Объективная сторона выражается в незаконном: 1) использовании; 2) разглашении: а) сведений, внесенных в реестр владельцев ценных бумаг, б) информации о результатах финансово-хозяйственной деятельности эмитента ценных бумаг до ее опубликования в средствах массовой информации либо доведения иным образом до сведения неограниченного круга лиц. Использование или разглашение обязательно должно причинить ущерб в крупном размере. Потенциальным субъектом преступления признается лицо, которому такие сведения или информация известны в связи с его профессиональной или служебной деятельностью. Наиболее строгая ответственность по ч. 1 ст. 226.1 УК РБ — лишение свободы на срок до трех лет. Если те же действия совершены из корыстной или иной личной заинтересованности, то наказание может составить до пяти лет лишения свободы (ч. 2 ст. 226.1 УК РБ).

Согласно российскому праву и судебной практике незаконное использование или разглашение сведений, внесенных в реестр владельцев ценных бумаг, признается преступлением (ч. 2 ст. 183 УК РФ) независимо от наступления крупного ущерба⁶.

Республика Молдова

Весьма специфичный набор уголовно-правовых запретов в сфере корпоративных отношений характерен для законодательства Республики Молдова (далее — РМ)⁷. Однако большая часть запретов криминализована только летом 2014 г., что свидетельствует об ужесточении уголовной политики.

В соответствии с прежней редакцией ч. 1 ст. 245.2 УК РМ (до 25.07.2014 г.) наказывалось только умышленное включение в реестр держателей ценных бумаг недостоверной, искаженной, ложной информации, повлекшее переход права собственности на ценные бумаги от одного лица к другому, если это действие причинило ущерб в крупном размере. Согласно новой редакции нормы объективная сторона состава преступления была существенно расширена за счет новых способов:

а) вход неавторизованных лиц в электронные системы ведения реестра держателей ценных бумаг,

⁶ Апелляционным определением Кемеровского областного суда от 26.08.2014 г. по делу № 22-3468/2014 оставлен без изменения приговор Междуреченского городского суда по делу № 1-1/2014, которым Огнева осуждена по ч. 3 ст. 183 УК РФ за незаконное разглашение сведений из реестра акционеров ОАО «Распадская»: об акционерах, их персональных данных, месте жительства и количестве акций.

⁷ Уголовный кодекс Республики Молдова // http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3835 (дата обращения: 07.01.2015).

б) выдача держателем реестра списка акционеров в других случаях, кроме предусмотренных законодательством,

в) использование списка акционеров любым лицом в целях приобретения или продажи акций общества, если этими действиями причинен ущерб в крупных размерах.

Квалифицированный состав преступления — это те же действия, совершенные по неосторожности и повлекшие причинение ущерба в особо крупных размерах. Особо квалифицированный состав — действия, указанные в части (1), но повлекшие причинение ущерба в особо крупных размерах. Максимальное наказание по ч. 1 ст. 245.2 УК РМ — лишение свободы на срок до 3 лет, с лишением или без лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 5 лет. Юридическое лицо наказывается штрафом в размере от 1000 до 3000 условных единиц с лишением права заниматься определенной деятельностью или с ликвидацией юридического лица.

Статья 245.4 УК РМ была криминализована 25 июля 2014 г. Согласно диспозиции ч. 1 наказание последует за нарушение порядка заключения крупных сделок и/или сделок с конфликтом интересов в рамках коммерческого общества, если этими действиями был нанесен ущерб в крупных размерах. Ответственность усиливается, если теми же действиями нанесен ущерб в особо крупных размерах. Основное преступление наказывается штрафом в размере до 1000 условных единиц или лишением свободы сроком до 2 лет, во всех случаях с лишением или без лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет. Наличие приведенной нормы видится необоснованным ввиду излишней репрессивности уголовного закона. В большинстве стран отсутствие одобрения крупных сделок и сделок с заинтересованностью позволяет рассматривать их лишь в качестве оспоримых, а не как преступление.

В силу ч. 1 ст. 245.5 УК РМ наступают уголовно-правовые последствия за: а) умышленный отказ в разглашении и/или представлении информации, предусмотренной законодательством о небанковском или банковском финансовом рынке, или б) умышленное представление недостоверной, искаженной или ложной информации, если этими действиями был нанесен ущерб в крупных размерах. Более опасными признаются те же действия, которыми был нанесен ущерб в особо крупных размерах или которые привели к началу процедуры несостоятельности. Наказание по части первой анализируемой статьи составляет штраф в размере от 2000 до 3000 условных единиц для физических лиц и от 3000 до 6000 условных единиц для юридических лиц.

Отдельно стоит упомянуть еще одну новеллу — ст. 245.9 УК РМ. Молдавские законодатели реципировали из российского права идею о необходимости осуществления дополнительной охраны уголовно-правовыми средствами корпоративных процедур (ст. 185.4 и 185.5 УК РФ), итогом чего стало появление запрета на воспрепятствование реализации прав участников (акционеров) коммерческих обществ и незаконное лишение этих прав. Однако несмотря на внешнюю схожесть конструкции ст. 245.9 УК РМ с российскими нормами, имеется все же существенное отличие. Запрет сконструирован также крайне казуистично, но требует установления последствий: уголовная ответственность наступает за нарушение законодательства о созыве и проведении общего собрания участников (акционеров) коммерческих обществ, в результате которого причинен ущерб в крупном размере строго указанными в статье способами. Напротив, российская ч. 1 ст. 185.5 УК РФ является формальной, что представляется более верным, так как сам себе, например, отказ в проведении собрания не способен причинить

крупный ущерб. Более строгая ответственность предусматривается за те же действия, которыми был нанесен ущерб в особо крупных размерах или которые привели к началу процедуры несостоятельности.

Глава 16 («Коррупционные преступления в частном секторе») УК РМ содержит ст. 335 («Злоупотребление служебным положением»), которая по своему содержанию знакома российскому законодателю: умышленное использование лицом, управляющим коммерческой, общественной или иной негосударственной организацией либо работающим в такой организации, своего служебного положения в корыстных или иных личных интересах, повлекшее причинение ущерба в значительных размерах общественным интересам либо правам и охраняемым законом интересам физических или юридических лиц. Максимальное наказание — лишение свободы на срок до 3 лет с лишением в обоих случаях права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от 2 до 5 лет. Отличие присутствует лишь в содержании особо квалифицирующих признаков в ч. 3 ст. 335 УК РМ: совершение деяния в интересах организованной преступной группы или преступной организации.

Украина

В основной своей массе информационные источники изобилуют описанием рейдерских захватов, происходящих на территории Украины, в том числе по причинам, связанным с отсутствием жестких мер государственного реагирования на подобное поведение⁸. Однако с недавних пор ситуация на законодательном уровне несколько улучшилась, поскольку криминализованы основные способы совершения подобных деяний. Сперва 25 декабря 2008 г. Уголовный кодекс Украины был дополнен ст. 223-2 («Нарушение порядка ведения реестра владельцев именных ценных бумаг»), а затем 10 октября 2013 г. в ходе принятия очередных поправок появились ст. 205-1 («Подделка документов, представляемых для проведения государственной регистрации юридического лица и физических лиц — предпринимателей») и ст. 206-2 («Противоправное завладение имуществом предприятия, учреждения, организации») ⁹.

Согласно ч. 1 ст. 205.1 УК Украины основной состав преступления образует внесение в документы, которые в соответствии с законом подаются для государственной регистрации юридического лица или физического лица — предпринимателя, заведомо ложных сведений, а также умышленное представление документов, содержащих заведомо ложные сведения, государственному регистратору. В отличие от российского аналога (ст. 170.1 УК РФ) данная норма сформулирована абстрактно, что следует оценивать позитивно. Квалифицированным составом преступления признаются те же действия, совершенные повторно или по предварительному сговору группой лиц, или служебным лицом с использованием служебного положения. Максимальное наказание по ч. 1 ст. 205.1 УК Украины — ограничение свободы на срок до двух лет, а по ч. 2 — ограничение свободы на срок от трех до пяти лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет или без такового.

Наиболее мощным средством противодействия рейдерству выступает ст. 206-2 УК Украины. Она запрещает противоправное завладение имуществом предприятия, уч-

⁸ См., напр.: Варналий З.С., Живко З.Б. Инструменты борьбы с рейдерством: мировой опыт // Science and world. 2013. № 4. С. 107–112.

⁹ <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/page7> (дата обращения: 07.01.2015).

реждения, организации, в том числе долями, акциями, паями их учредителей, участников, акционеров, членов путем совершения сделок с использованием поддельных или похищенных документов, печатей, штампов предприятия, учреждения, организации. Наказание составляет лишение свободы на срок до двух лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до двух лет. Стоит заметить, что в России отсутствует специальный запрет и подобные деяния квалифицируются по общей норме о мошенничестве (ст. 159 УК РФ).

Квалифицированными составами признаются те же действия, совершенные повторно или по предварительному сговору группой лиц, или с угрозой убийства либо причинения тяжких телесных повреждений, или соединенные с насилием, не опасным для жизни и здоровья, или с повреждением или уничтожением имущества. А особо квалифицированными — совершенные должностным лицом с использованием служебного положения или с причинением крупного ущерба или с наступлением иных тяжких последствий.

На основании ст. 223-2 УК Украины возможно привлечение к уголовной ответственности за невнесение должностным лицом эмитента или профессионального участника фондового рынка изменений или внесение заведомо недостоверных изменений в систему реестра владельцев именных ценных бумаг или в систему депозитарного учета, а равно иное нарушение порядка ведения реестра владельцев именных ценных бумаг, если оно привело к потере системы реестра (ее части). Наказание не связано с лишением свободы и ограничивается штрафом от трех тысяч до пяти тысяч необлагаемых минимумов доходов граждан с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до трех лет. В отличие от приведенной нормы отечественная норма о нарушении порядка учета прав на ценные бумаги (ч. 1 ст. 185.2 УК РФ) сконструирована с материальным составом и требует причинения крупного ущерба.

По своему содержанию ст. 232-2 УК Украины («Соккрытие информации о деятельности эмитента») почти полностью тождественна запрету, описанному в ст. 185.1 УК РФ. Единственное отличие состоит в том, что по законодательству Украины не криминализовано уклонение от раскрытия информации.

Иные страны — участницы СНГ

Изучение законодательного материала иных стран-членов СНГ: Армении, Азербайджана, Кыргызстана, Туркменистана и Узбекистана показало, что уголовные кодексы этих государств не содержат описания деяний, которые можно квалифицировать как уголовно-правовые запреты в сфере корпоративных отношений¹⁰. Это связано с недо-

¹⁰ По всей видимости, именно этим объясняется то, что значительное число авторов не анализирует законодательство этих стран в своих работах. См. подробнее: *Алехина А.В.* Криминальное рейдерство: уголовно-правовой и криминологический аспекты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2013. 34 с.; *Борисов Ю.Д.* Рейдерские захваты. Узаконенный разбой. СПб.: Питер, 2008. 217 с.; *Веселков К.В.* Международный опыт противодействия рейдерским захватам // *Российская юстиция*. 2010. № 11. С. 61–64; *Клепицкий И.А.* Система хозяйственных преступлений. М.: Статут, 2005. 572 с.; *Козловская А.Э.* Уголовно-правовая охрана имущества юридических лиц от незаконных корпоративных захватов (криминологическое и уголовно-правовое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 260 с.; *Рябова А.Ю.* Преступления, совершаемые на рынке ценных бумаг: социальная обусловленность, законодательная регламентация, квалификация: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. 211 с.; *Сайгитов У.Т.* Криминальное рейдерство в России: монография. М.: Юнити-Дана, 2013. 263 с.; *Федоров А.Ю.* Правовая охрана корпоративных отношений: Актуальные проблемы, противодействие современным крими-

статочной развитостью экономики, бизнеса и отсутствием в этих государствах массовой распространенности опасных деяний в сфере корпоративных отношений.

Итоги сравнительно-правового анализа

В завершение обращения к зарубежному опыту можно сформулировать следующие выводы. Уголовно-правовое регулирование корпоративных отношений в рассмотренных государствах весьма схоже. В странах СНГ наблюдается конвергенция посредством унификации уголовно-правовых запретов. Просматривается явная антирейдерская направленность многих уголовно-правовых средств ввиду сохраняющейся тенденции к распространению рейдерства. В то же время в ряде стран СНГ выявлена либо излишняя криминализация деяний, либо прямо противоположная ситуация — отсутствуют уголовно-правовые запреты полностью или определенного вида. Отсутствие запретов является не пробелом в правовом регулировании, а следствием низкого спроса на уголовно-правовые средства в сфере корпоративных отношений. В настоящее время отсутствует необходимость рецепирования в отечественную правовую систему каких-либо новых уголовно-правовых запретов.



Библиография

Адалбергенова Б. О защите бизнеса от рейдерства // Право и жизнь. 2010. № 2 // СПС «Гарант»
Алехина А.В. Криминальное рейдерство: уголовно-правовой и криминологический аспекты: автореф. дис... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2013. 34 с.

Алимбеков М.Т. Теоретические и практические аспекты противодействия рейдерству // Вестник корпоративного управления. 2008. № 7. С. 9–12.

Борисов Ю.Д. Рейдерские захваты. Узаконенный разбой. СПб.: Питер, 2008. 217 с.

Варналий З.С., Живко З.Б. Инструменты борьбы с рейдерством: мировой опыт // Science and World. 2013. № 4. С. 107–112.

Веселков К.В. Международный опыт противодействия рейдерским захватам // Российская юстиция. 2010. № 11. С. 61–64.

Есаков Г.А. Основы сравнительного уголовного права: Монография. М.: Элит, 2007. 152 с.

Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2009. 336 с.

Казахстан стремительно наполняется рейдерами // Деловая пресса. 2006. 31 окт.

Клепицкий И.А. Система хозяйственных преступлений. М.: Статут, 2005. 572 с.

Козловская А.Э. Уголовно-правовая охрана имущества юридических лиц от незаконных корпоративных захватов (криминологическое и уголовно-правовое исследование): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. 260 с.

Рябова А.Ю. Преступления, совершаемые на рынке ценных бумаг: социальная обусловленность, законодательная регламентация, квалификация: дис... канд. юрид. наук. М., 2013. 211 с.

Сайгитов У.Т. Криминальное рейдерство в России. М.: Юнити-Дана, 2013. 263 с.

Сергеевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть общая. СПб.: Тип. М.М. Стасюлевича, 1908. 385 с.

Федоров А.Ю. Правовая охрана корпоративных отношений: Актуальные проблемы, противодействие современным криминальным угрозам, зарубежный опыт. М., Юстицинформ, 2012. 816 с.

Федоров А.Ю. Противодействие рейдерству в зарубежных странах: история и современное состояние // Право и экономика. 2014. № 4. С. 23–27.

нальным угрозам, зарубежный опыт. М.: Юстицинформ, 2012. 816 с.; *Он же*. Противодействие рейдерству в зарубежных странах: история и современное состояние // Право и экономика. 2014. № 4. С. 23–27.

Criminal Law Prohibitions in Corporate Relations: a Comparative Analysis of the Legislations in Russia and the CIS countries



Timur V. Semenov

Postgraduate student, Criminal Law Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: tv-semenov@yandex.ru



Abstract

The article is devoted to an insufficiently developed topic of the comparative analysis of criminal law prohibitions in corporate relations. The object of the comparative legal research is the criminal legislation of the CIS countries (Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine). The focus is made on the legislations with the similarity to Russian law: Kazakhstan, Belarus, Ukraine and Moldova. The research has shown that the CIS countries have the convergence of criminal law prohibitions (unlawful deprivation of rights to participate in a legal entity, abuse of power in the corporate governance, various violations associated with the register of securities holders, disclosure procedures and providing information to participants). Most of the prohibitions first appeared in Russia early in the 21st century and were subsequently included in the legislations of the other states. The similarity is seen not only in the prohibitions, but the legislative mechanics of presentation. Moldova has the highest level of criminal law repression. Some actions recognized as crimes may only be considered as torts in Moldova. This also concerns major transactions and the related-party transactions in the absence of a proper corporate approval. Criminal law tools in many countries have an anti-raider trend. At the same time, the analysis of the legislations of Armenia, Azerbaijan, Kyrgyzstan, Turkmenistan and Uzbekistan lack the description of actions which could be qualified as criminal law prohibitions in corporate relations. The author holds the view that the reason for the situation in criminal law may be accounted for an insufficient level in the development of economics, business and high-profile cases when the rights of participants are violated.



Keywords

comparative analysis, corporate relations, corporation, raiding, criminal prohibition, criminal prohibition in corporate relations, criminal law tools.

Citation: Semyonov T.V. (2015) Criminal Prohibitions in the Sphere of Corporate Relations a Comparative Analysis of the Legislation of Russia and CIS. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 88–99 (in Russian).



References

- Adalbergenova B. (2010) O zashchite biznesa ot reyderstva [Protecting Business from Raiding]. *Pravo i zhizn'*, no 2, SPS «Garant».
- Alekhina A. V. (2013) *Kriminal'noe reyderstvo: ugovovno-pravovoy i kriminologicheskoy aspekty: (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Criminal raiding: Criminal Law. (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Nizhniy Novgorod, 34 p.
- Alimbekov M.T. (2008) Teoreticheskie i prakticheskie aspekty protivodeystviya reyderstvu [Theory and Practice in Counteracting Raiding]. *Vestnik korporativnogo upravleniya*. Kazakhstan, no 7, pp. 9–12.
- Borisov Yu. D. (2008) *Reyderskie zakhvaty. Uzakonennyy razбой* [Illegal Seizure. A Legal Robbery]. Saint Petersburg: Piter, 217 p. (in Russian)
- Varnaliy Z.S., Zhivko Z.B. (2013) Instrumenty bor'by s reyderstvom: mirovoy opyt [Tackling Raiding]. *Science and world*, no 4, pp. 107–112.
- Veselkov K.V. (2010) Mezhdunarodnyy opyt protivodeystviya reyderskim zakhvatam [International Experience of Counteracting Raiding]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 11, pp. 61–64.

- Esakov G.A. (2007) *Osnovy sravnitel'nogo ugovolnogo prava: Monografiya* [The Fundamentals of Comparative Criminal Law. Monograph]. Moscow: Elit, 152 p. (in Russian)
- Esakov G.A., Krylova N.E., Serebrenikova A.V. (2009) *Ugolovnoe pravo zarubezhnykh stran* [The Criminal Law of Foreign Countries]. Moscow: Prospekt, 336 p. (in Russian)
- Kazakhstan stremitel'no napolnyaetsya reyderami [Raiders Arrive in Kazakhstan]. *Delovaya pressa*, 2006. 31 okt.
- Klepitskiy I. A. (2005) *Sistema khozyaystvennykh prestupleniy* [The System of Economic Crimes]. Moscow: Statut, 572 p. (in Russian)
- Kozlovskaya A. E. (2009) *Ugolovno-pravovaya okhrana imushchestva yuridicheskikh lits ot nezakonnykh korporativnykh zakhvatov (kriminologicheskoe i ugovolno-pravovoe issledovanie) (Diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Criminal Law Protection of the Property of Legal Entities from Illegal Seizure (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 260 p.
- Ryabova A. Yu. (2013) *Prestupleniya, sovershaemye na rynke tsennykh bumag: sotsial'naya obuslovlennost', zakonodatel'naya reglamentatsiya, kvalifikatsiya (Diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Crimes at the Securities Market: Social Determination, Legislative Reglamentation, Qualification (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 211 p.
- Saygitov U.T. (2013) *Kriminal'noe reyderstvo v Rossii: monografiya* [Criminal Raiding in Russia. A Monograph]. Moscow: Yuniti-Dana, 263 p. (in Russian)
- Sergeevskiy N.D. (1908) *Russkoe ugovolnoe pravo. Posobie k lektsiyam. Chast' Obshchaya* [Russian Criminal Law. Manual for Lectures. General Part]. Saint Petersburg: Tip. M.M. Stasyulevicha, 385 p. (in Russian)
- Fedorov A.Yu. (2012) *Pravovaya okhrana korporativnykh otnosheniy: Aktual'nye problemy, protivodeystvie sovremennym kriminal'nym ugrozam, zarubezhnyy opyt* [Legal Protection of Corporate Relations: Topical Issues, Counteracting Modern Criminal Threats, Foreign Experience]. Moscow, Yustitsinform, 816 p. (in Russian)
- Fedorov A.Yu. (2014) *Protivodeystvie reyderstvu v zarubezhnykh stranakh: istoriya i sovremennoe sostoyanie* [Counteracting Raiding in Foreign Countries: Past and Present]. *Pravo i ekonomika*, no 4, pp. 23–27.

Процессуальный механизм уголовного преследования специальных субъектов: современное состояние и перспективы оптимизации



А.С. Шаталов

профессор кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000 Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: asshtalov@rambler.ru



Аннотация

Процедурный механизм осуществления уголовного преследования в отношении лиц, подпадающих под особый порядок производства по уголовным делам, предусматривает в качестве составной части и одновременно способа обеспечения их неприкосновенности усложненный по сравнению с обычным порядок возбуждения уголовного дела и привлечения их в качестве обвиняемых по уголовным делам. Исходя из этого, в публикации предпринята попытка комплексного анализа наиболее сложных и спорных вопросов, касающихся уголовного преследования лиц, для которых изначально предназначен особый порядок. В ней изложено авторское видение возможностей их решения на фоне соответствующего правового и теоретического обоснования. Усложняя общий порядок уголовного судопроизводства через введение дополнительных обязанностей и запретов для лиц, ответственных за ход и исход производства по уголовному делу, положения УПК РФ выступают, по мнению автора, в качестве расширенных процессуальных гарантий неприкосновенности определенного круга специальных субъектов, выполняющих социально-значимые функции. Не увеличивая объем их неприкосновенности, они уменьшают возможность ее ограничения, снижая, таким образом, опасность осуществления безосновательного уголовного преследования. Несмотря на то, что перечень специальных субъектов в законе приведен исчерпывающим образом, в части, касающейся обозначения пределов их процессуального иммунитета, нормы гл. 52 УПК РФ носят бланкетный характер, поскольку его фактическое содержание неодинаково. Исходя из этого, автор считает, что, совершая процессуальные действия и принимая предусмотренные законом решения, суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь и дознаватель должны учитывать не только предусмотренные УПК РФ особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц, но и положения нормативных правовых актов, раскрывающих их правовой статус, объем полномочий и пределы действия процессуального иммунитета в том виде, как они закреплены в отраслевом законодательстве. Само законодательство на этот счет должно последовательно изменяться в русле рекомендаций Международной организации Совета Европы «Группа государств против коррупции» (GRECO), высказавшейся в своем отчете за сокращение в нем категорий лиц, на которых распространяется специальная процедура привлечения их к уголовной ответственности, а также за упрощение такой процедуры.



Ключевые слова

ГРЕКО; лица, подпадающие под особый порядок производства по уголовным делам; личная неприкосновенность; особый порядок производства по уголовным делам; правовой иммунитет; специальные субъекты.

Библиографическое описание: Шаталов С.С. Процессуальный механизм уголовного преследования специальных субъектов: современное состояние и перспективы оптимизации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 100–118.

JEL: K 19; УДК: 343

Помимо несовершеннолетних и лиц, страдающих психическими расстройствами, изъятия из общего порядка уголовного судопроизводства законом распространены на довольно широкий круг специальных субъектов, занимающихся публичной деятельностью. Они предусмотрены гл. 52 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ), в статьях которой регламентированы:

- категории лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам (ст. 447 УПК РФ);
- порядок возбуждения уголовного дела в отношении специальных субъектов (ст. 448 УПК РФ);
- особенности задержания лиц этой категории, избрания им меры пресечения и производства с их участием отдельных следственных действий (ст. 449–450 УПК РФ);
- направление уголовного дела в суд (ст. 451 УПК РФ).

Фактически требования данной главы несколько усложняют общий порядок уголовного судопроизводства через введение дополнительных обязанностей и запретов для лиц, ответственных за ход и исход производства по уголовному делу. В совокупности они выступают в качестве расширенных процессуальных гарантий неприкосновенности определенного круга специальных субъектов, выполняющих социально-значимые функции. Не увеличивая объем их неприкосновенности, они уменьшают возможность ее ограничения, снижая, таким образом, опасность осуществления бесосновательного уголовного преследования.

Перечень таких лиц в законе приведен самым исчерпывающим образом (ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Однако в части, касающейся обозначения пределов их процессуального иммунитета, нормы гл. 52 УПК РФ носят бланкетный характер, так как его фактическое содержание неодинаково. Это означает, что, совершая процессуальные действия и принимая предусмотренные законом решения, суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь и дознаватель должны учитывать не только предусмотренные УПК РФ особенности производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц, но и положения нормативных правовых актов, раскрывающих их правовой статус, объем полномочий и пределы действия процессуального иммунитета в том виде, как они закреплены в отраслевом законодательстве. В уголовном судопроизводстве его нормативные положения следует воспринимать через призму временных моментов, которые обязательно должны устанавливаться и учитываться в ходе предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел этой категории. Они следующие:

- точная дата появления у субъекта, указанного в ч. 1 ст. 447 УПК РФ, соответствующего статуса и дата его прекращения (окончания);
- момент начала и окончания инкриминируемого ему деяния с признаками конкретного состава преступления;
- дата принятия решения о возбуждении уголовного дела в отношении этого субъекта, либо о его привлечении в качестве обвиняемого.

Необходимость получения указанных сведений объясняется тем, что деяние и особый процессуальный статус преследуемого в уголовном порядке лица находятся в нераз-

рвной взаимосвязи. Более того, для каждой категории такого рода лиц законодателем установлен индивидуальный порядок решения вопроса о законности и обоснованности их уголовного преследования, свои условия принесения представлений, субъекты согласования, пределы их полномочий. Иными словами, путем выяснения вышеуказанных моментов, обеспечивается надлежащий процессуальный порядок уголовного преследования лица, обладающего статусом, из перечня, предусмотренного в ч. 1 ст. 447 УПК РФ.

Применение особого порядка производства по уголовным делам законом, в частности, допускается в отношении члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы, депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ, депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица органа местного самоуправления (п. 1 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Объем полномочий, которыми они располагают, зависит от принадлежности каждого из них к конкретному выборному органу.

Согласно ст. 98 Конституции РФ члены Совета Федерации и депутаты Государственной Думы обладают неприкосновенностью в течение всего срока их полномочий. Неприкосновенность (иммунитет) — неотъемлемый элемент их статуса, важнейшая правовая гарантия полноценной деятельности, имеющая публично-правовой характер. Она призвана служить публичным интересам, обеспечивая повышенную охрану законом личности парламентария в силу осуществляемых им государственных функций, чтобы оградить его от необоснованных преследований, способствовать беспрепятственной деятельности как его самого, так и парламента в целом, их самостоятельности и независимости¹.

Определяя общее направление и условия действия депутатской неприкосновенности, Конституция РФ допускает возможность конкретизации ее положений в федеральном законодательстве. В нем, в свою очередь, предусмотрено, что член Совета Федерации, депутат Государственной Думы без согласия соответствующей палаты Федерального Собрания РФ не могут быть привлечены к уголовной или к административной ответственности, налагаемой в судебном порядке, задержаны, арестованы, подвергнуты обыску (кроме случаев задержания на месте преступления) или допросу, а также подвергнуты личному досмотру, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других лиц. Неприкосновенность члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы распространяется на занимаемые ими жилые и служебные помещения, используемые личные и служебные транспортные средства, средства связи, принадлежащие им документы и багаж, на их переписку².

Не менее весомые гарантии предусмотрены законом для депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ, т.е. представителя, избранного населением, проживающим на территории субъекта РФ, уполномоченного осуществлять свою деятельность в законодательном (представительном) органе и иные полномочия. Они устанавливаются конституцией (уставом) и законом субъекта РФ³, в

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 1996 г. № 5-П по делу о проверке конституционности положений статей 18, 19 и 20 Федерального закона «О статусе депутата Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации» // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_9366/ (дата обращения: 2.09.2015)

² Федеральный закон от 8 мая 1994 г. № 3-ФЗ «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 2. Ст. 74.

³ Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

которых обязательно оговаривается, что депутат не может быть привлечен к уголовной или административной ответственности за высказанное мнение, позицию, выраженную при голосовании, и другие действия, соответствующие статусу депутата (в том числе по истечении срока его полномочий). Однако данное положение не распространяется на случаи, когда депутатом были допущены публичные оскорбления, клевета или иные нарушения, ответственность за которые предусмотрена федеральным законом. В случае его привлечения к уголовной ответственности, задержания, ареста, обыска, допроса, совершения иных уголовно-процессуальных действий в отношении депутата, его багажа, личных и служебных транспортных средств, переписки, используемых им средств связи и принадлежащих ему документов должен применяться особый порядок производства по уголовным делам.

Также особый порядок может применяться в отношении депутата и выборного должностного лица органа местного самоуправления (в том числе главы муниципального образования, иных лиц, должность и порядок избрания которых определены уставом соответствующего муниципального образования). Гарантии соблюдения их прав при привлечении к уголовной ответственности, устанавливаются федеральными законами. Гарантии беспрепятственного осуществления ими полномочий устанавливаются уставами муниципальных образований в соответствии с федеральными законами и законами субъектов РФ⁴.

Далее, в перечне лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, значатся судья Конституционного Суда РФ, судья федерального суда общей юрисдикции или федерального арбитражного суда, мировой судья и судья конституционного (уставного) суда субъекта РФ, а также присяжный или арбитражный заседатель в период осуществления им правосудия (п. 2 ч. 1 ст. 447 УПК РФ).

Гарантии неприкосновенности судьи Конституционного Суда РФ устанавливаются федеральным конституционным законом и федеральным законом о статусе судей. Он не может быть привлечен к какой-либо ответственности (в том числе после прекращения полномочий) за мнение, выраженное им при рассмотрении дела в Конституционном Суде РФ, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность данного судьи в преступном злоупотреблении своими полномочиями⁵.

Неприкосновенность судьи федерального суда общей юрисдикции или федерального арбитражного суда включает в себя неприкосновенность личности, неприкосновенность занимаемых жилых и служебных помещений, используемых личных и служебных транспортных средств, принадлежащих ему документов, багажа и иного имущества, тайну переписки и иной корреспонденции (телефонных переговоров, почтовых, телеграфных, других принимаемых и отправляемых судьей сообщений). Судья, задержанный по подозрению в совершении преступления или иному основанию либо принудительно доставленный в любой государственный орган, если личность этого судьи не могла быть известна в момент задержания, после ее установления подлежит немедленному освобождению. Личный досмотр судьи не допускается, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом в целях обеспечения безопасности других людей⁶.

⁴ Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Российская газета. 2003. № 3316.

⁵ Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

⁶ Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей Российской Федерации» // Ведомости Совета народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 30. Ст. 1792.

На мировых судей и членов их семей распространяются гарантии неприкосновенности судей, установленные Законом Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»⁷ и иными федеральными законами⁸.

На присяжного (арбитражного) заседателя и членов его семьи в период осуществления им правосудия распространяются гарантии неприкосновенности судей и членов их семей, установленные Конституцией РФ и Законом РФ «О статусе судей в Российской Федерации»⁹.

Помимо представителей судейского сообщества, особый порядок производства по уголовным делам распространен на Председателя Счетной палаты РФ, его заместителя и аудиторов Счетной палаты РФ (п. 3 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Они не могут быть задержаны, арестованы, привлечены к уголовной ответственности без согласия той палаты Федерального Собрания РФ, которая их назначила на должность в Счетную палату¹⁰.

В перечень лиц, в отношении которых применяется особый порядок, включен также Уполномоченный по правам человека в РФ (п. 4 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Он обладает неприкосновенностью в течение всего срока его полномочий и не может без согласия Государственной Думы привлекаться к уголовной ответственности, задерживаться, арестовываться, подвергаться обыску (за исключением случаев задержания на месте преступления). Гарантированная ему неприкосновенность распространяется на занимаемые им помещения (жилые и служебные), багаж, транспортные средства (личные и служебные), переписку, используемые средства связи, а также на принадлежащие ему документы.

В случае задержания Уполномоченного по правам человека в РФ на месте преступления должностное лицо, осуществившее задержание, обязано немедленно уведомить об этом Государственную Думу, которая должна принять решение о даче согласия на дальнейшее применение этой процессуальной меры. При неполучении в течение 24-х часов ее согласия на задержание Уполномоченный должен быть немедленно освобожден¹¹.

В круг лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, включен Президент РФ, прекративший исполнение своих полномочий, а также кандидат в Президенты РФ (п. 5 ч. 1 ст. 447 УПК РФ).

По действующему законодательству прекративший исполнение своих полномочий Президент РФ обладает неприкосновенностью. Он не может быть привлечен к уголовной или административной ответственности за деяния, совершенные им в период исполнения полномочий Президента РФ, а также задержан, арестован, подвергнут обыску, допросу либо личному досмотру, если указанные действия осуществляются в ходе производства по делам, связанным с исполнением им полномочий Президента РФ. Его неприкосновенность распространяется на занимаемые им жилые и служебные помещения, используемые транспортные средства, средства связи, принадлежащие ему документы и багаж, на его переписку¹². В отношении кандидата в Президенты РФ решения о

⁷ Там же.

⁸ См., напр.: Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270.

⁹ См.: указ. Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1.

¹⁰ Федеральный закон от 11 января 1995 г. № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 167.

¹¹ Федеральный конституционный закон от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1011.

¹² Федеральный закон от 12 февраля 2001 г. №12-ФЗ «О гарантиях Президенту Российской Федерации, прекратившему исполнение своих полномочий, и членам его семьи» // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 617.

возбуждении уголовного дела и привлечении его в качестве обвиняемого по уголовному делу принимаются в особом порядке¹³.

Особый порядок производства по уголовным делам распространяется также на прокурора (п. 6 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Являясь представителем государственной власти, он находится под особой защитой государства. Под защитой также находятся его близкие родственники, а в исключительных случаях — иные лица, на жизнь, здоровье и имущество которых совершается посягательство с целью воспрепятствовать законной деятельности прокуроров, либо принудить их к изменению ее характера, либо из мести за указанную деятельность.

Проверка сообщения о совершенном прокурором преступлении, возбуждение в отношении него уголовного дела (за исключением случаев, когда он застигнут при совершении преступления) и его предварительное расследование производятся Следственным комитетом РФ в порядке, установленном УПК РФ. Задержание, привод, личный досмотр прокурора, его вещей и используемого им транспорта не допускаются, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других лиц и задержания при совершении преступления¹⁴.

После прокурора, в перечне лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, упоминаются Председатель Следственного комитета РФ, руководитель следственного органа и следователь (пп. 6–7 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). Они также находятся под государственной защитой. Проверка сообщения о совершенном кем-либо из них преступлении, возбуждение уголовного дела (за исключением случаев, когда лицо застигнуто при совершении преступления) и производство расследования являются исключительной компетенцией следственных органов Следственного комитета РФ. Закон не допускает задержание, привод, личный досмотр руководителя следственного органа Следственного комитета и следователя, досмотр их вещей и используемых ими транспортных средств, за исключением случаев, когда это предусмотрено федеральным законом для обеспечения безопасности других лиц, а также случаев задержания при совершении преступления¹⁵.

Далее в этом перечне значится адвокат (п. 8 ч. 1 ст. 447 УПК РФ). В целях обеспечения доступности юридической помощи для населения и содействия адвокатской деятельности органы государственной власти обеспечивают гарантии независимости каждому адвокату. Вмешательство в адвокатскую деятельность, осуществляемую в соответствии с законодательством, либо препятствование этой деятельности законом запрещены. Адвокат не может быть привлечен к ответственности (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена его виновность в преступном действии (бездействии). Его уголовное преследование может осуществляться с соблюдением гарантий, предусмотренных УПК РФ¹⁶.

¹³ Ст. 42 Федерального закона от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 2. Ст. 171.

¹⁴ Ст. 42 и 45 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Ведомости Совета народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 8. Ст. 366.

¹⁵ Ст. 29 и 37 Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» // Российская газета. 2010. № 5375.

¹⁶ Ст. 18 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.

В круг лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, включен член избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса (п. 9 ч. 1 ст. 447 УПК РФ).

Избирательная комиссия и комиссия референдума — это коллегиальные органы, формируемые в порядке и сроки, которые установлены законом, организующие и обеспечивающие подготовку, проведение выборов или референдума. В их состав входят члены комиссий, обладающие правом совещательного и правом решающего голоса. Особый порядок производства по уголовным делам распространяется только на последнюю группу членов этих комиссий (т.е. на тех, что обладают правом решающего голоса). Их деятельность по подготовке и проведению выборов или референдума, осуществляется либо в период избирательной кампании (т.е. со дня официального опубликования решения уполномоченного на то должностного лица, государственного органа, органа местного самоуправления о назначении выборов до дня представления избирательной комиссией, организующей выборы, отчета о расходовании средств соответствующего бюджета, выделенных на подготовку и проведение выборов), либо в период проведения референдума (т.е. со дня регистрации инициативной группы по проведению референдума до дня представления комиссией референдума, организующей референдум, отчета о расходовании средств соответствующего бюджета, выделенных на подготовку и проведение референдума, либо до дня отказа в проведении референдума). Решения о возбуждении уголовного дела в отношении члена комиссии с правом решающего голоса и привлечении его в качестве обвиняемого по уголовному делу могут приниматься только специально уполномоченными на это должностными лицами¹⁷.

Аналогичный порядок законом распространен на зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы и зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ (п. 10 ч. 1 ст. 447 УПК РФ)¹⁸. Статусом кандидата лицо обладает со дня своей регистрации в этом качестве и до дня официального опубликования результатов выборов. Если соответствующая избирательная комиссия назначит повторное голосование, то кандидаты, выбывшие в предыдущем туре, и не участвующие в повторном голосовании, утрачивают свой статус со дня его назначения¹⁹.

Таким образом, лица, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам — это специальные субъекты, включенные в перечень предусмотренный ч. 1 ст. 447 УПК РФ, обладающие в силу своего места и роли в механизме правового регулирования исключительными правами и иммунитетами (привилегиями), призванными обеспечивать эффективность их публичной деятельности.

Понятием «иммунитет» (англ. immunity) в юридической литературе принято обозначать неподверженность тех или иных субъектов права действию общих норм. Такое избавление или освобождение (от лат. immunitas) от их действия в юридической практике принято характеризовать такими терминами как «привилегии», «льготы», «преимущества», «особые права» и т.п.²⁰ Посредством правового иммунитета (дипломатического, депутатского, иммунитета высших должностных лиц, иммунитета судей

¹⁷ Ст. 29 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 24. Ст. 2253.

¹⁸ См., напр.: ст. 47 Федерального закона от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 21. Ст. 1919.

¹⁹ См., напр.: ст. 41 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ.

²⁰ См., напр.: Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 177, 434.

и сотрудников правоохранительных органов) указанным в законе субъектам дополнительно гарантирована их личная неприкосновенность в целях беспрепятственной реализации каждым из них своих полномочий. Иммунитет действует в пределах срока занимаемой должности или выполнения определенной деятельности, независимо от вида и категории правонарушения. Более того, действие иммунитета сохраняется и за пределами данного срока, но с условием, что правонарушение, в связи с которым может осуществляться уголовное преследование, было совершено тогда, когда он действовал.

Устанавливая особые процедуры возбуждения уголовного преследования и привлечения к уголовной ответственности лиц рассмотренных категорий, российский законодатель исходил из их особой роли в жизни общества и функционирования государственных институтов. Считается, что в силу своего должностного положения они в большей мере, нежели обычные граждане, подвержены опасности посягательств на свою неприкосновенность. Вместе с тем, обретение разного рода иммунитетов от уголовного преследования лицами, совершающими или уже совершившими преступления, существенно осложняет процесс их изобличения и наказания за содеянное. По этой причине не теряет своей актуальности идея последовательного и целенаправленного сокращения категорий лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовным делам, в целях достижения действительного, а не мнимого равенства всех граждан перед законом и судом.

Круг лиц, на которых распространяется особый порядок производства по уголовным делам, уже сейчас может быть сужен до минимально оправданного в демократическом правовом государстве. Для этого из него должны быть однозначно исключены прокурор, руководитель следственного органа; следователь; адвокат; член избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса; зарегистрированный кандидат в депутаты Государственной Думы, зарегистрированный кандидат в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации. Неприкосновенность всех других лиц (члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы, депутата законодательного или представительного органа государственной власти субъекта РФ, депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица органа местного самоуправления; судьи Конституционного Суда РФ, судьи федерального суда общей юрисдикции или федерального арбитражного суда, мирового судьи и судьи конституционного (уставного) суда субъекта РФ, присяжного или арбитражного заседателя в период осуществления им правосудия; Председателя Счетной палаты РФ, его заместителя и аудиторов Счетной палаты РФ; Уполномоченного по правам человека в РФ; Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, а также кандидата в Президенты Российской Федерации) в ближайшие годы может быть сохранена, но при условии, что специальные процедуры привлечения их к уголовной ответственности будут предельно упрощены.

Решая эти задачи, не нужно принимать законы, по-новому определяющие статус каждого из этих лиц. Достаточно пересмотреть правовые нормы, лежащие в основе процедур лишения их неприкосновенности. Помимо этого, следуя рекомендациям Международной организации Совета Европы «Группа государств против коррупции» (GRECO)²¹, российскому законодателю следует продумать и установить особенные и

²¹ Группа государств против коррупции (ГРЕКО) — международная организация, созданная 1 мая 1999 г. Советом Европы для мониторинга соответствия законодательства и правоприменительной практики государств-участников антикоррупционным стандартам. Россия является ее членом с 1 февраля 2007 г.

объективные критерии для принятия соответствующими органами решений о лишении иммунитета, а также создать алгоритм процессуального контроля за тем, чтобы они были полностью свободными от политических соображений и основывались только на существе поданных запросов²².

Действующий процедурный механизм осуществления уголовного преследования в отношении лиц, подпадающих под особый порядок производства по уголовным делам, урегулирован ст. 144–146, 171 и 448 УПК РФ во взаимосвязи с положениями нормативных правовых актов, раскрывающих их правовой статус, объем полномочий и пределы действия процессуального иммунитета. Он предусматривает в качестве составной части и одновременно способа обеспечения их неприкосновенности усложненный по сравнению с обычным порядок возбуждения уголовного дела и привлечения этих лиц в качестве обвиняемых по уголовным делам. В ряде случаев обязательным условием этого порядка является получение согласия указанного в ч. 1 ст. 448 УПК РФ должностного лица или компетентного органа на осуществление уголовного преследования. С этой целью в его адрес направляется представление с соответствующей просьбой, которое должно быть не только законным по форме, но и фактически обоснованным. Это значит, что оно должно содержать сведения о реальном наличии в собранных материалах признаков конкретного состава преступления, необходимых и достаточных для получения требуемого согласия, служащего, в свою очередь, легитимной основой для законного и обоснованного возбуждения уголовного дела, либо для привлечения лица, подпадающего под особый порядок производства по уголовным делам в качестве обвиняемого, применения к нему мер процессуального принуждения или производства с его участием отдельных следственных действий.

В рамках осуществления данной формы публичного (в том числе судебного) контроля непосредственным предметом проверки и оценки является не само обращение как материальный носитель официальной просьбы о получении согласия на осуществление уголовного преследования, а конкретные сведения (доказательства), содержащиеся в материалах проверки сообщения о совершенном или готовящемся преступлении. Будучи фактическим основанием принимаемого решения, именно они должны проверяться и оцениваться соответствующим должностным лицом или компетентным органом на предмет их относимости и достаточности для вывода о наличии или отсутствии в действиях того или иного специального субъекта инкриминируемых ему признаков конкретного состава преступления (преступлений), обнаруженных и представленных инициатором уголовного преследования, либо о доказанности обстоятельств, дающих основание для законного и обоснованного привлечения в качестве обвиняемого. Без такой проверки и оценки получение согласия превратится в формальное исполнение требований закона, не гарантирующее в должной мере защиту такого субъекта от незаконного уголовного преследования.

Структура и содержание обращения к должностному лицу или в компетентный орган за получением согласия на осуществление уголовного преследования в гл. 52 УПК РФ специально не оговариваются. Следовательно, оно должно составляться в произвольной форме, но с обязательным описанием преступного деяния инкриминируемого лицу, подпадающему под особый порядок производства по уголовным делам, места и способа его совершения, наступивших последствий и юридической квалификации содеянного, а так-

²² Отчет Greco Eval I-II Rep (2008) 2E. Рекомендации XII, XIII / Документ опубликован Группой государств против коррупции (ГРЕКО) 30 апреля 2009 г. // http://www.supcourt.ru/Show_pdf.php?Id=8527 (дата обращения: 2.09.2015)

же данных, подтверждающих вывод должностного лица, инициировавшего обращение о необходимости возбуждения уголовного дела в отношении специального субъекта, либо о привлечении его в качестве обвиняемого. К данному обращению должны быть приложены материалы, подтверждающие его законность и обоснованность.

Решение о возбуждении уголовного дела в отношении лица, на которого распространяется особый порядок производства по уголовным делам, либо о привлечении его в качестве обвиняемого (если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления), обязаны принимать руководитель следственного органа Следственного комитета РФ по субъекту РФ и Председатель Следственного комитета РФ (ч. 1 ст. 448 УПК РФ). Кто из них именно — зависит от публичного статуса привлекаемого к уголовной ответственности субъекта.

По действующему законодательству, руководитель следственного органа Следственного комитета РФ по субъекту РФ наделен правом, принимать названные процессуальные решения в отношении следующих лиц (пп. 9–12 ч. 1 ст. 448 УПК РФ):

- прокурора района, города, приравненных к ним прокуроров, руководителя и следователя следственного органа по району, городу, а также адвоката;
- депутата законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ;
- депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица органа местного самоуправления;
- члена избирательной комиссии, комиссии референдума с правом решающего голоса.

В отношении зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ решения о возбуждении уголовного дела и привлечении в качестве обвиняемого принимаются в общем порядке (т.е. в соответствии со ст. 146 и 171 УПК РФ), но с согласия руководителя следственного органа Следственного комитета РФ по субъекту РФ (п. 14 ч. 1 ст. 448 УПК РФ). В отношении зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы эти решения могут приниматься только с согласия Председателя Следственного комитета РФ (п. 13 ч. 1 ст. 448 УПК РФ).

Сам Председатель Следственного комитета РФ наделен правом принятия решений о возбуждении уголовного дела и о привлечении в качестве обвиняемого в отношении следующих лиц (пп. 1–8, 10, 12 ч. 1 ст. 448 УПК РФ):

- вышестоящих прокуроров, руководителей и следователей вышестоящих следственных органов;
- Председателя Счетной палаты РФ, его заместителя и аудиторов Счетной палаты РФ;
- Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, а также кандидата в Президенты РФ;
- Уполномоченного по правам человека в РФ;
- члена Центральной избирательной комиссии РФ с правом решающего голоса, председателя избирательной комиссии субъекта РФ;
- Генерального прокурора РФ (на основании заключения коллегии, состоящей из трех судей Верховного Суда РФ, принятого по представлению Президента РФ, о наличии в действиях Генерального прокурора РФ признаков преступления);
- члена Совета Федерации и депутата Государственной Думы (с согласия, соответственно, Совета Федерации и Государственной Думы, полученного на основании представления Генерального прокурора РФ);
- судьи Конституционного Суда РФ (с согласия Конституционного Суда РФ);

- судьи Верховного Суда РФ, верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, федерального арбитражного суда, военного суда (с согласия Высшей квалификационной коллегии судей РФ);
- иных судей (с согласия соответствующей квалификационной коллегии судей).

Решения о возбуждении уголовного дела и привлечении в качестве обвиняемого в отношении вышестоящих прокуроров, руководителей и следователей вышестоящих следственных органов могут также приниматься заместителем Председателя Следственного комитета РФ (п. 10 ч. 1 ст. 448 УПК РФ). В отношении самого Председателя Следственного комитета РФ эти решения вправе принимать исполняющий обязанности Председателя Следственного комитета РФ на основании заключения коллегии, состоящей из трех судей Верховного Суда РФ, принятого по представлению Президента РФ, о наличии в его действиях признаков преступления (п. 2¹ ч. 1 ст. 448 УПК РФ). Данное представление рассматривается в закрытом судебном заседании в течение 10-ти суток после поступления в суд с участием Председателя Следственного комитета РФ и (или) его адвоката. Основным содержанием деятельности суда и сторон при осуществлении судебного контроля, по правилам гл. 52 УПК РФ является уголовно-процессуальное доказывание. Его результаты выступают фактической и юридической основой разрешения возникшего правового конфликта по существу. По итогам состоявшегося заседания суд делает вывод о наличии или об отсутствии в действиях Председателя Следственного комитета РФ, признаков конкретного состава преступления и отражает его в своем заключении²³.

В аналогичном порядке рассматривается представление Президента РФ о наличии признаков преступления в действиях Генерального прокурора РФ (ч. 3 и 4 ст. 448 УПК РФ).

Решение Конституционного Суда РФ, а также соответствующей квалификационной коллегии судей о даче либо об отказе в даче согласия на возбуждение уголовного дела в отношении судьи или привлечении его в качестве обвиняемого принимается в срок не позднее 10-ти суток со дня поступления в суд представления Председателя Следственного комитета РФ (ч. 5 ст. 448 УПК РФ). Возбуждение уголовного дела в отношении судьи по признакам преступления, предусмотренного ст. 305 УК РФ («Вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта») законом не допускается в случае, если соответствующий судебный акт, вынесенный этим судьей или с его участием, вступил в законную силу и не отменен в установленном процессуальным законом порядке как неправосудный (ч. 8 ст. 448 УПК РФ). По сути это означает, что вступивший в законную силу, не отмененный и не измененный судебный акт не может рассматриваться как неправосудный. Отсутствием подтверждения в установленном порядке его незаконности и необоснованности со стороны вышестоящей судебной инстанции фактически презюмируется правосудность этого судебного акта.

Рассматривая представление Председателя Следственного комитета РФ, квалификационная коллегия судей не вправе самостоятельно определять, является ли конкретный судебный акт неправосудным, т.е. оценивать его законность и обоснованность, в том числе с точки зрения правильности применения материального закона или соблюдения процессуальных правил. Такая проверка может осуществляться лишь в специальных, закрепленных процессуальным законом процедурах, а именно, посредством рассмотрения дела судами апелляционной, кассационной и надзорной инстанций²⁴.

²³ См.: п. 11¹ ст. 5 УПК РФ.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 18 октября 2011 г. № 23-П, по делу о проверке конституционности положений ст. 144, 145 и 448 УПК РФ и п. 8 ст. 16 Закона Российской Федерации

Давая заключение о наличии либо отсутствии в действиях судьи признаков конкретного состава преступления, квалификационная коллегия не вправе излагать свои суждения о правильности квалификации его действий и делать выводы, которые могут содержаться только в итоговом решении по уголовному делу (т.е. разрешать вопросы, которые могут стать предметом доказывания на последующих стадиях уголовного процесса). Она обязана проверить лишь достаточность представленных Председателем Следственного комитета РФ данных, указывающих на эти признаки, и правомерность его утверждения о наличии оснований для возбуждения уголовного преследования в отношении судьи.

Устанавливая в качестве общего правила запрет на его привлечение к ответственности за выраженное им при осуществлении правосудия мнение и вынесенные судебные акты, федеральный законодатель исходил из того, что при осуществлении судебной деятельности возможны неумышленные ошибки ординарного характера, не дискредитирующие априори лиц, их допустивших, которые возникают в ходе разрешения конкретного дела при толковании и применении норм материального или процессуального права и подлежат исправлению вышестоящими судебными инстанциями. Что касается судебных ошибок, которые являются следствием профессиональной некомпетентности или небрежности судьи (т.е. недобросовестного исполнения им функции по отправлению правосудия), то они могут приводить к искажению фундаментальных принципов судопроизводства и грубому нарушению прав участников процесса и, соответственно, повлечь вынесение неправосудного судебного акта, которое хотя и не подпадает под признаки состава преступления, тем не менее может служить основанием для применения к судье мер дисциплинарной ответственности²⁵.

Важно понять, что гарантии судейского иммунитета, включая независимость и неприкосновенность, не носят абсолютного характера. Они не предполагают ограждения судьи, совершившего преступление, от уголовной ответственности. Иное приводило бы к искажению смысла судейского иммунитета, а также к нарушению прав потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью²⁶.

Если появляется основание для возбуждения уголовного дела в отношении Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, то Председатель Следственного комитета РФ в течение 3-х суток обязан направить в Государственную Думу Федерального Собрания РФ представление о лишении его неприкосновенности. В случае получения согласия нижней палаты, ее решение вместе с представлением Председателя Следственного комитета РФ в течение 3-х суток направляется в Совет Федерации. Верхняя палата Федерального Собрания РФ, в свою очередь, обязана принять решение в срок не позднее 3-х месяцев со дня вынесения соответствующего постановления Государственной Думы. В течение 3-х суток о его принятии извещается Председатель Следственного комитета РФ (ч. 7 ст. 448 УПК РФ). Решение Государственной Думы об отказе в даче согласия на лишение неприкосновенности Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, либо решение Совета Федерации об отказе в лишении его неприкосновенности влечет за собой прекращение уголовного преследования по соответствующему основанию (п. 6 ч. 1 ст. 27 УПК РФ).

«О статусе судей в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина С.Л. Панченко // Российская газета. 2011. № 5622.

²⁵ Постановления Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2008 г. № 3-П и от 20 июля 2011 г. № 19-П // Российская газета. 2008. № 4612; 2011. № 5544.

²⁶ См., напр.: Определения Конституционного Суда РФ от 16 декабря 2004 г. № 394-О, от 7 февраля 2008 г. № 157-О-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2005. № 2 и др.

Рассматривая вопрос о даче согласия на возбуждение уголовного дела в отношении члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы либо на привлечение его в качестве обвиняемого (если уголовное дело возбуждено в отношении других лиц или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления), соответствующая палата Федерального собрания должна убедиться, что производство указанных процессуальных действий не было обусловлено высказанным им мнением либо выраженной им позицией при голосовании в Совете Федерации или Государственной Думе (соответственно) или связано с другими соответствующими его статусу законными действиями (ч. 4 ст. 448 УПК РФ). При подтверждении этих обстоятельств палата принимает решение об отказе в даче согласия на лишение неприкосновенности заподозренного лица. Такой отказ является обстоятельством, исключающим производство по уголовному делу в отношении данного члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы.

После принятия решения о возбуждении уголовного дела в отношении лица, подпадающего под особый порядок уголовного судопроизводства, осуществляется предварительное расследование. В случае привлечения его в качестве обвиняемого (если уголовное дело было возбуждено в отношении других лиц, или по факту совершения деяния, содержащего признаки преступления) предварительное расследование продолжается с участием этого лица. По его окончании уголовное дело направляется в суд, которому оно подсудно в соответствии с подсудностью, установленной ст. 31–36 УПК РФ.

После возбуждения уголовного дела либо привлечения лица, подпадающего под особый порядок производства по уголовным делам, в качестве обвиняемого следственные и иные процессуальные действия с его участием производятся в общем порядке, но с учетом изъятий, установленных ст. 449 и 450 УПК РФ. В них предусмотрены особенности избрания мер уголовно-процессуального принуждения. В этом качестве выступают предусмотренные законом процессуальные средства принудительно-обеспечительного характера, которые орган дознания, дознаватель, следователь, а также суд в пределах своих полномочий вправе применить к подозреваемому, обвиняемому и иным участникам уголовного судопроизводства при наличии оснований, предусмотренных УПК РФ, в целях предупреждения либо пресечения их правонарушений. В числе таких мер: задержание подозреваемого, меры пресечения и иные меры процессуального принуждения. В отношении лиц, подпадающих под особый порядок производства по уголовным делам, они могут применяться по возбужденному уголовному делу и при наличии предусмотренных законом оснований.

По общему правилу, задержание подозреваемого как мера процессуального принуждения может применяться без судебного решения, но только на стадии предварительного расследования и только по уголовным делам о преступлениях, за совершение которых предусмотрено наказание в виде лишения свободы. Она применяется при наличии следующих оснований:

- когда лицо застигнуто при совершении преступления или непосредственно после его совершения;
- когда потерпевшие или очевидцы укажут на данное лицо, как на совершившее преступление;
- когда на этом лице или его одежде, при нем или в его жилище будут обнаружены явные следы преступления.

Основания для задержания подозреваемого могут возникнуть только при наличии достаточных данных, указывающих на признаки преступления. При наличии иных данных, дающих основание подозревать лицо в совершении преступления, оно может быть задержано в случаях, если пыталось скрыться, не имеет постоянного места жительства,

не установлена личность этого лица и в суд направлено ходатайство об избрании в отношении указанного лица меры пресечения в виде заключения под стражу.

Суть задержания — кратковременная изоляция задержанного от общества для выяснения обоснованности возникшего в отношении него подозрения. Однако если это лицо является членом Совета Федерации, депутатом Государственной Думы, судьей федерального суда, мировым судьей, прокурором, Председателем Счетной палаты РФ, его заместителем или аудитором Счетной палаты РФ, Уполномоченным по правам человека в РФ, Президентом РФ, прекратившим исполнение своих полномочий, то сразу после установления личности оно должно быть немедленно освобождено. Данное правило предусмотрено ст. 449 УПК РФ. Исключением из него признаются лишь случаи задержания кого-либо из этих лиц на месте совершения преступления.

Следующее изъятие определяет особенности избрания в отношении специальных субъектов меры пресечения в виде заключения под стражу. Согласно ст. 108 УПК РФ оно применяется только по судебному решению в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений, за которые уголовным законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 3-х лет и только при невозможности применения иной, более мягкой меры пресечения.

При необходимости избрания в отношении лица, подпадающего под особый порядок производства по уголовным делам, в качестве меры пресечения заключения под стражу следователь с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель — с согласия прокурора возбуждают перед судом соответствующее ходатайство. К нему должны прилагаться:

- копии постановлений о возбуждении уголовного дела и привлечении данного лица в качестве обвиняемого;
- копии протоколов задержания и допросов специального субъекта в качестве подозреваемого, обвиняемого;
- имеющиеся в деле доказательства, подтверждающие необходимость избрания лицу, подпадающему под особый порядок производства по уголовным делам, меры пресечения в виде заключения под стражу.

В отношении зарегистрированного кандидата в депутаты Государственной Думы и кандидата в Президенты РФ ходатайство перед судом об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу может возбуждаться только с согласия Председателя Следственного комитета РФ, а в отношении зарегистрированного кандидата в депутаты законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации — с согласия руководителя следственного органа Следственного комитета РФ по субъекту РФ.

Судебное решение об избрании в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, Уполномоченного по правам человека в РФ в качестве меры пресечения заключения под стражу исполняется с согласия, соответственно, Совета Федерации или Государственной Думы. Согласие одной из этих палат Федерального Собрания требуется и в случае избрания названным лицам меры пресечения в виде домашнего ареста. Отсутствие в ст. 450 УПК РФ прямого указания не может расцениваться «... как обстоятельство, свидетельствующее об отсутствии необходимости получения такого согласия в случае применения к этим лицам данной меры пресечения»²⁷.

²⁷ См.: п. 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П, по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 УПК РФ в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы // Российская газета. 2004. № 3520.

Домашний арест в силу ст.107 УПК РФ заключается в ограничениях, связанных со свободой передвижения, а также в запрете общаться с определенными лицами, получать и отправлять корреспонденцию, вести переговоры с использованием любых средств связи. Он избирается в отношении подозреваемого или обвиняемого по решению суда при наличии оснований и в порядке, которые установлены ст. 108 УПК РФ, регламентирующей вопросы избрания в качестве меры пресечения заключения под стражу. Следовательно, установленные ст. 450 УПК РФ гарантии неприкосновенности членов Совета Федерации и депутатов Государственной Думы при решении вопроса о применении в отношении них меры пресечения, предусмотренной ст. 108 УПК РФ, должны обеспечиваться и при решении вопроса о применении в отношении названных категорий лиц домашнего ареста²⁸.

Судебное решение об избрании в отношении судьи Конституционного Суда РФ, судей иных судов в качестве меры пресечения заключения под стражу исполняется с согласия Конституционного Суда РФ или квалификационной коллегии судей (соответственно). Их мотивированное решение о даче согласия на избрание в отношении судьи в качестве меры пресечения заключения под стражу должно быть принято в срок не позднее 5-ти суток со дня поступления представления Председателя Следственного комитета РФ и соответствующего судебного решения. Такой же срок закон отводит для принятия решения о производстве обыска (ч. 4 ст. 450 УПК РФ).

Судебное решение о производстве обыска в отношении члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы, Президента РФ, прекратившего исполнение своих полномочий, Уполномоченного по правам человека в РФ исполняется с согласия Совета Федерации или Государственной Думы (соответственно). Иные следственные и процессуальные действия, осуществляемые в соответствии с УПК РФ не иначе как на основании судебного решения в отношении специального субъекта, если уголовное дело в отношении его не было возбуждено или он не был привлечен в качестве обвиняемого, производятся с согласия суда, указанного в ч. 1 ст. 448 УПК РФ. Например, если это лицо является Генеральным прокурором РФ или Председателем Следственного комитета РФ, то эти действия осуществляются с согласия коллегии, состоящей из трех судей Верховного Суда РФ. Если их необходимо произвести в отношении судьи Конституционного Суда РФ, судьи Верховного Суда РФ, верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области и суда автономного округа, федерального арбитражного суда, военного суда, то для этого требуется получить согласие Конституционного Суда РФ или Высшей квалификационной коллегии судей РФ (соответственно). Если эти действия должны быть произведены в отношении иных судей, то на это требуется согласие квалификационной коллегии судей.

Помимо заключения под стражу, домашнего ареста и обыска в группу следственных и иных процессуальных действий, осуществляемых не иначе как на основании судебного решения, входят:

- продление срока содержания под стражей (домашнего ареста);
- помещение подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинскую организацию, оказывающую медицинскую помощь в стационарных условиях, или в медицинскую организацию, оказывающую психиатрическую помощь в стационарных условиях;
- возмещение имущественного вреда;
- производство осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц;

²⁸ Там же.

- выемка в жилище;
- выемка заложенной или сданной на хранение в ломбард вещи;
- личный обыск;
- выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну, а также предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях;
 - наложение ареста на корреспонденцию, разрешение на ее осмотр и выемку в учреждениях связи;
 - наложение ареста на имущество, включая денежные средства физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в банках и иных кредитных организациях;
 - временное отстранение подозреваемого или обвиняемого от должности в соответствии со ст. 114 УПК РФ;
 - реализация или уничтожение вещественных доказательств;
 - контроль и запись телефонных и иных переговоров;
 - получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами.

В заключение хотелось бы обратить внимание, что соответствующим аспектам российской антикоррупционной системы была дана объективная оценка Международной организацией Совета Европы GRECO. В финальную редакцию ее отчета по России вошли 26 рекомендаций, немалая часть которых напрямую касается совершенствования системы расследования случаев коррупции, приведения правового института конфискации доходов и инструментов коррупционных правонарушений в соответствие с Конвенцией Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (г. Страсбург, 27 января 1999 г.), а также установления ответственности юридических лиц за правонарушения такого рода.

Основываясь на руководящих принципах по борьбе с коррупцией Совета Европы, эксперты-оценщики этой организации высказались, в частности, за сокращение в законодательстве категорий лиц, на которых распространяется специальная процедура привлечения их к уголовной ответственности, а также за упрощение такой процедуры. Они рекомендовали пересмотреть положения законодательства о снятии с них иммунитетов с целью его упрощения, выработать методические рекомендации для сотрудников правоохранительных органов и судей по применению названных положений законодательства, установить конкретные и объективные критерии для применения палатами Федерального Собрания, Конституционным Судом или квалификационной коллегией судей при рассмотрении запросов о снятии иммунитетов, а также гарантировать, чтобы решения, принимаемые по этому поводу, были свободны от политических мотивов и основаны только на обстоятельствах соответствующего запроса и лежащего в его основе расследования²⁹.

Очевидно, что осмыслению и выполнению рекомендаций GRECO в рассмотренном сегменте процессуальной деятельности нужно уделить самое серьезное внимание. Это потребует дальнейшей кропотливой работы не только органов законодательной власти, но и самого широкого круга специалистов, а такие сферы, как иммунитет государственных должностных лиц от уголовного преследования и независимость судопроизводства, будут являться в данном случае решающими вопросами.

²⁹ См.: Отчет Greco Eval I-II Rep (2008) 2E.



Библиография

Веденеев Ю.А. Развитие избирательной системы Российской Федерации: проблемы правовой институализации // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 47–57.

Галиуллин Ш.Р. Представление в порядке главы 52 УПК РФ. Сущность и содержание действий и решений суда и сторон // Следователь. 2008. № 4. С. 58–60.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Процессуально-правовые условия внесения представления в суд в порядке статьи 448 УПК РФ // Уголовный процесс. 2008. № 2. С. 41–50.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Практика судебного контроля за решениями и действиями (бездействием) публичных процессуальных органов, ограничивающими права и законные интересы личности в уголовном процессе: Учебно-практич. Пособие. Н. Новгород: Изд-во Волго-Вятской академии гос. службы, 2006. 112 с.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Пределы проверочной и оценочной деятельности суда при производстве в порядке главы 52 УПК РФ // Уголовный процесс. 2008. № 1. С. 37–44.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В., Захарова Т.П., Галиуллин Ш.Р. Судебный контроль за законностью и обоснованностью уголовного преследования, реализуемого в отношении специальных субъектов уголовного судопроизводства России (глава 52 УПК РФ). Монография. Н. Новгород: Изд-во Волго-Вятской академии гос. службы, 2007. 210 с.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Особый порядок возбуждения уголовного дела в отношении специальных субъектов или их привлечения в качестве обвиняемых: Глава 52 УПК РФ // Уголовное судопроизводство. 2008. № 1. С. 5–12.

Ковтун Н.Н., Ярцев Р.В. Стадия (этап) подготовки представления к его рассмотрению по существу в системе норм института, предусмотренного нормами главы 52 УПК РФ // Мировой судья. 2008. № 4. С. 26–28.

Колоколов Н.А. Заключение коллегии судей о наличии в действиях лица признаков преступления // Уголовный процесс. 2007. № 4 (28). С. 23–37.

Латыпов Т.Р. О применении положений главы 52 УПК РФ при возбуждении уголовных дел в отношении отдельных категорий лиц // Журнал российского права. 2010. № 8. С. 59–65.

Опалева А.А. Виды правовых привилегий в сфере неприкосновенности личности // Гражданин и право. 2007. № 5. С. 19–26.

Прошляков А. Д. Проблемы применения норм главы 52 УПК РФ // Российский юридический журнал. 2007. № 1. С. 127–131.

Синицын В. А. Отдельные аспекты влияния дифференциации уголовно-процессуальной формы на формирование главы 52 УПК РФ // Российское правосудие. 2015. № 5. С. 94–99.

Трунов И.Л. Необходимость реформы адвокатуры России // Российский журнал правовых исследований. 2014. № 4 (1). С. 41–46.

Халиков А.Н. Доследственная проверка в отношении отдельных категорий лиц (разд. XXVII УПК РФ) // Российская юстиция. 2005. № 11. С. 47–50.

Judicial Mechanism of Criminal Proceedings of the Special Subjects: the Modern State and Prospects of Optimization



Alexander S. Shatalov

Professor, Department of Criminal Law and Criminal Studies, National Research University Higher school of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: asshatalov@rambler.ru



Abstract

Procedural mechanism of realization of the criminal proceeding in regard to persons falling under the particular order of production on criminal cases, provides for as component part and simultaneously

method of providing of their inviolability the order of laying an action and bringing in of these persons complicated as compared to ordinary, as defendants on criminal cases. On this basis, the attempt of complex analysis of the most difficult and litigious questions, touching the criminal proceeding of persons for that he is initially intended, is undertaken in a publication. Authorial vision of possibilities of their decision is expounded in her, on a background a corresponding legal and theoretical ground. Complicating the general order of criminal trial, through introduction of additional duties and prohibitions for persons accountable for motion and end of production in criminal business, positions of the Russian Federation come forward, in opinion of author, as the extended judicial guarantees of inviolability of certain circle of the special subjects executing socially-meaningful functions. Not increasing the volume of their inviolability, they diminish possibility of her limitation, reducing, thus, the danger of realization of the groundless criminal proceeding. In spite of the fact that the list of the special subjects to the law is driven by exhaustive character, in part touching denotation of limits of their judicial immunity, the norms of ch.52 CPC of the Russian Federation carry blanket character, as his actual maintenance is different. An author considers on this basis, that accomplishing judicial actions and accepting statutory decisions a court, public prosecutor, leader of investigative agency, investigator, must take into account not only envisaged by CPC of the Russian Federation feature of production on criminal cases in regard to the separate categories of persons but also position of normative legal acts exposing their legal status, volume of plenary powers and limits of action of judicial immunity in a that kind, as they are envisaged in a branch legislation. Self legislation on that score, must consistently change in the river-bed of recommendations of International organization of CE «Group of States Against Corruption» (GRECO) speaking out in the report for reduction in him categories of persons to that the special procedure of bringing in of them spreads to criminal responsibility, and also for simplification of such procedure.



Keywords

GRECO; persons falling under the particular order of production on criminal cases; bodily security; particular order of production on criminal cases; legal immunity; special subjects

Citation: Semenov A.S. (2015) Judicial Mechanism of Criminal Proceedings of the Special Subjects: the Modern State and Prospects of Optimization. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 100–118 (in Russian).



References

- Galiullin Sh.R. (2008) Predstavlenie v poryadke glavy 52 UPK RF. Sushchnost' i sodержanie deystviy i resheniy suda i storon [Production in Court under the RF Criminal Code, Chapter 52. Essence and Content of Actions and Decisions of Court and Parties]. *Sledovatel'*, no 4, pp. 58–60.
- Khalikov A.N. (2005) Dosledstvennaya proverka v otnoshenii otdel'nykh kategoriy lits (razd. KhKhVII UPK RF) [Pre-trial Check of Special Groups]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 11, pp. 47–50.
- Kovtun N.N., Yartsev R.V. (2008) Protssessual'no-pravovye usloviya vneseniya predstavleniya v sud v poryadke stat'i 448 UPK RF [Procedural Law Criteria of Production in Court under the RF Criminal Code, Art. 448]. *Ugolovnyy protsess*, no 2, pp. 41–50.
- Kovtun N.N., Yartsev R.V. (2006) *Praktika sudebnogo kontrolya za resheniyami i deystviyami (bezdeystviem) publichnykh protssessual'nykh organov, ogranichivayushchimi prava i zakonnye interesy lichnosti v ugolovnom protsesse: Uchebno-praktich. posobie* [The Practice of Judicial Control over the Decisions and Actions (Inactions) of Public Procedural Bodies Restricting Rights and Legal Interests of a Person in Criminal Process. Manual]. N.Novgorod: Izdatel'stv Volgo-Vyatskoy Akademii gosudarstvennoy sluzhby, 112 p. (in Russian).
- Kovtun N.N., Yartsev R.V. (2008) Predely proverochnoy i otsenochnoy deyatelnosti suda pri proizvodstve v poryadke glavy 52 UPK RF [The Limits of Supervisory and Evaluating Activity of Court under the RF Criminal Code, Chapter 52]. *Ugolovnyy protsess*, no 1, p.37–44.
- Kovtun N.N., Yartsev R.V., Zakharova T.P., Galiullin Sh.R. (2007) *Sudebnyy kontrol' za zakonnost'yu i obosnovannost'yu ugolovnogo presledovaniya, realizuemogo v otnoshenii spetsial'nykh sub"ektiv ugolovnogo sudoproizvodstva Rossii* (glava 52 UPK RF). Monografiya [Judicial Control over the Legality and Justification of a Criminal Prosecution as to Special Subjects of Criminal Justice in Russia (the RF Criminal Code, Chapter 52). Monograph]. N. Novgorod: Izdatel'stv Volgo-Vyatskoy Akademii gosudarstvennoy sluzhby, 210 p. (in Russian).

Kovtun N.N., Yartsev R.V. (2008) Osoby poryadok vzbuzhdeniya ugovnogo dela v otnoshenii spetsial'nykh sub'ektov ili ikh privilecheniya v kachestve obvinyaemykh: Glava 52 UPK RF [Special Procedure of Initiating a Criminal Case as to Special Subjects and their Prosecution as the Accused. The RF Criminal Code, Chapter 52]. *Ugovnoe sudoproizvodstvo*, no 1, pp. 5–12.

Kovtun N.N., Yartsev R.V. (2008) Stadiya (etap) podgotovki predstavleniya k ego rassmotreniyu po sushchestvu v sisteme norm instituta, predusmotrennogo normami glavy 52 UPK RF [The Stage of Preparing Production to its Examination under the RF Criminal Code, Chapter 52]. *Mirovoy sud'ya*, no 4, pp. 26–28.

Kolokolov N.A. (2007) Zaklyuchenie kollegii sudey o nalichii v deystviyakh litsa priznakov prestupleniya [The opinion of a Judicial Panel on a Possible Offence]. *Ugovnyy protsess*, no 4 (28), p. 23–37.

Latypov T.R. (2010) O primeneniі polozeniy glavy 52 UPK RF pri vzbuzhdenii ugovnykh del v otnoshenii otdel'nykh kategoriy lits [On Applying Chapter 52 of the RF Criminal Code to Prosecuting Special Groups of People]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 59–65.

Opaleva A.A. (2007) Vidy pravovykh privilegii v sfere neprikosновенности lichnosti [Types of Legal Privileges regarding Personal Integrity]. *Grazhdanin i pravo*, no 5, pp. 19–26.

Proshlyakov A.D. (2007) Problemy primeneniya norm glavy 52 UPK RF [The Issues of Applying Chapter 52 of the RF Criminal Code]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 1, p. 127–131.

Sinitsyn V.A. (2015) Otdel'nye aspekty vliyaniya differentsiatsii ugovno-protsessual'noy formy na formirovanie glavy 52 UPK RF [Special Aspects of Differentiation in Criminal Procedure Form in Chapter 52 of the RF Criminal Code]. *Rossiyskoe pravosudie*, 5, pp. 94–99.

Trunov I.L. (2014) Neobkhodimost' reformy advokatury Rossii [On the Necessity to Reform the Bar Association]. *Rossiyskiy zhurnal pravovykh issledovaniy*, no 4 (1), pp. 41–46.

Vedeneev Yu.A. (2006) Razvitiye izbiratel'noy sistemy Rossiyskoy Federatsii: problemy pravovoy institucionalizatsii [The Development of the RF Voting System: Issues of legal Institutionalisation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 47–57.

Конституционные основы финансирования судебной власти в Российской Федерации



И.Р. Латыпова

преподаватель кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ilyuza.latyпова@gmail.com



Аннотация

Статья представляет собой детальный анализ ст. 124 Конституции Российской Федерации. В работе исследуются вопросы законодательного регулирования порядка финансирования судов из федерального бюджета, рассматриваются причины несоответствия положений федерального законодательства Конституции Российской Федерации в части, касающейся материального обеспечения судебной системы, изучается проблема количественного и качественного определения объема финансирования судебной системы, обеспечивающего ее независимость, транспарентность и открытость. Проблема достаточности финансирования судов анализируется в тесной взаимосвязи с принципом независимости судебной власти, ставится вопрос о необходимости законодательного закрепления перечня государственных органов и должностных лиц, уполномоченных осуществлять материальное обеспечение судебной системы. Особое внимание уделено изучению опыта ведущих стран мира в вопросах бюджетного финансирования судебной власти. На примере законодательства США, Японии, Нидерландов, Литовской республики продемонстрирована модель финансирования судов на основе отдельного бюджета, формируемого органами судебной власти самостоятельно, описана процедура согласования судебных расходов с органами исполнительной власти, гарантирующая права и законные интересы судов. В заключение автор формулирует предложения по совершенствованию законодательства, приходит к выводу о необходимости принятия федерального закона, подробно регламентирующего все вопросы финансового обеспечения судебной власти с целью создания в России независимого, открытого и саморегулируемого суда, ориентированного на высокий результат. На необходимость принятия отдельного федерального закона, регулирующего вопросы финансирования судебной системы, указывает ст. 124 Конституции Российской Федерации, закрепляющая, что финансирование судов производится в соответствии с федеральным законом. В статье сформулированы ключевые разделы предлагаемого закона, которые призваны закрепить источники финансирования судебной власти; процедуру составления судебного бюджета; структуру бюджета суда и его основные показатели; порядок согласования бюджета судебной власти с Правительством Российской Федерации; контроль за расходованием бюджетных средств органами судебной власти. Автор предлагает три основных параметра, составляющие бюджет суда, а также определяет перечень государственных органов, обладающих правом получать средства из бюджета и распределять их между судами.



Ключевые слова

финансирование судебной власти, бюджет суда, закон о финансировании судов, нормативы рабочей нагрузки судей, статья 124 Конституции, нормативы финансирования, материальное обеспечение мировых судей.

Библиографическое описание: Латыпова И.Р. Конституционные основы финансирования судебной власти в Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. №3. С. 119–130.

JEL: K4; УДК: 342

Порядок финансирования судебной власти в России регулируется значительным количеством нормативно-правовых актов, среди которых особое место занимает Конституция Российской Федерации — основной закон государства, обладающий высшей юридической силой. В отличие от многих стран Европы¹, в конституциях которых не содержатся нормы о финансовом обеспечении судов, в Российской Федерации вопросам финансирования судебной власти посвящена отдельная статья Конституции.

Статья 124 Конституции гласит: «Финансирование судов производится только из федерального бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом». Анализируя положения данной нормы, можно выделить три основных тезиса, постулируемых на самом высоком уровне: 1) финансирование судов осуществляется только из федерального бюджета; 2) финансирование судов должно обеспечить возможность полного и независимого осуществления правосудия; 3) финансирование производится в соответствии с федеральным законом.

При буквальном толковании первого тезиса можно сделать вывод, что все суды в Российской Федерации финансируются из федерального бюджета. Однако в действительности мировые суды и конституционные (уставные) суды субъектов финансируются частично или полностью из бюджета соответствующего субъекта Российской Федерации². Указанное несоответствие может привести к неоднозначному пониманию ст. 124 Конституции. Есть мнение, что согласно ст. 124 все суды финансируются только из федерального бюджета, тогда как другие полагают, что в комментируемой статье речь идет о финансировании федеральных судов, и финансирование мировых судей из федерального бюджета не обязательно, но целесообразно в целях создания условий их независимости³.

С целью разрешения данного вопроса обратимся к тексту Конституции и убедимся, что законодатель использует как термин «суд», так и «федеральный суд». Согласно ст. 83 Конституции Президент Российской Федерации уполномочен назначать судей **федеральных** судов, при этом полномочия, порядок образования и деятельность **федеральных** судов устанавливаются федеральным конституционным законом. В абсолютном большинстве других статей Конституции, затрагивающих вопросы судебной системы, фигурирует общий термин «суд». Можно предположить, что авторы Конституции, оперируя общим термином «суд», допускали существование других судов, отличных от федеральных, и в ст. 124 Конституции они могли бы закрепить принципы финансирования строго определенных судебных органов, употребив словосочетание «федеральные суды».

Несмотря на то, что Конституция не содержит упоминания о судах, не входящих в систему федеральных судов, ст. 4 Федерального закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31.12.1996 №1-ФКЗ (далее — ФКЗ «О судебной системе»), вступившего в силу 1 января 1997 г., закрепляет, что судебную систему России составляют федеральные суды и суды субъектов Российской Федерации. К последним относятся конститу-

¹ Например, конституции Франции, Италии. См.: Конституции зарубежных стран. Сборник / Сост. В.Н. Дубровин. М.: Юрлитинформ, 2008. 448 с.

² Пункт 2 ст. 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31.12.1996 № 1-ФКЗ // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1; п. 3 ст. 10 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации» от 17.12.1998 № 188-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270.

³ Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий / Под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юрист, 1997. С. 427, 620.

ционные (уставные) суды субъектов и мировые судьи⁴. Возникает вопрос, распространяются ли требования ст. 124 Конституции на деятельность судов субъектов?

В соответствии со ст. 11 Конституции государственную власть в Российской Федерации осуществляют Президент, Федеральное Собрание, Правительство и суды, а в субъектах Российской Федерации — образуемые ими органы государственной власти. Таким образом, государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют также и суды субъектов Российской Федерации (далее — суды субъектов). По мнению В.М. Савицкого⁵, отсутствие в тексте Конституции упоминания о судах субъектов объясняется тем, что к моменту принятия Конституции образование таких судов только планировалось законодателем, и впоследствии должно было найти отражение в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации».

Кроме того, в главах Конституции «Права и свободы человека и гражданина», «Судебная власть», посвященных естественным правам человека и конституционным основам осуществления правосудия, повсеместно используется слово «суд», что подчеркивает обязательность этих положений для всех судебных органов в стране. Иное понимание ставило бы под сомнение универсальность и всеобщность норм, признанных международным сообществом, нивелировало бы базовые принципы осуществления правосудия, такие как судебная защита прав и свобод человека, осуществление правосудия только судом, равенство всех перед законом и судом, презумпция невиновности.

С учетом вышеизложенного можно предположить, что в ст. 124 Конституции законодатель в термин «суд» включил как федеральные суды, так и суды субъектов. Подавляющее большинство правоведов также придерживаются мнения, что положения главы 7 Конституции «Судебная власть» распространяются на любые судебные органы в стране⁶.

Очевидно, что единственная статья Конституции, посвященная финансированию судебной власти, не способна раскрыть полностью весь механизм материального обеспечения судов. Закон, обладающий высшей юридической силой, закрепил важнейшие принципы деятельности судебных органов, оставил законодателю широкое поле для дальнейшего нормотворчества с целью детализации конституционных требований. Фактически Конституция ознаменовала собой начало судебной реформы и стала основой фундаментальных изменений в судебной системе.

Принятые впоследствии нормативно-правовые акты существенным образом дополнили конституционные положения, но некоторые из них, как представляется, все же исказили первоначальный смысл конституционных требований.

Важнейшим нормативно-правовым актом, закрепившим действующую систему судов Российской Федерации, стал Федеральный конституционный закон «О судебной системе». В ст. 3 данного Закона указано, что единство судебной системы достигается финансированием федеральных судов и мировых судей из федерального бюджета. Финансирование конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации производится за счет средств бюджета соответствующего субъекта⁷. Основыва-

⁴ СЗ РФ. 1997. №1. Ст. 1.

⁵ Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий. С. 620.

⁶ См. напр.: *Стецовский Ю.И.* Судебная власть. М.: Дело, 1999. С. 87; Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации». М.: Норма-Инфра-М, 1998. С. 155.

⁷ Статья 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31.12.1996 № 1-ФКЗ // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1.

ясь только на нормах Федерального конституционного закона «О судебной системе», можно сделать опрометчивый вывод: все суды, кроме конституционных (уставных) судов субъектов, финансируются из федерального бюджета. Однако в действительности мировые судьи лишь частично финансируются из федерального бюджета; другая часть денежных средств на поддержание работы мировых судов выделяется бюджетами субъектов Российской Федерации.

В ст. 10 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации» от 17.12.1998 № 188-ФЗ (далее — ФЗ «О мировых судьях») закреплено, что обеспечение ежемесячного денежного вознаграждения, ежеквартального денежного поощрения мировых судей, других выплат, осуществляемых за счет средств фонда оплаты труда, и социальных выплат, предусмотренных для судей федеральными законами, являются расходным обязательством Российской Федерации и осуществляется через органы Судебного департамента при Верховном Суде России. Материально-техническое обеспечение деятельности мировых судей осуществляют органы исполнительной власти соответствующего субъекта Российской Федерации в порядке, установленном законом соответствующего субъекта⁸.

Таким образом, ФЗ «О мировых судьях» в части финансирования судов не корреспондирует ни ст. 124 Конституции, ни ФКЗ «О судебной системе». Конституция не дает нам оснований разделять финансирование судов на материальное обеспечение судей и материально-техническое обеспечение деятельности судов. Как верно отмечает М.В. Боровский⁹, «такая юридическая казуистика, направленная на обход конституционной нормы, является абсолютно неприемлемой и порочной практикой». ФКЗ «О судебной системе» также оперирует единым термином «финансирование», не разделяя его на отдельные элементы, такие как финансирование судей, материально-техническое обеспечение деятельности судов.

Возвращаясь к анализу ст. 124 Конституции, отметим, что помимо условия об обязательном финансировании судов из федерального бюджета, рассматриваемая норма требует, чтобы финансирование судов обеспечивало возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом. Указанное положение полностью согласуется с нормами международных актов, предписывающих выделять судам достаточные ресурсы, оборудование, снабжение, назначать достаточное число судей (сообразно числу рассматриваемых дел), обеспечивать суды техническим персоналом¹⁰. Конституционный суд Российской Федерации в Постановлении № 23-П от 17.07.1998 подчеркивает, что согласно ст. 124 Конституции финансирование судов «должно проводиться в порядке и объеме, гарантирующих надлежащие экономические условия осуществления судебной власти на основе принципов и положений Конституции Российской Федерации»¹¹.

⁸ Статья 10 Федерального закона «О мировых судьях в Российской Федерации» от 17.12.1998 № 188-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 51. Ст. 6270.

⁹ Боровский М.В. Суды общей юрисдикции в Российской Федерации: проблемы и перспективы: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000.

¹⁰ Рекомендация Комитета Министров Совета Европы «О независимости, эффективности и ответственности судей» // Российской правосудие. 2011. № 4; Резолюция 1989/60 Экономического и Социального совета ООН от 24.05.1989 «Процедуры эффективного осуществления основных принципов независимости судебных органов» // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ Постановление Конституционного суда Российской Федерации № 23-П от 17.07.1998 // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3801

Важно отметить, что принцип «достаточного финансирования» установлен только в отношении судебной власти; ни законодательные, ни исполнительные государственные органы не обладают таким конституционно закрепленным правом. Это является показателем, насколько важной признается роль независимой судебной власти для существования демократического правового государства.

Однако необходимо указать на существенные сложности в количественном определении того объема денежных средств, который должен обеспечить возможность полного и независимого осуществления правосудия. По мнению некоторых исследователей¹², возможность полного и независимого осуществления правосудия обеспечивается «достаточным финансированием». Так, М. В. Боровский¹³ утверждает, что «Конституция содержит важнейшие критерии определения объема финансирования судов — оно должно быть достаточным, чтобы обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом», при этом он указывает, что ст. 124 Конституции дает вполне действенные критерии для определения необходимого уровня финансирования судов.

Но какими критериями следует руководствоваться для определения «достаточности финансирования»?

В этом вопросе нельзя использовать упрощенный подход¹⁴: связывать, например, нарушение сроков принятия дел к рассмотрению вследствие чрезмерной загруженности судей только с недостаточным финансированием. Ясно, что затягивание сроков принятия дел к производству не всегда имеет место ввиду недофинансирования суда, а может быть следствием некомпетентности судьи, низкого уровня управления внутри суда, отсутствия действенной системы разделения труда и т.д. Поэтому увеличение объемов финансирования не является панацеей; наряду с регулярным субсидированием должны вводиться действенные механизмы повышения эффективности работы судебных органов, включая внедрение объективных методов контроля качества работы.

Для выявления смысла таких оценочных и обтекаемых понятий, какими являются «достаточное финансирование», «финансирование, обеспечивающее возможность полного и независимого осуществления правосудия», необходимо на законодательном уровне ввести четкие и ясные количественные показатели, либо использовать действенные механизмы их определения. Важность подобной регламентации возрастает в связи с тем, что бюджетные средства являются ограниченным ресурсом, обладающим высоким спросом. Однако в нарушение ст. 33 ФКЗ «О судебной системе» до сих пор не принят закон, устанавливающий нормативы финансирования судебной власти, проблема количественного и качественного определения объемов финансирования судов не решена.

Рассматривая вопрос о «достаточности» финансирования судов, нельзя забывать, что данная проблема находится в тесной взаимосвязи с принципом независимости судебной власти, закрепленным в ст. 120 Конституции.

Независимое правосудие возможно лишь в том случае, когда судья, подчиняясь только Конституции и федеральному закону, решает спорный вопрос в отсутствие какого-либо противоправного влияния на него со стороны органов законодательной и исполнительной власти, должностных лиц, участников судопроизводства, отдельных представителей судебной системы. Следовательно, финансирование должно осущест-

¹² Яновский К.Э. Порядок финансирования судебной системы как гарантия независимости суда // Адвокат. 2004. № 10. С. 26–31.

¹³ Боровский М.В. Указ. соч.

¹⁴ Боровский М.В. Указ. соч.

вляться таким образом, чтобы исключить любое неправомерное вмешательство в деятельность суда вследствие материальной зависимости судей от органов публичной власти либо должностных лиц.

Как верно отмечают ученые-правоведы, «обещание России при вступлении в Совет Европы постоянно улучшать финансирование судов, поскольку оно не достигает необходимого уровня, гарантирующего обеспечение независимого правосудия, используется как разменная монета — вместо гарантии независимости становится инструментом «воспитания». Хорошо оплачиваемая работа перевешивает ценность независимости, тем более когда известна «рука дающего»¹⁵. В связи с указанным первостепенное значение приобретает вопрос о том, какие органы и должностные лица могут быть уполномочены осуществлять материальное обеспечение судебной системы.

Согласно ст. 5 Федерального закона от 08.01.1998 № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном суде Российской Федерации» финансирование федеральных судов, мировых судей и органов судейского сообщества осуществляется Судебным департаментом за счет средств федерального бюджета. Судебный департамент при Верховном суде России — это специально созданный государственный орган, призванный осуществлять организационное обеспечение деятельности судей, включая мероприятия кадрового, финансового, материально-технического, информационного и иного характера, направленные на создание условий для полного и независимого осуществления правосудия¹⁶.

В нарушение требований Конституции и Федерального закона «О Судебном департаменте» социально-бытовое, медицинское и санаторно-курортное обслуживание судей Конституционного Суда, Верховного Суда и Военной коллегии Верховного Суда осуществляется также Управлением делами Президента России (далее — Управление делами Президента). Материально-техническое обеспечение деятельности указанных судов является одной из основных задач Управления делами Президента¹⁷. Кроме того, в августе 2014 г. подписан Указ, согласно которому Управление делами Президента обязано обеспечивать жилыми помещениями судей Верховного суда России, осуществлять социально-бытовое, медицинское и санаторно-курортное обслуживание указанных лиц¹⁸. В условиях, когда Управление делами Президента (федеральный орган исполнительной власти, полное руководство которым осуществляет Президент Российской Федерации) решает первостепенные материальные потребности судей высших судов, есть все основания усомниться в возможности сохранения этими судьями подлинно независимого статуса.

Еще более парадоксальная ситуация складывается с военными судами. Как известно, военные суды Российской Федерации являются федеральными судами общей юрисдикции, следовательно, в отношении этих судов финансирование должно осуществляться органами Судебного департамента. Однако п. 2 ст. 32 Федерального конституционного закона «О военных судах Российской Федерации» от 23.06.1999 №1-ФКЗ (далее — ФКЗ

¹⁵ Краснов М.А., Мишина Е.А. Открытые глаза российской Фемиды / Под общ. ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Либеральная миссия, 2007. С. 12.

¹⁶ Статья 1 Федерального закона от 08.01.1998 № 7-ФЗ «О Судебном департаменте при Верховном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 223.

¹⁷ Указ Президента Российской Федерации от 17.09.2008 № 1370 «Об Управлении делами Президента Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 38. Ст. 4277.

¹⁸ Указ Президента Российской Федерации от 18.08.2014 № 572 «Об обеспечении деятельности Верховного суда Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 34. Ст. 4652.

«О военных судах») устанавливает, что «обеспечение военных судов средствами связи, служебными помещениями, а также хранение архивов осуществляются соответствующими органами Вооруженных Сил Российской Федерации, других войск, воинских формирований и органов с оплатой произведенных ими расходов соответственно Судебным департаментом и Верховным Судом Российской Федерации». Такой порядок материального обеспечения судов ставит под сомнение возможность осуществления независимого правосудия военными судами, так как органы Вооруженных Сил могут оказывать воздействие на судей, используя перечисленные выше материальные блага в качестве инструмента давления.

В связи с этим необходимо отметить, что Конституционный Суд России неоднократно подчеркивал, что нормы Конституции направлены на то, чтобы «производимым только из федерального бюджета финансированием судов гарантировалась возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом»¹⁹. В обход положений Конституции ФКЗ «О военных судах» возлагает на органы Вооруженных Сил задачу выделять судьям военных судов жилые помещения, обеспечивать их лекарственными средствами, медицинским обслуживанием, санаторно-курортным лечением с последующей компенсацией понесенных расходов за счет федерального бюджета²⁰.

В ранее действовавшей редакции Закона «О статусе судей» от 26.06.1992 № 3132-1 существовала аналогичная норма, позволяющая органам местной власти предоставлять судьям жилые помещения с последующей компенсацией стоимости жилья из средств федерального бюджета. Конституционный Суд²¹ признал указанную норму конституционной, тем не менее, позднее объективная критика этих положений научным сообществом привела к отмене данной статьи. Наличие в ФКЗ «О военных судах» п. 2 ст. 44, позволяющего в любых других необходимых случаях производить финансирование судов соответствующими органами Вооруженных Сил России, не оставляет сомнений, что финансирование военных судов органами Вооруженных сил практически ничем не ограничено.

Приведенные примеры ярко иллюстрируют отход законодателя от первоначальной идеи Конституции, закрепленной в ст. 124. Подобные отступления трудно рассматривать как позитивные изменения, способствующие становлению истинно независимой судебной власти, напротив, они нуждаются в приведении в соответствие с конституционными стандартами.

Ввиду того, что единственная статья Конституции, посвященная финансированию судебной системы, передает скорее общую волю законодателя, не конкретизируя отдельных понятий, логично предположить, что полное раскрытие механизма финансирования судебной власти должно осуществляться в принимаемом во исполнение Конституции нормативно-правовом акте. На необходимость принятия отдельного федерального закона, регулирующего вопросы финансирования судебной системы, указывает ст. 124 Конституции, закрепляющая, что финансирование судов производится в соответствии с федеральным законом.

¹⁹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 31.01.2008 № 2-П // СЗ РФ. 2008. № 6. Ст. 540; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17.07.1998 № 23-П // СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3801.

²⁰ Пункт 4 и пункт 6.1. ст. 31 Федерального конституционного закона «О военных судах Российской Федерации» от 23.06.1999 № 1-ФКЗ // СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3170.

²¹ Определение Конституционного Суда от 09.04.2003 № 132-О // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2003. № 5.

Рассмотренные выше положения ФКЗ «О судебной системе», ФКЗ «О военных судах», ФЗ «О мировых судьях», содержат отрывочные, фрагментарные упоминания о материальном обеспечении судов и не раскрывают ключевых положений института финансирования судебной власти. Отдельными положениями федеральных конституционных законов «О Конституционном Суде Российской Федерации», «О Верховном суде Российской Федерации», «Об арбитражных судах в Российской Федерации», федеральных законов «О Судебном департаменте», «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации», Указа Президента от 07.02.2000 № 306 «Об обеспечении деятельности Конституционного Суда Российской Федерации и о предоставлении государственных социальных гарантий судьям Конституционного Суда Российской Федерации и членам их семей» также регламентируются некоторые вопросы, связанные с финансовым обеспечением деятельности судов. Однако регулирование финансирования судебной системы в перечисленных актах имеет несистемный характер и не вносит ясности в наиболее проблемные участки изучаемой области, а подчас нормы законов и иных нормативно-правовых актов о материальном обеспечении судов противоречат друг другу и идут вразрез с положениями Конституции.

Можно предположить, что Федеральный закон с обнадеживающим названием «О финансировании судов Российской Федерации» от 10.02.1999 № 30-ФЗ способен ответить на вопросы об объемах и источниках финансирования судов, механизме выделения денежных средств на нужды судебной системы, о порядке распределения полученных бюджетных средств между судами. Но данный федеральный закон дублирует положения Конституции и в ст. 1 устанавливает, что суды Российской Федерации финансируются только за счет средств федерального бюджета²². Эту явную отсылку законодателя к Конституции нельзя считать решением вопроса. Это скорее уход от мер, который нельзя оправдать в условиях проводимой в стране судебной реформы, так как закон вступил в силу 15 февраля 1999 г., намного позже принятия Конституции, ФКЗ «О судебной системе» и ФЗ «О мировых судьях».

Рассматриваемый закон, состоящий всего из шести статей, не выполняет роли единого акта, регламентирующего все основные вопросы финансирования судебной системы. По сути, ФЗ «О финансировании судов Российской Федерации» закрепляет лишь гарантии получения судами денежных средств, выделенных на их содержание федеральным бюджетом, и был принят поспешно, без глубокого анализа состояния финансирования всех уровней судебной системы. Обстоятельством, подтолкнувшим к принятию указанного закона, стало Постановление Конституционного Суда № 23-П от 17.07.1998, признавшее не соответствующей Конституции норму Федерального закона «О федеральном бюджете на 1998 год», позволяющую исполнительной власти произвольно уменьшать объем финансирования судов. С целью недопущения впредь ситуации, когда бюджет судов бесконтрольно урезается органами государственной власти, был принят ФЗ «О финансировании судов Российской Федерации», вводящий запрет на уменьшение финансирования судов без разрешения судейского сообщества.

Подводя итог, следует подчеркнуть, что на данный момент нормативное регулирование вопросов бюджетного финансирования судов не сбалансировано и не системно, требует принятия единого, непротиворечивого нормативного акта, регулирующего все финансовые аспекты деятельности государственных органов по обеспечению полного и независимого осуществления правосудия, строго в соответствии с требованиями ст. 124 Конституции. В таком нормативно-правовом акте должны быть собраны все разрозненные положения о порядке финансирования судов России, в надлежащей форме

²² СЗ РФ. 1999. № 7. Ст. 877.

выполнены требования ст. 124 Конституции, определены ключевые позиции по таким вопросам, как источники финансирования, порядок определения бюджетных потребностей судебной системы и объемов ее финансирования, детальный механизм получения денежных средств из федерального бюджета, процедура распределения полученных средств внутри судебной системы.

Важно отметить, что практика принятия законов, посвященных исключительно вопросам финансирования судебной власти, не нова. В 2005 г. в Нидерландах был принят Закон о финансировании судов (Court Sector (Funding) Decree 2005)²³, описывающий систему определения стоимости услуг судебного сектора, порядок утверждения бюджета суда. Согласно данному акту все споры, рассматриваемые судами Нидерландов, разделены на 10 категорий в зависимости от предмета спора (гражданские, уголовные, административные, налоговые и т.д.); стоимость каждой категории дел закреплена в акте. Сумма финансирования суда рассчитывается посредством умножения стоимости одного дела на количество решенных судебных дел. В Нидерландах разработаны и используются системы оценки рабочей нагрузки судебного сектора, стоимости судебных услуг, методики оценки качества работы суда. Таким образом, в Нидерландах на законодательном уровне решен вопрос количественного и качественного определения объемов финансирования судебной системы, обеспечивающий ее транспарентность и открытость.

Интересен опыт финансирования судебной системы в Литовской Республике. Финансирование каждого суда Литовской Республики осуществляется по отдельной смете расходов. Проекты смет готовят непосредственно сами суды и выносят их на рассмотрение Совета судей — орган судейского самоуправления, который после обсуждения направляет их в Правительство²⁴.

В США в качестве признания конституционного принципа разделения властей Конгресс на федеральном уровне оставил судебной власти полномочия по подготовке и выполнению ее бюджета. Для формирования качественного, эффективного и исполнимого бюджета федеральной судебной власти и осуществления иных организационных функций в 1922 г. была создана Судебная ассоциация США²⁵. Административный центр и бюджетный комитет Судебной ассоциации занимаются непосредственно подготовкой проекта бюджета судебной власти. Проект сначала рассматривается в Бюджетном комитете Ассоциации, а после его утверждения направляется непосредственно в Конгресс вместе с детальными объяснениями по всем пунктам. Главная статья расходов судебной системы — вознаграждение федеральных судей урегулирована законодательно. Величина денежного поощрения судей определена в законодательном акте, утвержденном Конгрессом.

В Японии бюджет судебной власти — самостоятельная часть национального бюджета, не связанная со сметой расходов Министерства юстиции. Бюджет всей судебной системы формируется Конференцией судей Верховного суда, в то время как конференции судей судов решают вопросы подготовки и исполнения своей части общего бюджета. Консолидированный документ подлежит направлению в Конгресс через Кабинет министров, который полномочен вносить в него изменения строго в соответствии с утверж-

²³ The Financing System of the Netherlands Judiciary // URL: <http://www.rechtspraak.nl/english/Pages/default.aspx> (дата обращения: 15.02.2015).

²⁴ Ермошин Г.Т. Полномочия органов судейского сообщества в обеспечении конституционных принципов самостоятельности органов судебной власти и независимости судьи. Российский и зарубежный опыт // Российский судья. № 2014. № 5. С. 12–17.

²⁵ Ральф Мекам Л. Федеральный уровень судебной системы в Соединенных Штатах Америки // URL: <http://uscourts.gov/library/publications.html> (дата обращения 15.02.2015)

денной процедурой, гарантирующей права и законные интересы судебной власти. За работная плата судей также устанавливается Парламентом Японии и отражена в законе.

Принимая во внимание опыт развитых стран, а также учитывая российскую действительность, считаю необходимым включить в новый закон о финансировании следующие основополагающие разделы:

- Источники финансирования судебной власти.
- Процедура составления судебного бюджета.
- Структура бюджета суда и его основные показатели.
- Порядок согласования бюджета судебной власти с Правительством Российской Федерации.
- Контроль над расходованием бюджетных средств органами судебной власти.

В законе следует четко и однозначно установить, что финансовое обеспечение деятельности судов, производимое как в денежной, так и в любой иной материальной форме, может осуществляться исключительно из федерального бюджета и только через определенные данным законом государственные органы. Перечень государственных органов, обладающих правом получать средства из бюджета и распределять их между судами, должен быть закрытым. Учитывая сложившуюся систему судебного администрирования, к таким органам можно отнести Конституционный суд России, Верховный Суд России и Судебный департамент при Верховном Суде России. Никакие иные органы и должностные лица не вправе прямо либо косвенно финансировать суды и судей. Описанный порядок позволит обеспечить финансовую независимость судебной власти, оградит суды от возможного неправомерного влияния со стороны законодательных и исполнительных органов власти, должностных лиц.

В документе следует закрепить детальную процедуру разработки бюджета всей судебной системы в целом и бюджетов судов в отдельности. Каждый суд должен получить право составлять смету расходов на год, исходя из собственных потребностей, используя разработанную типовую форму сметы. Для большей эффективности и транспарентности предлагаем ввести положение, что сметы судов подлежат одобрению собранием судей — органом самоуправления судейского сообщества, созданным с целью обеспечения качественной работы суда, гарантии прав и законных интересов судей. Впоследствии все сметы судов консолидируются Судебным департаментом при Верховном Суде России и образуют единый документ — бюджет судебной власти, который подлежит одобрению Советом судей Российской Федерации и направлению в Правительство для последующего включения его в состав бюджета страны.

В процедуре согласования и утверждения бюджета важно предусмотреть, что судебная власть обладает равными с исполнительной властью правами на участие в бюджетном процессе в части судебных расходов. Любые изменения, вносимые в проект судебного бюджета, должны быть мотивированы и обоснованы, при отсутствии консенсуса подлежат созданию многосторонние согласительные комиссии.

В качестве ключевых показателей бюджета суда предлагается использовать три основных параметра: фонд оплаты труда, формируемый на основе утвержденных нормативов рабочей нагрузки, учитывающий трудоемкость и сложность дел, текущие расходы и затраты на капитальное строительство и ремонт зданий судов. Последний вид расходов наиболее продуктивно реализуется посредством принятия и исполнения федеральных целевых программ, таких как федеральная целевая программа «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы».

Для гибкого и эффективного регулирования фонда оплаты труда следует в самое ближайшее время разработать и принять нормативы рабочих нагрузок на судей и ра-

ботников суда. Это позволит создать благоприятные условия для нормальной работы в судебных органах, а также обеспечит систему финансирования судов объективными показателями.

Бюджетные средства, получаемые судами, должны контролироваться судебным обществом. Предлагается установить, что Совет судей России ежегодно утверждает отчет об исполнении бюджета судебной власти и осуществляет текущий контроль над использованием судами бюджетных средств.

Описанные выше предложения призваны создать основу для функционирования нового механизма финансирования судов, способствовать созданию в России независимого, открытого и саморегулируемого сообщества судей, ориентированного на высокий результат.



Библиография

- Анишина В.И. Конституционно-правовая доктрина самостоятельности судебной власти в современной России: проблемы теории и практики реализации. М.: РАП, 2008. 231 с.
- Боровский М.В. Суды общей юрисдикции в Российской Федерации: проблемы и перспективы: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. 201 с.
- Гравина А.А., Кашепов В.П., Макарова О.В. Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации. М.: Юриспруденция, 2011. 291 с.
- Ермошин Г.Т. Полномочия органов судейского сообщества в обеспечении конституционных принципов самостоятельности органов судебной власти и независимости судьи. Российский и зарубежный опыт // Российский судья. 2014. № 5. С. 12–17.
- Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В.Д. Зорькина. М.: Норма: Инфра-М, 2013. 1040 с.
- Комментарий к федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» / под ред. В.И. Радченко. М.: Норма, 2003. 496 с.
- Комментарий к законодательству о судебной системе Российской Федерации / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Юрист, 2003. 350 с.
- Конституции зарубежных стран. Сборник / сост. В.Н.Дубровин. М.: Юрлитинформ, 2008. 448 с.
- Конституция Российской Федерации. Доктринальный комментарий (постатейный) / рук. авт. кол. Ю.А. Дмитриев. М.: Статут, 2013. 686 с.
- Конституция Российской Федерации. Научно-практический комментарий / под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юрист, 1997. 716 с.
- Лебедев В. М. Судебная власть в современной России: проблемы становления и развития. СПб: Лань, 2001. 382 с.
- Стецовский Ю.И. Судебная власть: Учебное пособие. М.: Дело, 1999. 400 с.
- Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М.: Проспект, 2003. 720 с.
- Яновский К.Э. Порядок финансирования судебной системы как гарантия независимости суда // Адвокат. 2004. № 10. С. 26–31.

The Constitutional Basis for Financing the Judiciary in the Russian Federation



Ilyuz R. Latypova

Lecturer, Department of Judicial Power, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ilyuz.latypova@gmail.com



Abstract

The article is a detailed analysis of article 124 of the Constitution of Russia. The article explores the issues of legislative regulation of court financing from the federal budget; discusses the causes of discrepancy between the provisions of the federal legislation and the Constitution of Russia concerning the material support of the judiciary; studies the problem of quantitative and qualitative measures of funding the judicial system, ensuring its independence, transparency and openness. Other issues for the discussion presented are the adequacy in funding courts and the question of the need to arrange a list of state bodies and officials authorized to perform the material support of judiciary. A special attention is paid to studying experience of the leading countries in the matters of budgetary financing of judiciary. For example, the legislation in the U.S., Japan, the Netherlands, the Republic of Lithuania demonstrate the model of financing courts on the basis of a separate budget line, formed by the bodies of judicial power independently, the procedure of harmonization of legal expenses with the executive authorities, guaranteeing the rights and legitimate interests of the courts. Finally, the author formulates proposals for improving the legislation and comes to the conclusion on the necessity to adopt a federal law regulating the issues of financial security of the judiciary to create in Russia an independent, open and self-regulating court motivated to present high standards. The need to adopt a separate federal law regulating the financing of the judicial system is shown in article 124 of the Constitution of Russia, fixing that funding shall be in accordance with federal law. The article identified the following key provisions of the proposed law: sources of funding of the judiciary; the judicial procedure for the preparation of the budget; the budget structure of the court and its main indicators; the procedure for approving the budget of judiciary with the Russian Government; the control over the expenditure of budgetary funds by the judiciary. The author proposes three major parameters that make up the budget of the Court, as well as determine the list of public bodies having the right to receive funds from the budget and distribute them among the courts.



Keywords

financing the judiciary; the budget of the court; the law on the financing courts, standards of workload of judges; the Article 124 of the Constitution; standards of financing; material support of the magistrates.

Citation: Latypova I.R. (2015) The Constitutional Basis for Financing the Judiciary in the Russian Federation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 119–130 (in Russian).



References

- Anishina V.I. (2000) *Konstitutsionno-pravovaya doktrina samostoyatel'nosti sudebnoy vlasti v sovremennoy Rossii problem yteorii i praktiki realizatsii* [Constitutional Doctrine of Judiciary Independence in Modern Russia Issues of Theory and Practice]. Moscow: RAP, 231 p. (in Russian)
- Borovsky M.V. (2000) *Sudy obschei yurisdiktsii v Rossiyskoy Federatsii Problemy i perspektivy*. Diss. kand. juridicheskikh nauk [Courts of Common Jurisdiction in Russian Federation Issues and Prospects. Candidate of juridical sciences dissertation]. Moscow. 201 p.
- Ermoshin G.T. (2014) *Polnomochia organov sudeiskogo soobshchestva v obespechenii printsipov samostoyatel'nosti organov sydebnoy vlasti i nezavisimosti sudei* [Powers of Judicial Community Bodies in Maintaining Principles of Independence of Judicial Branch and Judges]. *Rossiyskiy sudia*, no.5, pp. 12–17.
- Gravina A.A. et al. (2011) *Konstitutsionnye printsipy sudebnoy vlasti Rossiyskoy Federatsii* [Constitutional Principles of Judiciary in the Russian Federation]. Moscow: Jurisprudentsia, 291 p. (in Russian)
- Kommentarii k Konstitutsii Rossiyskoy Federatsii* (2013) [Comments to Constitution of the Russian Federation]. Moscow: Norma, 1040 p. (in Russian)
- Kommentarii k zakony o sudebnoy sisteme Rossii (2003)* [Comments to the Law on judiciary in Russia]. Moscow: Jurist, 350 p. (in Russian)
- Konstitutsia Rossiyskoy Federatsii. Doktrinalnyi Kommentariy* (2013) [Constitution of the Russian Federation. Doctrinal Comments]. Moscow: Statut, 686 p. (in Russian)
- Lebedev V.M. (2001) *Sudebnaya vlast v sovremennoy Rossii* [Judicial Power in Contemporary Russia]. Saint Petersburg: Lan Publishing, 382 p.
- Petrukhin I.L. (ed.) (2003). *Sudebnaya vlast* [The Judicial Power]. Moscow: Prospect, 720 pp. (in Russian)
- Stetsovskiy Yu. I. (1999) *Sudebnaya vlast. Uchebnoye posobie* [The Judicial Power. Manual]. Moscow: Delo Publishing, 400 p. (in Russian)

Из опыта западного конституционализма: политико-правовые аспекты модернизации Конституции Канады



С.Ю. Данилов

профессор, директор Центра сравнительного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор исторических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: sergdanilov@yahoo.com



Аннотация

Настоящая работа посвящена формам и средствам преодоления правовых и политических препятствий, обычно встающих на пути модернизации высшего закона государства. В качестве иллюстрации автором избраны основополагающие моменты современного конституционного процесса Канады. Она является одним из старейших и наиболее уважаемых конституционных демократических федеративных государств, принадлежащих к правовой семье стран «общего права». В статье вскрываются основополагающие и специфические черты исторически сложившегося в этом североамериканском государстве механизма конституционно-правового регулирования социальных отношений. Автором обращено внимание на имманентно негативные последствия терминологической путаницы и других огрехов юридической техники, неизбежно сказывающиеся затем в правовой доктрине и конституционной практике. При изучении развития конституционализма в созданной канадцами модели федеративного государства особенное внимание отведено распределению предметов компетенции между двумя уровнями государственной власти — федеральной и провинциально-субъектной, равно как и ключевым моментам в динамике отношений между ними. В том числе автором рассматривается роль и место таких источников правового регулирования, как конституционно-правовой обычай и судебный прецедент, в конституционной доктрине и практике изучаемой страны. Подчеркивается достигнутое канадцами многообразие способов взаимодействия федерального уровня власти и провинций. Автор определяет степень необходимости и целесообразности конституционной реформы конца XX в., прослежены ее основные этапы. В статье исследуется вклад, внесенный в проведение данной реформы органами судебной власти канадских провинций и федерации, в том числе в судебном деле о патриации Конституции. В статье проводится мысль о пользе, которую приносит обществу и государству неукоснительное соблюдение институтами власти принципа верховенства права, в том числе их отказ от идеи подчинения права «практическим» соображениям экономического порядка, а также следование органов исполнительной власти воле и решениям судебных инстанций. Отмечается органическая связь между реформой высшего закона страны и утверждением ее суверенных прав в отношениях с прежней метрополией — Соединенным Королевством Великобритании. Автором проанализировано воздействие, которое конституционная реформа оказала на современное развитие канадского государства в целом и конституционализма в частности. В статье также дана положительная оценка качества и уровня управленческого искусства, которое было проявлено институтами федеральной власти и их должностными лицами во время реализации конституционной реформы.



Ключевые слова

право, конституция, Канада, конвенции, прецедент, суверенитет, федерация, провинции, обновление, толкование, поправки, патриация.

Библиографическое описание: Данилов С.Ю. Из опыта западного конституционализма: политико-правовые аспекты модернизации Конституции Канады // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 131–144.

JEL: K19; УДК: 342

На подступах к реформе высшего закона: предпосылки и препятствия

Положения любой конституции со временем неминуемо перестают отвечать меняющимся потребностям общества. Решением проблемы является пересмотр конституции — частичный или всеобъемлющий, который вкупе с его политическим сопровождением получил на рубеже XX и XXI вв. наименование конституционной реформы (ранее было принято говорить о «принятии и изменении конституции»). Несомненную пользу в этом плане приносит обращение к опыту, накопленному странами зрелого конституционализма¹. Среди таких стран видное место принадлежит Канаде.

Конституционный акт 1867 г. характеризуется в качестве «немыслимого и небывалого ранее правового и политического эксперимента»². Акт закрепил создание в рамках Британской империи федеративного доминиона, переставшего быть колонией, но не обладавшего суверенитетом. Впервые была создана модель договорной федерации с монархической формой правления. Принятие Акта шло вразрез с доктриной и практикой метрополии и отражало влияние конституционного опыта США и Франции. Вместе с тем в преамбуле Акта закреплено: «Конституция Канады сходна в принципе с Конституцией Соединенного Королевства»³. Акт образовал писаную часть многоактной Конституции, поскольку конституционные конвенции Соединенного Королевства, его правовые прецеденты и статутное право остались органической частью правовой системы Канады. Канадцы остались подданными британской короны, а флаг и гимн доминиона — британскими. Изменение статей Акта, внешняя и военная политика были оставлены в сфере юрисдикции Парламента метрополии, что не предполагало права доминиона вступать в международные договоры и соглашения. Уникальный статус Канады как государства, не наделенного суверенитетом, был с трудом усвоен доктриной. Видный германский конституционалист Г. Еллинек писал: «Обладающие широкой автономией Канада, Австралия, Капская земля — не суть государства». Правда, в другом месте той же работы Еллинек, в противоположность не менее маститому французскому конституционалисту Л. Дюги, счел возможным причислить Канаду к государствам⁴.

Самые известные нормы Конституционного акта содержат ст. 91 и 92, разграничивающих сферы ответственности двух уровней власти. Сепаратизм и гражданские войны в федерациях⁵ привели авторов Акта к выводу о целесообразности закрепления исключительных и жестко разграниченных сфер компетенции — федеральной и провинциальной. К безраздельной компетенции федерации в Акте отнесено 14 предметов, среди которых — банковское дело, торговля между провинциями, уголовное законодательство, право вето над провинциальным законодательством, мореплавание, рыболовство, сельское хозяйство, органы безопасности. Иногда утверждают, что указанные предметы отнесены ос-

¹ См.: Богдановская И.Ю. Классификация конституций стран «общего права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1.

² Jovell J. The Changing Constitution. Oxford, 2000. P. 105.

³ Конституционный акт приводится по: Canada. A Consolidation of Constitutional Acts 1867–1982. Ottawa, 2001.

⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб. 2005. С. 473, 626–627; ср.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 154, 171.

⁵ В Швейцарии в 1847 г., в США в 1861–1865 гг. В латиноамериканских федерациях — Бразилии, Венесуэле, Мексике — гражданские войны на протяжении XIX в. не прекращались.

нователями доминиона к «важнейшим вопросам жизни страны»⁶. Подобное прочтение источника ошибочно: в оригинале Акта (как и в русском переводе) такого, аналогичного или сходного критерия распределения предметов компетенции нет.

В сфере исключительной компетенции провинций находится 16 предметов, в том числе гражданское законодательство, охрана гражданских прав, отправление правосудия, просвещение, здравоохранение, социальная помощь, корпорации, муниципалитеты. Ст. 109 подтверждает право провинциальной собственности на «землю и полезные ископаемые». Ст. 92 (16) закрепляет за провинциями регулирование других вопросов «местного или частного характера». Перечень предметов провинциальной компетенции, таким образом, оставлен открытым, тогда как набор предметов федеральной компетенции сделан закрытым.

В разграничении сфер ответственности двух уровней власти творцы Акта не были последовательными. Показательны нормы ст. 95: «Всякий закон о земле или иммиграции в провинцию, изданный провинциальной Ассамблеей, имеет силу до тех пор и постольку, пока и поскольку он не противоречит какому-либо акту Парламента Канады». На первый взгляд статья утверждает перевес федерального права над правом субъектов и отвечает только интересам центра. Фактически она устанавливает совместную (совпадающую, конкурирующую) компетенцию над сельским хозяйством и миграциями народонаселения. Однако внедрение совместной компетенции, пусть и латентное, неизбежно противоречит принципу жесткого разграничения исключительных сфер компетенции. Не вносит ясности в разграничение компетенции ст. 94, разрешившая центру «принимать законы о единообразии провинциальных законов о собственности и о гражданских правах». Правда, в статье указано, что подобный статут обретает силу после его утверждения провинциальной легислатурой, что опять-таки может быть истолковано как закрепление совместной сферы компетенции.

В литературе нередко утверждается, что Акт наделил провинции равным статусом, являющимся отличительным признаком симметричной федерации⁷. При этом упускают из виду ст. 94 и 97, регулирующие законодательство о гражданских правах и о судопроизводстве в провинциях, за исключением Квебека. Эти статьи узаконили в латентной форме правовую привилегию Квебека и придали федерации черты асимметричности. С принципом равноправия субъектов также расходятся нормы ст. 69, 71–80 и 88. Вводя единый срок полномочий провинциальных законодательных органов, они одновременно закрепляют их дифференцированную организацию и состав. Однопалатным легислатурам Новой Шотландии и Нью-Брансуика посвящена одна статья, однопалатной легислатуре Онтарио — две, а двухпалатной легислатуре Квебека — 10 статей.

Квебек сохранил французское гражданское право. Данная уступка явилась компенсацией Квебеку за построение федерации по территориально-географическому, а не этно-национальному признаку. Напрашивается вывод, что Квебек в рамках федерации изначально обладает «специальным статусом». Вместо интеграционной и симметричной федерации Акт закрепил гибридную модель, включавшую элементы асимметричного и деволюционного федеративного государства. Подобное было сделано впервые в конституционной практике Нового времени.

В ст. 3, 138 и 146 основатели доминиона по настоянию Квебека и Новой Шотландии, опасавшихся диктата центра, назвали страну «конфедерацией». Юридически не-

⁶ Денека И.М. Канадский федерализм: отношения центра и провинций. Пятигорск, 2004. С. 28–29.

⁷ См.: Чиркин В.Е. Современный федерализм: сравнительный анализ. М.: ИНИОН РАН, 1997. С. 28–29.

адекватный термин⁸ использовался затем свыше 100 лет. Отступление от юридического подхода в угоду политической конъюнктуре породило двусмысленность в понимании характера административно-территориальной организации доминиона.

Долгосрочные последствия применения Конституции, многоактность которой не препятствует появлению новых правовых прецедентов и конституционных конвенций, предстают в следующем виде:

Ввиду опережающего развития ресурсного сектора канадской экономики в распоряжении провинций оказался в XX в. важный и независимый от центра источник доходов, что значительно упрочило их позиции в отношениях с Оттавой.

В странах «общего права» преобладающая часть всех коллизий регулируется органами судебной власти⁹. Толкуя пробелы и нестыковки в многоактной Конституции, судьи исходили из непреложного юридического факта: Конституционный акт не создал провинций и потому не может являться источником их компетенции. Права провинций, на договоре между которыми основан доминион, первичны, и их следует толковать расширительно. Права доминиона не могут быть истолкованы аналогично, ибо они вторичны от прав провинций¹⁰. Поэтому судебные споры между центром и провинциями обычно завершались решениями в пользу последних.

Прямым следствием прецедентов судебного толкования стало, во-первых, юридически полноценное расширение сферы провинциальной компетенции и, во-вторых, фактическое возникновение совместной (конституционно не закрепленной) сферы компетенции. В доктрине и практике появилось проистекающее из совокупности прецедентов положение: «Подразумеваемые (т.е. не перечисленные в Акте и в парламентских статутах) полномочия принадлежат провинциям». К середине XX в. относится возникновение конституционной конвенции, в соответствии с которой появление нового предмета правового регулирования влечет за собой дальнейшее расширение сферы компетенции субъектов федерации. Оттава вправе препятствовать этому в рамках переговорного процесса, однако в ее распоряжении нет правовых средств, позволяющих принуждать провинции к действиям, не вытекающим непосредственно из конституционно закрепленных положений федерального права, которые к тому же принято толковать ограничительно.

Данные процессы сделали правомерной выработку провинциями Канады форм и средств межрегионального сотрудничества, не предусмотренных, но и не запрещенных Актом и статутным правом. Провинции перешли к регулярным (в среднем раз в два-три года) конференциям¹¹, которые созывались и работали помимо институтов федеральной власти. Когда центр в 1920 г. счел целесообразным участвовать в конференци-

⁸ Исследователи обоснованно критикуют «темный» язык Акта, отягощенный терминологической путаницей и другими огрехами. В англоязычном оригинале Акта нет терминов «конфедерация» или «федерация». Использован термин «союз» (*union*), который тогда понимали расширительно и которым могли называть любую из государственных форм. Исключительно для обозначения конфедерации термин стал применяться только в XX в. В официальных публикациях отмечается: «Отцы-основатели нашей страны вольно использовали термин «конфедерация». См.: *Government of Canada. Notes on Canadian Federalism. Ottawa, 1992. P. 5.*

⁹ Подробнее см.: *Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 75–87.*

¹⁰ *Charlton M. The Crosscurrents. Centralization versus Separatism. Toronto, 1994. P. 112.*

¹¹ Устоявшегося названия у этого института нет. Сначала употреблялось наименование «колонизальные конференции», затем — федерально-провинциальные конференции. Ныне появился термин «конституционные конференции».

ях, возникла еще одна конституционная конвенция: Оттава на этих конференциях не обладает правом решающего голоса. Присоединение центра к конференциям придало институту федерально-провинциальных конференций (далее — ФПК) законченный правовой статус и обернулось дополнительным успехом провинциального уровня власти в его отношениях с Оттавой.

Провинции, пользуясь судебными толкованиями и принципом общего права «разрешено все не запрещенное», проявляют большую активность в нормотворчестве. Гражданское и административное право Канады (как, например, Австралии, США, Швейцарии) развивается в основном в рамках права провинций. Реализуя полномочия в регулировании «местных дел», одни провинции приняли фактически равноценные конституционным поправкам Билли о правах, другие — более ограниченные по сфере применения Кодексы прав человека. С их принятием расхождения в правовом статусе личности в различных регионах федерации не могли не возрасти. Часть провинций практикует не предусмотренные Конституцией народные волеизъявления по образцу американских штатов и швейцарских кантонов. Наиболее известны состоявшиеся в Квебеке, Манитобе и Ньюфаундленде референдумы об их статусе и отношениях с остальной Канадой¹². Их итоги не были оспорены центром.

Притязания составных частей страны на статус субъектов международного права проявились в Канаде раньше и в более отчетливых формах, чем в любой другой современной федерации. Давно стало привычным, что провинции без согласования с центром открывают за рубежом агентства и миссии. Правительства нескольких провинций добились возведения этих учреждений в ранг генконсульств¹³. Субъекты Канадской федерации беспрепятственно вступают в соглашения с иностранными державами и их субъектами. Так, Атлантические провинции и Квебек заключили серию природоохранных соглашений с пограничными американскими штатами. Провинция Альберта, усматривающая в вывозе энергоносителей за пределы провинции один из «вопросов местного значения», связана соглашениями с провинциями КНР и префектурами Японии о продаже им нефти и газа. Квебек, считая одним из «местных вопросов» развитие культуры и техники, без согласования с Оттавой заключил с Францией Соглашение о сотрудничестве в данных сферах. Чтобы ввести этот прецедент в рамки общегосударственной политики, центр был вынужден в срочном порядке заключить в общем не нужный ему Договор о сотрудничестве с Францией.

Серьезные прецеденты в сфере международного публичного права созданы также Британской Колумбией и Онтарио. Их правительства нашли, что федеральная власть вторглась в сферу провинциальной компетенции, заключив со США Договор о водных ресурсах и Соглашение о расчистке Великих озер. Провинции, угрожая судебными исками, добились статуса полноправных сторон упомянутых международно-правовых актов. Оттава и Вашингтон согласились возложить ответственность канадской стороны за выполнение Договора о водных ресурсах на Британскую Колумбию, хотя она не является государством. А парламент и правительство Онтарио, истолковав здоровье населения в качестве одного из «вопросов местного значения», заявили правительству США протест против подземных ядерных испытаний близ западных границ Канады¹⁴.

¹² В Манитобе и Ньюфаундленде предметом народного голосования было присоединение к Канаде, в Квебеке — дальнейшее пребывание провинции в составе Канады.

¹³ По состоянию на 2015 г. канадские провинции содержат в зарубежных странах порядка 200 учреждений — в среднем около 20 на каждую провинцию.

¹⁴ *Smiley D. The Federal Condition in Canada. Toronto, 1990. P. 80, 106.*

С расширением сферы безраздельной компетенции провинций вышло из употребления закрепленное ст. 91 федеральное вето. Правда, вопрос, сложилась ли конституционная конвенция, которая воспрепятствует применению вето, если центр вновь найдет в нем необходимость, до сих пор не урегулирован правовой доктриной.

Широкое участие провинций в реализации внутренней и внешней функций государства является весомым легитимным фактором, облегчающим защиту местных интересов: в провинциях англоязычной Канады — экономических и экологических, а в Квебеке — еще и языково-культурных. Рассматриваемый фактор способствует выведению данных интересов на уровень межгосударственных отношений без нарушения положений Конституции, статутного и прецедентного права. Но одновременно данный фактор не может не затруднять проведения единой государственной политики, в силу чего создается потенциальная опасность существованию Канадского государства. Ведь долгое время механизмы конституционных конвенций и судебных прецедентов безотказно «работали» на провинции. Бесконтрольное расширение провинциальной и совместной сфер компетенции стало наносить все более ощутимый ущерб потребностям развития страны — препятствовать перемещению рабочей силы, капиталов, товаров и услуг, доступу граждан к пенсиям при переезде в другую провинцию и т.д.

Попытки конституционной реформы оставались в течение полувека (1920-е–1970-е гг.) безрезультатными. Препятствиями были: 1) разнородность требований провинций, 2) их прямая заинтересованность в сохранении статус-кво, 3) сложившееся у каждой провинции в порядке конституционной конвенции право вето над конституционно-правовыми нововведениями. Не удавалось согласовать ни общей концепции реформы, ни сроков и методов ее реализации. Открытым оставался вопрос о «патриации» Акта — его выведении из юрисдикции метрополии. Сохранение рудиментов колониальной зависимости отвечало интересам провинций больше, чем их устранение¹⁵. Поэтому обретение Канадой юридического суверенитета происходило низкими темпами. Так, институт канадского гражданства был учрежден статутом Парламента лишь в 1947 г. Национальный флаг доминион обрел в 1965 г., опять-таки на основании статута, не имеющего силы конституционной поправки.

2. Реформа в действии

Курс на форсирование модернизации Конституции Оттава взяла с образованием в Квебеке первого правительства сепаратистов в 1976 г. При подготовке к реформе центр начал практиковать телеобращения к провинциальным премьерам (фактически — к общественности). Среди предложений Оттавы стали фигурировать:

- толкование федерально-провинциального консенсуса как желательного (но не обязательного) условия проведения реформы;
- замена идеи всеобъемлющей модернизации многоактной Конституции пересмотром отдельных устаревших статей Акта 1867 г.;
- согласие на расширение совместной (но не безраздельной провинциальной) сферы компетенции над коммуникациями, прямыми налогами, социальными программами и над торговлей энергоносителями при условии адекватного расширения федераль-

¹⁵ Упорная оппозиция провинций ко многим инициативам Оттавы не мешает центру выплачивать им выравнивающие выплаты, а субъектам получать их. В сфере федерально-провинциальных отношений тенденции и к противоборству, и к сотрудничеству развивались и развиваются в Канаде одновременно.

ной компетенции над перемещением капиталов, рабочей силы и товаров и над «общим управлением экономикой» в ситуациях, затрагивающих «национальные интересы»;

- предложение о дополнении Акта Хартий прав и свобод канадцев¹⁶.

Основные трудности федеральной власти заключались, во-первых, в том, чтобы превратить уступки провинциям в тормоз для квебекского сепаратизма, а не в его подспорье. Во-вторых, при умиротворении быстро развивающихся периферийных западных провинций во главе с Альбертой не следовало жертвовать интересами ключевой провинции Онтарио.

Большинство провинций интересовали исключительно перспективы расширения сферы их безраздельной компетенции. Они предъявляли центру встречные условия: неприкосновенность провинциального вето, полноправное участие во всех процедурах реформы, в формировании верхней палаты Парламента — Сената. Провинциями была также выдвинута идея создания формируемого исключительно ими Конституционного суда с передачей ему права толкования Конституции. Правительства Альберты и Британской Колумбии опубликовали собственные проекты обновления Конституции. Правительство Альберты обратилось в суды с просьбой проверить предложения центра на их совместимость с Конституцией (дело «Альберта против Генерального прокурора Канады»). Генерального прокурора избавил от необходимости стать ответчиком в суде только роспуск Палаты общин в связи с очередными парламентскими выборами¹⁷.

Перспективы конституционной модернизации были оптимизированы успехом федералистов на квебекском референдуме 1980 г. Активность главного носителя сепаратистской опасности — правительства Квебека, потерпевшего на референдуме поражение, — пошла на спад. Федеральный кабинет провозгласил патриацию Акта неотъемлемой частью реформы и практически превратил конституционные конференции в постоянный институт власти. Подготовительную работу выполнял образованный при ФПК Конституционный комитет, состоявший из министров и заместителей министров юстиции и заседавший попеременно в Онтарио, Квебеке и Британской Колумбии. Названные мероприятия полностью транслировались в прямом эфире, что должно было воспрепятствовать саботированию реформы провинциями. Но ввиду далеко зашедших процессов децентрализации прийти к консенсусу снова не удалось. Наглядно вскрылись неготовность и неспособность провинций договориться не только с Оттавой, но и друг с другом. Единственным достижением явилось постановление ФПК о отдельных переговорах по конституционно-правовым и экономическим темам¹⁸. Конституционные вопросы были при этом признаны «коренными», а экономические — «сопутствующими». Приоритет, приданный конституционной тематике перед экономическими («хозяйственными») вопросами, подтвердил готовность сторон продолжать действовать в рамках верховенства права, невзирая на экономические трудности.

Рассогласованность действий субъектов была расценена центром в качестве фактора, автоматически снимающего препону на пути федеральных конституционных инициатив. Исходя из выгодной обстановки, федеральный кабинет объявил в сентя-

¹⁶ Характеризуя масштаб обещанных тогда провинциям уступок, премьер-министр П. Трюдо образно говорил: «Вместе с товаром я почти продал и магазин». См.: *Trudeau P. Memoirs*. Toronto, 2000. P. 300.

¹⁷ Предвыборный роспуск Палаты общин лишает силы все билли, не прошедшие третьего чтения. Соответственно, Верховный суд изьял из повестки дня жалобу правительства Альберты.

¹⁸ Из экономических проблем наибольшую актуальность в связи с мировым энергетическим кризисом приобрел тогда вопрос о разделе доходов от экспорта нефти и газа между нефтедобывающими провинциями и федерацией.

бре 1980 г., что не связан более конвенциями о провинциальном вето и переходит к односторонней патриации. Таким образом, федеральная исполнительная власть самостоятельно, помимо судебной власти, дала новое толкование одному из ключевых положений неконсолидированной Конституции, пусть даже не защищенному статутным правом и судебными решениями.

Парламенту был предложен проект Конституционной резолюции из трех блоков. Вводный блок содержал просьбу к Парламенту Великобритании принять Акт о Канаде. Вторым блоком являлся Акт о Канаде, который выводил Конституционный акт из юрисдикции метрополии. Третьим блоком был дополненный Конституционный акт. В этом блоке размещалась подготовленная по настоянию премьер-министра и при его непосредственном участии Хартия прав и свобод канадцев (далее — ХПСК).

Обладая большинством в Парламенте, правительство добилось одобрения Конституционной резолюции в двух чтениях. Но тем временем восемь провинций, объединившихся вокруг Альберты и Квебека и прозванных «диссидентами», вернулось к согласованным контрдействиям¹⁹. Они провели отдельную конституционную конференцию, где отвергли положения ХПСК как вторгающиеся в сферу безраздельной провинциальной компетенции. Условием поддержки обновления Конституции «диссиденты» поставили предварительное согласие законодательных органов всех субъектов. Совместимость односторонней патриации с Конституцией была оспорена в высших судах Квебека, Манитобы и Ньюфаундленда.

Официальная оппозиция, применившая в Парламенте обструкцию, на несколько недель парализовала деятельность Палаты общин. Федеральному правительству пришлось пойти на уступки. В частности, оно согласилось отложить рассмотрение резолюции в третьем чтении до решения судов о законности патриации Конституции. Вместе с тем требования оппозиции преобразовать ФПК в постоянно действующий институт власти Палата общин по настоянию правительства отклонила.

Судебные процессы о законности односторонней патриации заняли почти год. Исходившие из толкования позитивного права, Апелляционный суд Квебека (4 голосами против одного) и Верховный суд Манитобы (7 голосами против двух) нашли, что патриация совместима с Конституцией. Апелляционный суд Ньюфаундленда, исходивший из толкования прецедентов и конституционных конвенций, единодушно вынес вердикт прямо противоположного содержания²⁰. Опираясь на него, восемь провинций-диссидентов обратились с иском в Верховный суд Канады. Правительству пришлось вторично прервать парламентские прения о реформе и стать ответчиком в новом судебном процессе.

В ходе разбирательства дела «Генеральные прокуроры провинций против Генерального прокурора Канады» верховные судьи федерации, подобно их провинциальным коллегам, не пришли к консенсусу. В «Мнении о резолюции о конституционных поправках (патриации)» Суд (6 голосов против 3) вынес решение, которое признало односто-

¹⁹ На стороне центра остались только Онтарио и Нью-Брансуик. Позже к ним присоединился Саскачеван.

²⁰ Действия высших провинциальных судов всецело подтверждают справедливость мнения о подлинной независимости судебной власти Канады от власти исполнительной. Одностороннюю патриацию должны были отвергнуть прежде всего судьи Квебека и Манитобы, мало зависящих от федеральной финансовой помощи. Вместо этого единственной инстанцией, вынесшей решение не в пользу центра, стали судьи Ньюфаундленда — провинции, благосостояние которой в наибольшей степени зависит от федеральных выплат!

ронную федеральную патриацию совместимой с буквой Конституции и позитивным правом, но «нарушающей дух Конституции», т.е. несовместимой с конституционными конвенциями. Концепция обновления Конституции не была подвергнута сомнению. Но Суд единогласно объявил обязательным условием конституционной реформы предварительное соглашение центра с «существенным большинством» провинций. Критерия «существенного большинства» судьи не сформулировали. Провинциям высшая судебная инстанция Канады указала на их обязанность (а не право) участвовать в патриации высшего закона страны²¹.

Напомнив федеральной исполнительной власти о месте и роли конвенций в конституционном праве страны, верховные судьи одновременно высказались против седьмой по счету попытки провинциального уровня власти воспрепятствовать реформе²². Несмотря на растяжимость формулировок решения Верховного суда и на разделение мнений судей, федеральный кабинет счел необходимым отказаться от односторонней патриации. Квалифицировав вердикт Суда как «политизированный» (эта оценка многими исследователями оспаривается)²³, правительство подчинилось ему. Центру удалось превратить неуютное ему решение Суда в дополнительный императив модернизации Конституции. Премьер-министр призвал провинциальных премьеров сообразно с вердиктом Верховного суда и совместно с центром патриировать Акт. Министерство юстиции и Секретариат премьер-министра проработали несколько сценариев возможных действий. Общим компонентом всех вариантов было отсеечение экстремистских требований Квебека и Альберты. Саскачеван стал посредником между центром и лидерами провинциальной оппозиции.

Блокируясь с тремя провинциями, центр предложил остальным семи патриацию без положений, вызывавших самые глубокие разногласия — о Хартии прав и свобод канадцев и о способах принятия конституционных поправок, — но с оговоркой, что через два года они будут вынесены на общенациональный референдум. Одобрение предложения правительством Квебека позволило центру внести раскол в оппозицию. Предложение обновлять Конституцию при помощи института непосредственной демократии шло вразрез с принципом верховенства Парламента и не могло получить поддержки в англоязычных провинциях. Многие лидеры оппозиции стали тяготиться совместными действиями с непопулярным в англоязычной Канаде Квебеком. В ноябре 1981 г. главы правительств англоязычных провинций подписали с премьер-министром Соглашение о совместной патриации. Оно закрепило комплекс обоюдных уступок двух уровней власти:

- передачу на последующее решение судов и/или федерально-провинциальных конференций наиболее спорных вопросов — о применении норм ХПСК, о формировании Сената, о компетенции над континентальным шельфом и брачно-семейным законодательством;
- отказ субъектов федерации от возражений против ХПСК;

²¹ Re Resolution to Amend the Constitution [1981] 1 S.C.R. 753. См. также: *Hogg P. Constitutional Law of Canada*. Toronto, 2007. P. 52–53.

²² Провинции воспрепятствовали конституционной реформе в 1927 г. (инициатор — Онтарио), во второй раз — в 1935 г. (инициаторы — большинство провинций), в третий раз — в 1950 г. (инициатор — Квебек), в четвертый, пятый и шестой раз — в 1961, 1965 и 1971 гг. (инициатор — Квебек).

²³ «Верховному суду лучше было бы не вмешиваться в политические дела», — с досадой говорил много лет спустя, находясь уже в отставке, П. Трюдо. См.: *Peacock A. Rethinking the Constitution*. Oxford, 1996. P. 202.

- снятие субъектами требований о финансовой компенсации при их неучастии в соглашениях с центром;
- снятие субъектами возражений против применения законодательства о равноправии английского и французского языков в сфере федеральной компетенции;
- отказ центра от институционализации конституционных референдумов.

Соглашение не стало общенациональным: его стороной не стал Квебек. Его правительство отказалось от участия в дальнейших процедурах реформы и снова оспорило ее законность в судах. Но судебные органы всех инстанций — Апелляционный суд провинции, Верховный суд Канады и Судебный комитет Тайного совета в Лондоне — в решениях по жалобам правительства Квебека подтвердили, что патриация, реализованная центром совместно с «существенным большинством провинций», не противоречит букве и духу многоактной Конституции. Коллизионный этап обновления Конституции остался позади.

Успех федерального центра следует объяснять прежде всего лояльным следованием решению Верховного суда и отказом от прямолинейных методов односторонней патриации Конституции. Значительную роль сыграло блокирование Оттавы с Онтарио, Нью-Брансуиком и Саскачеваном, а также умелое использование деятелями федеральной власти антиквебекских настроений общественности и правительств англоязычных провинций.

Когда третье чтение Конституционной резолюции было поставлено на голосование в Палате общин, степень консенсуса оказалась значительно выше среднестатистической, как и явка депутатов. Резолюция была одобрена 246 голосами против 24. Отсутствие согласия правительства и Национального собрания Квебека с резолюцией не было сочтено «отсутствием мандата квебекского народа». Резолюция была затем утверждена Парламентом Великобритании. Это было последнее голосование Парламента Соединенного Королевства по вопросам, связанным с Конституцией Канады.

Церемонии, связанные с передачей обновленной Конституции в безраздельную юрисдикцию Канады, состоялись 17–18 апреля 1982 г. в присутствии почти 30.000 зрителей. Реформа, нередко называемая в литературе «конституционной одиссеей», заняла в общей сложности шесть лет²⁴. Этот срок близок к оптимальному. Творцы реформы избежали обеих крайностей — торопливости, равно как и медлительности.

3. Последствия реформы

Ныне в Конституционном акте амальгамировано большинство статей Акта 1867 г. и часть современных поправок к нему.

Значение конституционной реформы состоит в следующем:

Канада преодолела почти 60-летний «конституционный тупик», что позволило ей вслед за политическим суверенитетом обрести суверенные права в конституционно-правовой сфере. Канадцы устранили еще один весомый пережиток былого колониального статуса, что нашло адекватное отражение в конституционно-правовой и международно-правовой сферах. Страна перестала считаться доминионом, а Соединенное Королевство — ее метрополией. В доктрине и практике перестал использоваться юридически безграмотный в применении к Канаде термин «конфедерация».

²⁴ *Laforest G. Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Nationalism and Federalism. Montreal, 2003. P. 214–217.*

Многоактная Конституция обновлена на базе правовых и экономических реалий современности. Прекращено действие не менее чем 20 наиболее архаических, давно не применявшихся статей 1867 г. Перераспределены сферы ответственности двух уровней власти. Сфера провинциальной компетенции расширена в социальной и культурной областях, тогда как сфера федеральной компетенции — в сфере регулирования экономических процессов.

Сделаны более изощренными процедуры принятия конституционных поправок. Вместо единой поправочной формулы Конституционным актом зафиксированы четыре. Предметами первой формулы являются поправки, регулирующие статус Короны (монарха, генерал-губернатора), квоты провинций в Парламенте, статус официальных языков в двух или более провинциях, состав Верховного суда Канады. По ст. 41 Акта принятие такой поправки требует одобрения Парламентом и всеми провинциальными ассамблеями. Поправки, касающиеся «прав и привилегий» всех провинций или их большей части, нуждаются в ратификации Парламентом и ассамблеями провинций с 50% и более населения федерации (ст. 38). Третья группа поправок, регулирующих провинциальные границы и статус официального языка в отдельных провинциях, подлежит ратификации Парламентом и ассамблеями этих провинций (ст. 43). К четвертой группе отнесены поправки, изменяющие статус институтов федеральной власти. По ст. 44 Акта они принимаются в виде статутов Парламента и не нуждаются в провинциальной ратификации.

Права граждан упрочены, расширены и кодифицированы путем внесения в Конституционный акт и последующего применения Хартии прав и свобод канадцев, положения которой имеют одинаковую юридическую силу на всех уровнях публичной власти. Нормы ХПСК подлежат толкованию исключительно органами судебной власти, что, по оценкам правоведов, политологов и историков, существенно облегчает защиту прав и свобод личности. Хартия, получившая наименование «народного пакета», в кратчайший срок стала самой известной и наиболее популярной частью реформированной Конституции.

В Конституционном акте присутствует новаторское положение о праве каждого из правительств — провинциального или федерального — на периодическую (раз в пятилетие) постановку вопроса о пересмотре вызывающих его возражения норм ХПСК. Регулирование этого вопроса признано предметом компетенции федерально-провинциальных конференций.

Принципам двуязычия (равного статуса английского и французского языков в сфере федеральной компетенции), имеющим важное значение для развития национального самосознания канадцев, придана сила конституционной гарантии.

Коллизии в ходе конституционной реформы имели как правовое, так и политическое содержание при очевидном примате права. Правомерность основных действий федеральной исполнительной власти была подтверждена органами провинциальной и федеральной судебной власти. Отказ судов двух уровней признать методы односторонней патриации совместимыми с духом Конституции не привел ни к затяжному конфликту между исполнительной и судебной властью, ни к срыву реформы, на что рассчитывала часть провинциальных правительств. Вместо этого последовали новые конструктивные и юридически безупречные инициативы федеральной власти, содержавшие частные уступки провинциям. Уважение к судебной власти, бережное отношение к правовой основе сложившейся в стране самобытной модели федерализма, отторжение установки «экономика — всему голова» принесли центру заслуженный успех. Деятели федераль-

ной власти, устранив стоявшие перед ними препятствия исключительно в рамках верховенства права, продемонстрировали высокий уровень государственного управления, достойный конституционного демократического государства.

К числу недостатков осуществленной канадцами модернизации Конституции принадлежит ее незавершенность в пространстве. Национальное собрание и правительство Квебека до настоящего времени продолжают не признавать законной силы ряда статей Конституционного акта, хотя и не отказываются подчиняться его нормам (за исключением Хартии прав и свобод канадцев)²⁵. При сравнительно-правовом анализе нетрудно увидеть, что позиция, занимаемая институтами власти Квебека в конституционном процессе Канадской федерации, не является уникальной. Она сходна с позицией институтов власти Баварии в ФРГ²⁶. В конституционном развитии других федераций подобных прецедентов нет.

Модернизация Конституции не означала отхода Канады от исторически сложившегося эволюционного пути ее конституционно-правового развития. Не менее 85% принятых в 1867 г. статей сохраняет силу и применяется на практике. Конституция остается, как и в XIX в., многоактным документом. В ходе реформы вопрос о консолидации Конституции даже не поднимался. Конституционный акт по-прежнему не содержит определения суверенитета страны и указания на его источник. Только посредством толкования Конституции можно установить, что суверенитет в Канаде принадлежит Парламенту. Статус главы суверенного государства номинально сохраняет британский монарх, уполномоченным которого считается генерал-губернатор. По-прежнему является назначаемым органом (и не пользуется авторитетом) Сенат Канады, построенный во многом по архаическому образцу Палаты лордов. Большое количество актов статутного права, судебных прецедентов и конституционных конвенций Соединенного Королевства остается источниками конституционного, гражданского и уголовного права современной Канады.

Присущая правовой семье «общего права» значительная роль правового обычая и судебного прецедента помогают Канаде цивилизованно регулировать коллизии, в том числе конституционно-правовые, и поддерживать здоровый баланс между модернизацией и традиционализмом.



Библиография

Богдановская И.Ю. Классификация конституций стран «общего права» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 29–40.

Богдановская И.Ю. Эволюция судебного прецедента в «общем праве» // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 75–87.

Данилов С.Ю. Эволюция канадского федерализма. М.: Издательский дом НИУ ВШЭ, 2012. 308 с.

Данилов С.Ю. Правовое регулирование «специального статуса» субъекта федерации: дифференциация права на примере Квебека // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 2. С. 99–108.

Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб.: Юридический пресс-центр, 2005. С. 471, 626–627.

Hogg P. The Constitutional Law of Canada. Toronto, 2007. 685 p.

²⁵ Подробнее см.: Данилов С.Ю. Правовое регулирование специального статуса субъекта федерации: дифференциация права на примере статуса Квебека // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 2. С. 99–108.

²⁶ Подробнее см.: Белов В.Б. Бавария в системе германского федерализма. М., 2003.

- Jovell J. et al. The Changing Constitution. Oxford, 2000. 122 p.
- Laforest G. Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism. Montreal 2003. 455 p.
- Peacock A. (ed.) Rethinking the Constitution. Perspectives on Canadian Constitutional Reform. Toronto 1996. 329 p.
- Phillips O.H. The Constitutional and Administrative Law. Oxford, 2008. 756 p.
- Reesor B. Canadian Constitution in Historical Perspective. Toronto, 2000. 227 p.
- Reid S. The Breakup of Quebec. Democracy and Dangers of Partition. Peterborough, 2006. 310 p.
- Tierney M. Constitutional Law and National Pluralism. Oxford, 2005. 255 p.
- Trudeau P. Memoirs. Toronto, 2001. 379 p.
-

From the Experience of Western Constitutionalism: Legal and Political Aspects of the Modernization of Canadian Constitution



Sergei U. Danilov

Professor, Director, Center of Comparative Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Historical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: sergdanilov@yahoo.com



Abstract

The paper is devoted to ways and means of overcoming inevitable legal and political obstacles on the way of modernization of the supreme law of state. For illustration author has selected several important moments in modern constitutional process of Canada. It belongs to the legal family of common law countries and in our times is one of the oldest and the most respected across the world constitutional democratic federal states. The article contains detailed description and exploration of the principal and second-rate features of constitutional regulation mechanism functioning in this North American state. In the field of analyzing model of federal state created by Canadians author directed his main attention to the division of competence and its subjects between federal and provincial levels of public power and to key turns in dynamics of their mutual relations changing in contemporary circumstances. There is exploration of the role and place of constitutional conventions and judicial precedents in Canadian legal doctrine and constitutional practice. There is emphasized in article the multiplicity of ways and means implementing in process of interaction between Ottawa and members of Canadian federation. Author tries to clear a measure of necessity and expediency of the constitutional reform of 1980s and to identify chief phases of the latter. He studies an impact made by judicial instances at the level of provinces and federal center into modernizing Canadian Constitution, including the sentences of the Supreme Court of Canada in *Patriation* case. There is checked in the paper big measure of social purpose producing by power bodies by acting inclusively in the limits of the rule of law (including parliamentary statutes, usages, etc.), by subordination of economic challenges to law and order imperatives and by subordination of the executive bodies to judicial decisions and opinions, in particular. Author presents his look at conditions of Canadian constitutionalism after reform, especially vis-a-vis government of Quebec steady opposition to Charter of rights and freedoms of Canadians. Also he positively evaluates qualities and level of state leadership of federal powers in modernizing constitutional process in democratic parliamentary state.



Keywords

law, conventions, precedent, sovereignty, federation, modernization, interpretation, amendments, patriation.

Citation: Danilov S.Yu. (2015) From the Experience of Western Constitutionalism: Political and Legal Aspects of the Modernization of Canadian Constitution. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 131–144 (in Russian).



References

- Bogdanovskaya I.Yu. (2012) Evolutsiya sydebnogo precedenta v obshtem prave [Evolution of Judicial Precedent in Common Law]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 75–87 (in Russian).
- Bogdanovskaya I.Yu. (2010) Klassifikatsiya konstitutsyi stran obszhego prava [Classification of Constitutions in Common Law Countries]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 29–40 (in Russian).
- Canada (2001). A Consolidation of Constitutional Acts. Ottawa: HMSO, pp. 6–9.
- Danilov S.Yu. (2012) *Evolutsia kanadskogo federalizma* [The Evolution of Canadian Federalism]. Moscow: Izdatelskiy dom HSE, 308 p. (in Russian).
- Danilov S.Yu. (2012) Pravovoe regulirovanie specialnogo statusa subjekta federatsii: differentsiatsia prava na primere Kvebeka [Legal Regulation of Special Status of Member of Federation: Differentiation of the Law — Case of Quebec]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 99–108 (in Russian).
- Hogg P. (2007) The Constitutional Law of Canada. Toronto: Gage, 685 p.
- Jellinek G. (2005) Obshee uchenie o gosudarstve [General Theory of State]. Saint Petersburg: Juridicheskiy Press-Center, 689 p. (in Russian).
- Laforest G. (2003) Reconciling the Solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism. Montreal: McGill-Queens University Press, 455 p.
- Peacock A. (ed.) (1999) Rethinking the Constitution. Perspectives on Canadian Constitutional Reform and Theory. Toronto: Oxford University Press, 329 p.
- Phillips O.H. (2008) Constitutional and Administrative Law. 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 756 p.
- Reezor B. (2000) Canadian Constitution in Historical Perspective. Toronto: Prentice-Hall, 227 p.
- Reid S. (2006) Breakup of Quebec. Democracy and Dangers of Partition. Peterborough: Broadview Press, 310 p.
- Tierney M. (2005) Constitutional Law and National Pluralism. Oxford: Clarendon Press, 255 p.
- Trudeau P. (2001) Memoirs. Toronto: McClelland and Stewart, 379 p.

Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов в рамках процедуры судебной ликвидации во Франции



К.М. Бычкова

аспирантка кафедры предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: bychkova.ksenia@gmail.com



Аннотация

Одним из наиболее проблемных аспектов процедуры банкротства является справедливое распределение стоимости активов должника между кредиторами на стадии ликвидации должника. Особенно сложным этот вопрос становится для иностранных кредиторов, которые зачастую не имеют достаточных знаний о правовом регулировании банкротства за рубежом. В связи с этим представляется актуальным вопрос об очередности удовлетворения требований кредиторов в зарубежных правовых системах. В настоящей статье проводится анализ законодательства и судебной практики Франции о порядке удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов. В настоящее время в этой отрасли права проведен ряд реформ, которые должны быть подробным образом проанализированы. В данном исследовании автор описывает существующие различия между «предшествующими» и «последующими» кредиторами, а также рассматривает условия признания отдельных требований привилегированными для целей распределения имущества должника. Далее автор детально исследует установленную законодателем очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов в зависимости от того, стоимость какого имущества (движимого или недвижимого) распределяется. Наконец, в статье представлены способы, позволяющие кредиторам получить удовлетворение своих требований за рамками установленной законом очередности, т.е. в преимущественном порядке. На основе проведенного исследования автор делает вывод об экономической составляющей правового регулирования банкротства во Франции. Вводя те или иные институты, законодатель может регулировать (стимулировать или подавлять) активность определенных хозяйствующих субъектов. При этом, поскольку на стадии ликвидации целью проведения процедуры банкротства является преимущественно справедливое распределение стоимости имущества должника между кредиторами, установленная очередность удовлетворения их требований представляет собой существенную характеристику данной отрасли права конкретного государства. Результаты исследования и выводы могут быть использованы как практикующими юристами для целей определения положения конкретного требования к должнику, так и научными исследователями при изучении различных подходов к определению понятия и правового режима «предшествующих» требований.



Ключевые слова

французское право, несостоятельность (банкротство), ликвидация, предшествующие кредиторы, способы обеспечения, преимущественное удовлетворение, очередность удовлетворения требований, конкурсная масса.

Библиографическое описание: Бычкова К.М. Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов в рамках процедуры судебной ликвидации во Франции // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 145–156.

JEL: K35; УДК: 347

В процессе осуществления коммерческой деятельности организации в тот или иной момент возникают финансовые и иные затруднения, которые могут привести к полному прекращению деятельности. В случае невозможности погашения требований кредиторов вводится процедура банкротства. Аналогом российского конкурсного производства во Франции является процедура судебной ликвидации, при которой предприятие ликвидируется, его имущество продается, а стоимость, вырученная от продажи, распределяется между кредиторами.

На стадии судебной ликвидации или конкурсного производства ликвидатор сталкивается с многочисленными трудностями, связанными с правилами распределения стоимости активов между кредиторами. Ошибка может привести к тому, что требование кредитора останется непогашенным в связи с отсутствием средств. Так, кредиторы, не имеющие обеспечения, получают во Франции в среднем около 5% от суммы заявленных ими требований¹.

Правовая система Франции, как и России, принадлежит к романо-германской правовой семье, что обуславливает схожесть основных принципов и основ правового регулирования. В свою очередь, это позволяет провести анализ и сопоставление конкурсного права Франции и российского законодательства о банкротстве. Исследование порядка распределения стоимости реализованного имущества должника имеет и практическую цель. Предприятия-кредиторы, особенно банки, должны точно определить свой статус в случае банкротства их контрагента, в том числе иностранного, чтобы позиционировать себя определенным образом на рынке. Кроме того, являясь отражением политики государства в экономической сфере, установленная очередность позволяет в определенные периоды времени стимулировать или, наоборот, приостанавливать действие тех или иных акторов на рынке (например, поощрять банковское кредитование).

Виды требований кредиторов

Российское законодательство устанавливает, что вне очереди за счет конкурсной массы погашаются требования кредиторов по текущим платежам преимущественно перед кредиторами, требования которых возникли до принятия заявления о признании должника банкротом. Таким образом, в отдельные категории выделяются требования кредиторов по текущим платежам и так называемые реестровые требования кредиторов.

Как пояснил в своем Постановлении Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации² (далее — ВАС), текущими являются любые требования об оплате товаров, работ и услуг, поставленных, выполненных и оказанных после возбуждения дела о банкротстве, в том числе во исполнение договоров, заключенных до даты принятия заявления о признании должника банкротом. В договорных обязательствах, предусматривающих периодическое внесение должником платы за пользование имуществом, длящиеся оказание услуг, а также снабжение через присоединенную сеть различными товарами, текущими являются требования об оплате за те периоды времени, которые истекли после возбуждения дела о банкротстве.

Некоторые пояснения относительно критериев разграничения текущих и реестровых требований даются и в Постановлении Пленума ВАС от 23 июля 2009 г. № 60³. Так,

¹ *Jacquemont A. Droit des entreprises en difficulté. Paris, 2011. P. 552.*

² Постановление Пленума ВАС от 23.07.2009 № 63 // Вестник ВАС. 2009. № 9.

³ Постановление Пленума ВАС от 23 июля 2009 г. № 60 // Вестник ВАС. 2009. № 9.

если денежное обязательство или обязательный платеж возникли до возбуждения дела о банкротстве, но срок их исполнения должен был наступить после введения наблюдения, то такие требования по своему правовому режиму аналогичны требованиям, срок исполнения по которым наступил на дату введения наблюдения, поэтому на них распространяются положения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» № 127-ФЗ⁴ (далее — Закон о несостоятельности) о требованиях, подлежащих включению в реестр. Если договоры были заключены до даты возбуждения производства по делу о банкротстве, а поставка товаров, выполнение работ или оказание услуг произошли после этой даты, то требования кредиторов об их оплате являются текущими.

В отношении дополнительных требований Пленум ВАС⁵ разъяснил, что если основное требование является реестровым, то и все связанные с ним дополнительные требования имеют при банкротстве тот же правовой режим.

Аналогично в праве Франции все кредиторы делятся на «предшествующих» и «последующих» в зависимости от момента возникновения их требований. В отношении договоров, подлежащих исполнению по частям, признается, что требование возникает взамен соответствующего встречного предоставления. Таким образом, требование оплаты арендной платы возникает не в момент заключения договора, а *pro rata temporis*, т.е. пропорционально времени, в течение которого арендатор пользовался предоставленным ему во временное пользование имуществом. При этом данное правило действует вне зависимости от наступления срока исполнения обязательства.

Соответственно, критерии определения вида требований по российскому и французскому законодательству о банкротстве совпадают. Приоритет отдается дате возникновения требования, а не сроку его исполнения.

Однако во Франции не все «последующие» кредиторы имеют одинаковый статус. Основное преимущество «последующих» кредиторов, в отличие от «предшествующих», заключается в том, что они могут получить удовлетворение требований в момент наступления срока их исполнения. Однако такая привилегия дана только тем «последующим» кредиторам, требования которых удовлетворяют следующим трем условиям.

Во-первых, как было указано выше, требование должно возникнуть после принятия решения о введении процедуры банкротства. Во-вторых, оно должно возникнуть на законных основаниях. Это требование непосредственно связано с таким последствием введения процедуры банкротства, как лишение неплатежеспособного должника права распоряжаться своим имуществом в той или иной степени.

Наконец, Закон о сохранении предприятий⁶ ввел третье условие: требование должно возникнуть «в полезных целях». К таким требованиям относятся требования, возникшие для нужд проведения процедуры банкротства или периода наблюдения или взамен встречного предоставления должнику. До принятия Закона от 26 июля 2005 г. к последующим привилегированным требованиям относились все требования кредиторов, возникшие после принятия решения о введении процедуры. Данная норма широко критиковалась, так

⁴ Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // Российская газета. 2002. № 209-210.

⁵ Постановление Пленума ВАС от 6 декабря 2013 г. № 88 // Вестник ВАС. 2014. № 2.

⁶ Закон от 26 июля 2005 г. № 2005-845 // Государственная служба по распространению права (далее — ГСРП) // URL:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645&dateTexte=&categorieLien=id> (дата обращения: 06.08.2015). Здесь и далее по тексту франкоязычные источники приводятся в переводе на русский, выполненный автором статьи. — К.Б.

как она противоречила целям восстановления платежеспособности должника, позволяя получить преимущественное право на удовлетворение требований кредиторам, предоставление которых должнику не имело ничего общего с необходимостью продолжения деятельности должника. На это указывал и Кассационный суд Франции: «Восстановлению платежеспособности должников благоприятствовало бы установление преимущественного положения только для тех последующих кредиторов, требования которых были необходимы для целей продолжения деятельности предприятия после введения процедуры»⁷.

К привилегированным требованиям относятся, в частности, требования, возникшие для нужд проведения процедуры несостоятельности. Простой связи требования с процедурой недостаточно, необходима прямая зависимость такого требования от введения процедуры.

Кассационный суд Франции подтвердил, что к требованиям, возникшим для нужд проведения процедуры, относятся также компенсации работникам в связи с расторжением трудового договора в течение 15 дней с момента введения процедуры судебной ликвидации⁸. Апелляционный суд Гренобля также признал требованием, возникшим для нужд проведения процедуры, требование, связанное с проведением мероприятий по очистке окружающей среды, поскольку требования законодательства предусматривают необходимость проведения таких мероприятий при прекращении деятельности предприятия или уступке предприятия⁹.

Таким образом, к «последующим» требованиям, возникшим для нужд проведения процедуры, относятся такие требования, без которых проведение процедуры было бы невозможно. Аналогичный анализ можно применить к последующим требованиям, возникшим для нужд периода наблюдения или взамен встречного предоставления должнику. Ограничение привилегии обусловлено необходимостью выделить в отдельную категорию тех кредиторов, вклад которых в продолжение деятельности должника или в проведение процедуры представляет реальную ценность. «Последующие» непривилегированные требования удовлетворяются в том же порядке, что и «предшествующие».

Отметим, что в России в 2014 году предпринималась попытка ограничить определение текущих платежей указанием на их связь с обеспечением функционирования должника, сохранностью его имущества и проведением процедур банкротства¹⁰. В качестве аргумента в поддержку такого ограничения указывалось, что действующая в настоящее время формулировка представляется чрезмерно широкой, позволяющей должнику расходовать денежные средства в процедурах банкротства в ущерб конкурсным кредиторам, требования которых включены в реестр требований. Однако данные положения об изменении понятия текущих платежей были исключены из финальной версии законопроекта, принятой Госдумой в декабре 2014 г.

⁷ Rapp. Cour de cassation, 2002. P. 30. Цит. по: *Le Corre P.-M. Droit et pratique des procédures collectives*. Paris, 2013. P. 884.

⁸ Chambre sociale de la Cour de cassation, 16 juin 2010, n° 08-19.351 // ГСПИ // URL: <http://legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000022368832&fastReqId=1110391340&fastPos=1> (дата обращения: 06.08.2015)

⁹ Cour d'appel de Grenoble, 31 mai 2012, n° 11/02571 — *Gazette du Palais*, n° 286 à 287, p. 24, note L.-C. HENRY.

¹⁰ Проект федерального закона № 460633-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» // Официальный сайт Государственной Думы // URL: [http://asozd2c.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=460633-6](http://asozd2c.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=460633-6) (дата обращения: 06.08.2015)

Правительство Российской Федерации в своем отзыве указало, что данные «предложения направлены на дифференциацию платежей в зависимости от даты их возникновения, а не на регламентацию вопроса об их обоснованности и не могут решить проблему осуществления необоснованных расходов в ходе дела о банкротстве». Кроме того, Правительство нашло неясным порядок регулирования требований по текущим обязательным платежам, а также всех иных требований, которые в соответствии с данными изменениями не признаются текущими, но и не подлежат включению в реестр. По-видимому, предполагалось, что такие требования будут удовлетворяться в порядке, предусмотренном для удовлетворения реестровых требований.

Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов

Российский Закон о несостоятельности довольно лаконичен в вопросе установления очередности удовлетворения требований, включенных в реестр требований кредиторов. Статьей 134 указанного Закона предусматриваются основные очереди кредиторов, а статья 138 устанавливает особые правила удовлетворения требований кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом.

В свою очередь, французское право содержит множество норм, касающихся приоритетности определенных требований. Очередность удовлетворения требований «предшествующих» кредиторов по французскому законодательству о банкротстве различается в зависимости от того, стоимость какого имущества (движимого или недвижимого) распределяется.

Распределение стоимости недвижимого имущества

Из стоимости реализованного недвижимого имущества, в первую очередь, погашаются супер-привилегированные требования работников, к которым относятся требования о выплате зарплаты за 60 рабочих дней, предшествующих открытию процедуры (ст. L. 3253-2 Трудового кодекса Франции (Code du travail)¹¹). Кроме того, указанная привилегия позволяет работникам не участвовать в строгой процедуре удовлетворения требований, предусмотренной правилами банкротства для остальных кредиторов, и получить удовлетворение требований в очень короткие сроки.

При отсутствии необходимых средств выплаты производятся организацией, осуществляющей управление обязательным страхованием требований работников (АЖС¹²). Поскольку «специализированная ассоциация (АЖС) выплачивает суммы, гарантированные этой супер-привилегией и, соответственно, заменяет работников в их правах требования к должнику, именно она пользуется преимуществами первой очереди кредиторов, что «позволило в предыдущие годы возместить более 35% выплаченных работникам средств»¹³.

¹¹ Трудовой кодекс Франции // ГСПИ // URL: http://legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=E04DC60C8DB57AAE2D934AE332C2FB17.tpdlila21v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20150818 (дата обращения: 06.08.2015)

¹² Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) — Ассоциация по управлению режимом обеспечения требований работников (АЖС).

¹³ *Jacquemont A.* Op. cit. P. 553.

Далее погашаются «последующие» судебные издержки. После этого стоимость реализованного недвижимого имущества распределяется между кредиторами, обладающими правом на предпочтительное удовлетворение в связи с их участием в согласительной процедуре. Статья L. 611-11 Торгового кодекса Франции¹⁴ (Code de commerce) (далее — ТКФ) предоставляет такое преимущественное положение лицам, которые согласно соглашению, утвержденному судом по результатам согласительной процедуры, предоставили должнику денежные средства в целях обеспечения продолжения деятельности предприятия и его стабильности, в размере такого вклада. Такая же гарантия предоставляется лицам, поставившим согласно утвержденному судом соглашению новое имущество или оказавшим услугу, в размере стоимости такого имущества или услуги.

В следующую очередь удовлетворяются преимущественные требования работников, не имеющие супер-привилегии, т.е. различные выплаты за пределами последних двух месяцев работы.

Далее оставшиеся суммы распределяются между кредиторами, требования которых обеспечены так называемыми вещно-правовыми специальными¹⁵ способами обеспечения в отношении недвижимых вещей. При этом требования кредитора, обеспеченные специальной недвижимой привилегией, погашаются ранее требований ипотечного кредитора (ст. 2324 Французского гражданского кодекса (Code civil, далее — ФГК)¹⁶. Таким образом, сначала погашаются требования, обеспеченные привилегией объединений собственников недвижимого имущества, продавца недвижимого имущества, займодателя (ссуда на приобретение недвижимости), участника раздела имущества, лица, претендующего на получение статуса собственника, привилегиями архитекторов, предпринимателей и рабочих, привилегией при разделении имущества¹⁷. Затем осуществляются выплаты ипотечным кредиторам (ст. 2324 ФГК).

В следующую очередь удовлетворяются непогашенные требования «последующих» привилегированных кредиторов.

Далее следуют требования, обеспеченные общими привилегиями согласно ст. 2331 ФГК. К ним относятся, в частности, расходы по погребению, расходы на последнее лечение, требования жертвы несчастного случая, оплата продукции, поставленной в течение последнего года сельскохозяйственным производителем в рамках долгосрочного межпрофессионального соглашения, утвержденного судом, а также задолженность всех контрагентов сельскохозяйственного производителя по договору, утвержденному судом, различные семейные пособия.

Наконец, погашаются требования «предшествующих» и «последующих» кредиторов, не имеющих преимущественного права на удовлетворение своих требований. Распределение между ними осуществляется пропорционально сумме их требований.

¹⁴ Торговый кодекс Франции // ГСПП // URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D3E9A487565BCA4B9056A3EB5819747F:tpdila12v_1?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20090215 (дата обращения: 06.08.2015)

¹⁵ Различие специальных и общих привилегий состоит в том, что обладатель общей привилегии имеет право на преимущественное удовлетворение своего требования из стоимости всего имущества должника, тогда как обладатель специальной привилегии имеет право на преимущественное удовлетворение своего требования из стоимости того имущества, которое обременено соответствующим способом обеспечения.

¹⁶ Французский гражданский кодекс // ГСПП // URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=48EC1855EB3EDAF7DE57D2CCD06544BD:tpdila12v_1?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060324 (дата обращения: 06.08.2015)

¹⁷ *Montéran T., Bourgoin Y.* Les répartitions en matière de procédures collectives // Gazette du Palais, 29 juillet 2008, n° 211. P. 3.

Распределение стоимости движимого имущества

Из стоимости реализованного движимого имущества, в первую очередь, удовлетворяются супер-привилегированные требования работников. Затем погашаются «последующие» судебные издержки. Как и в случае с реализацией недвижимого имущества, в третью очередь погашаются требования кредиторов, обладающих правом на предпочтительное удовлетворение в связи с их участием в согласительной процедуре. После них следуют кредиторы, имеющие вещно-правовые способы обеспечения в отношении движимых вещей с правом удержания или установившие залог материалов или оборудования. Далее следуют непогашенные «последующие» привилегированные кредиторы вне зависимости от процедуры, во время которой возникли их требования.

После них выплаты производятся «предшествующим» привилегированным кредиторам. В случае распределения стоимости движимых вещей обладатели законных специальных привилегий опережают в очередности обладателей законных общих привилегий, если законом не установлено иное. Распределение между привилегированными кредиторами происходит согласно порядку, установленному ст. 2331 и 2332-3 ФГК. Далее следуют «предшествующие» и «последующие» непривилегированные требования.

Итак, хотя французское право известно высоким уровнем защиты прав работников, о чем свидетельствует, как минимум, предоставление супер-привилегии требованиям работников, законодательство учитывает и экономические цели, предоставляя привилегии тому или иному контрагенту должника.

Система страхования на случай невыплаты требований работников в случае введения в отношении работодателя процедуры несостоятельности была введена во Франции в 1973 г.¹⁸. Рассматриваемая система страхования финансируется за счет страховых взносов, уплачиваемых работодателями. Например, в 2015 г. размер страховых взносов составляет 0,30%¹⁹. При этом АЖС выплачивает предусмотренные суммы работникам вне зависимости от соблюдения работодателем требований об уплате страховых взносов (ст. L. 3253-7 Трудового кодекса Франции).

В настоящее время в России не существует подобной системы страхования, однако предложения о введении страхования на случай банкротства работодателя разрабатываются уже давно. Еще в 2010 г. Минэкономразвития России начало разрабатывать аналогичные механизмы²⁰. В 2013 г. Министерство труда и социальной защиты подготовило проект закона «Об обязательном социальном страховании на случай утраты заработка вследствие несостоятельности (банкротства) работодателя»²¹.

В отличие от французской системы, ст. 4 указанного законопроекта предлагается под страховым случаем понимать «факт наличия невыплаченного страхователем застрахованному лицу заработка на дату окончания расчетов со всеми кредиторами вто-

¹⁸ Loi n°73-1194 du 27 décembre 1973 // ГСПП // URL: http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/JO_PDF.jsp?numJO=0&dateJO=19731230&numTexte=&pageDebut=14145&pageFin= (дата обращения: 06.08.2015)

¹⁹ Quel est le taux de cotisation de l'AGS? // Официальный сайт органов исполнительной власти Франции // <http://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/actualites/006582.html> (дата обращения: 06.08.2015)

²⁰ Минэкономразвития разрабатывает механизмы страхования работников при банкротстве компаний / Официальный сайт Всероссийского союза страховщиков // <http://www.ins-union.ru/rus/news/insurance/588/> (дата обращения: 06.08.2015)

²¹ Проект Федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай утраты заработка вследствие несостоятельности (банкротства) работодателя» (подготовлен Минтруда России, текст по состоянию на 16.04.2014) // СПС КонсультантПлюс.

рой очереди в ходе конкурсного производства». С точки зрения защиты прав и законных интересов работников французская система представляется более удачной, так как позволяет работникам получить причитающиеся им выплаты, не дожидаясь окончания расчетов с кредиторами. При этом все действия по получению от должника сумм задолженностей возлагаются на специализированную организацию, которая в порядке суброгации получает возможность участвовать в процедуре банкротства. Российский же проект закона предусматривает возможность страховщика предъявить регрессное требование к руководителю или учредителю (участнику) должника, если в судебном порядке был установлен факт совершения ими фиктивного и (или) преднамеренного банкротства.

До настоящего времени данный законопроект не внесен в Государственную Думу. Противники подобного нововведения рассматривают такой вид страхования лишь как дополнительное финансовое бремя, возлагаемое на работодателей. Этот аргумент является вполне обоснованным, в частности, в связи с указанным выше положением об ограниченной возможности предъявления страховщиком регрессного требования. Действительно, если предлагаемая система страхования не будет иметь способов для возмещения выплаченных работникам средств, она остается средством покрытия рисков невыплаты задолженности несостоятельных организаций за счет страховых взносов более успешных организаций. При этом работники, имея возможность получить выплаты от страховщика, не будут заинтересованы в проактивном участии в процедуре банкротства должника.

Целью же французской системы страхования является исключительно защита прав работников, а не помощь банкроту за счет средств остальных организаций. АЖС финансируется таким образом не только за счет взносов всех работодателей, но и посредством участия АЖС в процедуре банкротства в порядке суброгации. АЖС, вступая в привилегированное положение работников в процедуре банкротства, в значительной степени возвращает средства, выплаченные ей работникам, что обеспечивает наполняемость фонда выплат.

Что касается статуса кредиторов, французское законодательство исходит из необходимости соблюдения баланса интересов кредиторов и должника, руководствуясь целью сохранения предприятия как экономической единицы. Это можно наглядно продемонстрировать на примере режима требований кредиторов, предоставивших дополнительные финансовые вложения в предприятие должника в рамках согласительной процедуры. От этих действий напрямую зависит возможность должника восстановить свою платежеспособность и сохранить предприятие, как действующую экономическую единицу. Известно, что предприятия, находящиеся на грани банкротства, часто испытывают недостаток финансирования. Собственники таких предприятий зачастую не могут обеспечить достаточность финансовых вложений с учетом того, что банковские организации до принятия решения о кредитовании проверяют тщательным образом риски его невозврата, в том числе финансовое состояние предприятия-заемщика. Риски невозврата заемных средств тем выше, чем в более затруднительном положении находится заемщик. При отсутствии соответствующей привилегии кредиторы, выделившие дополнительные средства должнику, ничем не отличаются от других кредиторов. В связи с этим такие кредиторы не имеют никакого стимула сотрудничать с должником, находящимся в затруднительном положении.

Французское законодательство о банкротстве предусматривает эффективную защиту экономических интересов контрагентов должника путем предоставления спе-

циального статуса тем из них, которые участвовали в согласительной процедуре, как наиболее ранней стадии выявления финансовых затруднений. Речь идет о привилегии кредиторов, предоставивших дополнительные денежные средства должнику на стадии согласительной процедуры (ст. L. 611-11 ТКФ). Такой режим позволяет стимулировать выдачу кредитов предприятию, в отношении которого банком выявлена возможность скорого наступления состояния неплатежеспособности. Посредством предоставления банку права на предпочтительное удовлетворение в связи с участием в согласительной процедуре риск неудовлетворения его требований в случае банкротства должника снижается, что позволяет предоставить более выгодные условия кредитования должнику. На таких выгодных для себя условиях должник получает дополнительное финансирование, которое способствует восстановлению платежеспособности.

Однако введение данной привилегии во Франции не было принято единодушно. Например, представитель финансовой комиссии возражал против введения рассматриваемой привилегии, поскольку это означало, что государство как кредитор могло потерять полностью или частично возможность взыскать причитающуюся ему задолженность, обеспеченную значительными привилегиями²². Противники введения данной привилегии указывали также, что привилегированные по ст. L. 611-11 Торгового кодекса Франции кредиторы будут иметь преимущественное положение по отношению к финансовым органам и органам социальной защиты²³. Отмечалось, что введение такой привилегии не изменит поведения кредитных организаций и более того противоречит конституционным принципам, так как изменяет очередность удовлетворения требований не в общественных, а в частных интересах²⁴.

В свою очередь, сторонники введения данной привилегии говорили об экономических целях: должникам, находящимся в затруднительном положении, крайне необходимы дополнительные денежные средства. Однако для этого необходимо установление привилегии законодательным путем²⁵.

Как показала практика, введение в отношении должника согласительной процедуры, в рамках которой как раз и может быть предоставлена такая финансовая поддержка, в значительной мере позволяет предупредить признание должника банкротом и сохранить предприятие. Согласно данным канцелярии Торгового суда Парижа примирительные процедуры приводят к сохранению предприятия в 60% случаев. Такое урегулирование задолженности позволяет должнику предотвратить приостановление платежей или восстановить свою платежеспособность, вернуться к стабильному финансовому положению и продолжить экономическую деятельность на рынке.

Отметим, однако, что «последующие» кредиторы, взаимодействующие с должником на стадии процедуры восстановления платежеспособности должника, будут находиться ниже в очередности удовлетворения требований кредиторов. Соответственно, снижается их заинтересованность в сохранении отношений с должником.

Установление указанной привилегии, безусловно, имеет плюсы и минусы. Однако она успешно выполняет свое главное назначение — привлечение дополнительного финансирования для должника, находящегося в затруднительном положении. Это, в свою

²² Avis Jérôme Chartier; n° 2099. P. 26, 36. Цит. по: *Le Corre P.-M.* Op. cit. P. 255.

²³ Interv. Michel Vaxès, JOAN CR, 1re séance du 3 mars 2005. P. 1602. Цит. по: *Ibid.* P. 255.

²⁴ Interv. Paul Giaccobi, JOAN CR, 3me séance du 1 mars 2005. P. 1504, 1505, 1617. Цит. по: *Ibid.* P. 255.

²⁵ J.-Cl. COM., Jacquemont, fasc. 2030 [Procédure de conciliation et concordat], éd. 2006, n° 34. Цит. по: *Ibid.* P. 256.

очередь, зачастую позволяет предотвратить в последующем введение в отношении должника процедуры банкротства.

В российской действительности одной из задач законодательства о банкротстве является уменьшение количества процедур банкротства, заканчивающихся ликвидацией должника. Эффективным способом является введение превентивных мер на самой ранней стадии возникновения затруднений. Однако на данный момент третьи лица и, в первую очередь, кредитные организации не заинтересованы в дополнительном финансировании такого предприятия. Ведь в случае неудовлетворительного результата проведения превентивных мер и введения в отношении должника процедуры банкротства такие кредиторы будут наравне с другими кредиторами в очередности удовлетворения требований. В то же время их степень участия в восстановлении финансовой стабильности должника несравненно выше степени участия иных кредиторов, которые не вносили дополнительных вложений в тот период, когда затруднения должника стали очевидны. Одним из способов стимулирования третьих лиц к участию в превентивных мерах является установление преимущественного положения таких кредиторов аналогично положению кредиторов, привилегированных согласно ст. L. 611-11 Торгового кодекса Франции. Это может способствовать уменьшению количества ликвидируемых банкротов и увеличению, соответственно, процента удовлетворенных требований кредиторов.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что основной целью процедуры судебной ликвидации во Франции является пропорциональное распределение денежной суммы, вырученной от продажи имущества, между кредиторами должника. Задач сохранения и восстановления платежеспособности должника на этой стадии банкротства уже не ставится, главной задачей становится справедливое погашение требований кредиторов.

Как французское, так и российское право устанавливает очередность удовлетворения требований в соответствии с их природой. Хотя иерархия кредиторов и статус того или иного требования различаются в зависимости от правовой системы страны, принцип остается одним и тем же: предоставление законодателем преимущества тем кредиторам, положение которых этого требует по той или иной причине. Различия между правовыми системами объясняются характерными особенностями процедуры банкротства, установленными законодателями двух государств, различиями в самих процедурах и историческом развитии этого института в том или ином государстве.

В связи с интенсификацией международных отношений и процессами глобализации очевидно, что право должно давать экономическим агентам уверенность в статусе их требований во всех ситуациях, которые могут произойти. Конкурсное право, устанавливающее очередность удовлетворения требований кредиторов, должно быть ясным и понятным даже лицам, не имеющим специальных знаний о порядке распределения стоимости имущества должника с тем, чтобы сделать эффективным их позиционирование на рынке в условиях постоянной угрозы финансового кризиса.



Библиография

Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учебник для бакалавриата и магистратуры / Е.С. Пирогова, А.Я. Курбатов. М.: Юрайт, 2014. 291 с.

Branlard J.P. L'essentiel du droit des garanties de paiement. Le droit des sûretés. Paris, 2007. 166 p.

Dupichot P. L'efficience économique du droit des sûretés personnelles // Petites affiches. 14 avril 2010. n° 74. P. 3.

- Ghestin V. J. *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*. L.G.D.J., 2005. 1374 p.
- Jacquemont A. *Droit des entreprises en difficulté*. 7ème édition. Paris, 2011. 688 p.
- Le Corre P.-M. *Droit et pratique des procédures collectives*. Paris, 2013. 2664 p.
- Lefevre H. *Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives // Petites affiches*. 27 mars 2008. n° 63. P. 71.
- Lucas F.-X., Sénéchal M. *Les créanciers hypothécaires priment les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture // L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*. 20 octobre 2011. n° 10. P. 1.
- Montéran T., Bourgoin Y. *Les répartitions en matière de procédures collectives // Gazette du Palais*. 29 juillet 2008. n° 211. P. 3.
- Pellier J.-D. *Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable // Petites affiches*. 17 janvier 2008. n°13. P. 3.
- Pérochon F., Bonhomme R. *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*. Paris, 2010. 480 p.
- Reille F. *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus // Gazette du Palais*. 7 mars 2009. n°66. P. 38.
- Roussel G. *La déclaration de créances et les sûretés réelles // Petites affiches*. 11 février 2011. n°30. P. 37.
- Roussel G. *La paralysie de la fiducie-sûreté // Petites affiches*. 11 février 2011. n° 30. P. 3.
- Saint-Alary-Houin C. *Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien*, 2011. 946 p.
-

Distribution Priorities for Pre-Commencement Creditors under Judicial Liquidation in France



Ksenia M. Bychkova

Postgraduate student, Department of Entrepreneurial Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., 101000, Moscow, Russian Federation. E-mail: bychkova.ksenia@gmail.com



Abstract

One of the most problematic issues of the bankruptcy procedure is a fair distribution of the cost of the debtor's assets among the creditors under the liquidation of debtor. The issue becomes particularly challenging for foreign creditors who often lack sufficient knowledge about the legal regulation of bankruptcy abroad. In this regard, it seems urgent to tackle the question of distribution priorities in foreign legal systems. In this article, the author examines the legislation and jurisprudence of France regarding the order of pre-commencement creditors' claims settlement. Currently, this branch of law has seen a number of reforms which require exploration. The most part of Russian studies devoted to bankruptcy proceedings in France do not cover this field. In this study, the author describes the differences between the pre-commencement and post-commencement creditors, as well as considers the conditions for recognizing several claims as privileged for the purposes of distributing property of the debtor. Further, the author examines in detail the sequence established by the legislator concerning the distribution priorities as to pre-commencement creditors, depending on the nature of the property (movable or immovable) to be distributed. Finally, the paper presents the methods, which allow creditors to get their claims satisfied beyond the statutory priority, that is, in a preferential order. Based on the study the author concludes that there exists an economic component of the legal regulation of bankruptcy in France. By introducing certain institutions, the legislator can regulate (stimulate or repress) the activity of several businesses. At the same time, since under liquidation the purpose of the bankruptcy procedure is primarily an equitable distribution of the value of the debtor's assets among creditors, the priority of their claims appears to be representative one for this branch of the law of a particular state. The results of this research and the conclusions may be used both by practicing lawyers to determine the status of a particular claim against the debtor and by researchers in the study of various approaches to the concept and the legal regime of pre-commencement claims.



Keywords

French law, insolvency (bankruptcy), liquidation, pre-commencement creditors, guarantees, privileges, distribution priorities, insolvency estate

Citation: Bychkova K.M. (2015) Distribution Priorities of Pre-Commencement Creditors under Judicial Liquidation in France. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 145–156 (in Russian).



References

- Branlard J.P. (2007) *L'essentiel du droit des garanties de paiement. Le droit des sûretés*. Paris: Gualiano, 166 p.
- Dupichot P. (2010) L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles. *Petites affiches*. 14 avril. n° 74. P.3.
- Ghestin V.J. (2005) *Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes*. Paris: L.G.D.J., 1374 p.
- Jacquemont A. (2011) *Droit des entreprises en difficulté*. 7ème éd. Paris: Litec, 688 p.
- Le Corre P.-M. (2013) *Droit et pratique des procédures collectives*. 7ème éd. Paris: Dalloz, 2664 p.
- Lefevre H. (2008) Les conséquences de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives. *Petites affiches*. 27 mars. n° 63. P. 71.
- Lucas F.-X., Sénéchal M. (2011) Les créanciers hypothécaires priment les frais de justice postérieurs au jugement d'ouverture. *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*. 20 octobre. n° 10. P.1.
- Montéran T., Bourgoin Y. (2008) Les répartitions en matière de procédures collectives. *Gazette du Palais*. 29 juillet. n° 211. P. 3.
- Pellier J.-D. (2008) Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable. *Petites affiches*. 17 janvier. n°13. P. 3.
- Pérochon F., Bonhomme R. (2010) *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*. Paris: L.G.D.J, 480 p.
- Pirogova E.S., Kurbatov A.Ya. (2014) *Pravovoye regulirovanie nesostoyatelnosti (bankrotstva)* [Legal Regulation of Insolvency (bankruptcy)]. Moscow: Jurayt, 291 p. (in Russian)
- Reille F. (2009) Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus. *Gazette du Palais*. 7 mars. n°66. P. 38.
- Roussel G. (2011) La déclaration de créances et les sûretés réelles. *Petites affiches*. 11 février. n°30. P. 37.
- Roussel G. (2011) La paralysie de la fiducie-sûreté. *Petites affiches*. 11 février. n° 30. P.3.
- Saint-Alary-Houin C. (2011) *Droit des entreprises en difficulté*. Montchrestien: Lextenso éditions, 946 p.

Избыточная уголовная репрессия в США



И.И. Нагорная

старший преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», научный сотрудник ИНИОН РАН, кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: irnag@yandex.ru



Аннотация

Предметом рассмотрения является проблема неоправданно высокой уголовной репрессии в США, связанная с избыточной криминализацией деяний и чрезмерно жесткими наказаниями. Изучаются предпосылки подобного явления, отмечается отношение общества к уголовному праву как к средству решения социально-экономических проблем и борьбы с финансовым кризисом. Рассматриваются отдельные примеры, свидетельствующие об избыточном применении уголовной ответственности, в том числе Закон РИКО. Указывается на недостаточную проработку субъективной стороны преступления (*mens rea*) в предлагаемых Конгрессу США законопроектах, а также на расширительное толкование судами федерального законодательства. Анализируются последствия такого положения дел, в том числе невозможность обеспечить знание многочисленных законов и подзаконных актов, нарушение процессуальных гарантий. Отдельной проблемой является переполненность тюрем, что влечет нарушение основных прав человека и невозможность удовлетворения элементарных физических потребностей. Особое внимание уделяется проблеме уголовной ответственности несовершеннолетних, решениям Верховного суда США, связанным с невозможностью применения наиболее строгих наказаний к лицам, не достигшим 18 лет. В целях преодоления избыточной уголовной репрессии в отношении указанных лиц американские исследователи предлагают ввести в действие систему восстановительного правосудия. Последнее помогает сократить уровень рецидива среди несовершеннолетних. Также предлагается установить возможность применения положений, касающихся уголовной ответственности несовершеннолетних, к лицам старше 18 лет, но не достигшим 25-летнего возраста. Рассматриваются истоки движения против избыточной криминализацией деяния, которое зародилось после принятия Примерного уголовного кодекса США и не имеет политической окраски, включая в себя деятелей республиканцев и демократов. Приводятся рекомендации американских ученых в отношении федерального законодателя и деятельности судов, в частности предложение о признании добросовестного заблуждения (ошибки) в качестве защиты от уголовного преследования. Целью статьи является систематизация опыта США для изучения сходных явлений в нашей стране и противодействия им, так как, несмотря на некоторое снижение количества лиц в местах лишения свободы в России, данные проблемы остаются чрезвычайно острыми.



Ключевые слова

уголовная репрессия, избыточная криминализация, чрезмерные наказания, Верховный суд США, уголовная ответственность несовершеннолетних, федеральное законодательство, уголовный закон, США.

Библиографическое описание: Нагорная И.И. Избыточная уголовная репрессия в США // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 157–167.

JEL: K42; УДК: 343

Уголовное право является инструментом «последней надежды»¹, призванным запретить наиболее опасные, социально непереносимые деяния, и предполагает «применение наиболее жесткого насилия, затрагивающего самые важные в правовом государстве конституционные права личности, включая ее статус»². Неоправданно жесткая уголовная репрессия проявляется прежде всего в избыточной криминализации деяний и чрезмерных наказаниях, главным образом при широком применении длительных сроков лишения свободы. Это создает серьезные негативные последствия для экономики, демографических и иных процессов, вызывает переполнение мест лишения свободы, в результате которой создаются условия нарушения основных прав человека и гражданина. Верховный суд США в 2015 г. признал, что избыточная криминализация, а также чрезмерные наказания являются проблемой страны³. Об этом заявила судья Е. Каган в связи с делом *Yates v. United States* (2015).

Изучение положения дел в США может стать полезным для понимания сходных явлений в нашей стране. В России количество осужденных, хотя и уменьшившееся за последние годы, остается высоким. Так, в 2015 г. количество россиян в местах лишения свободы сократилось до 671 тыс. человек. Международный центр тюремных исследований (Великобритания) сообщил, что на 2014 г. Россия занимала третье место в мире по числу осужденных. На первом месте находились США (2,2 млн.), на втором — Китай (1,7 млн.)⁴.

В нашей стране ведутся постоянные дискуссии о необходимости декриминализации отдельных деяний, модернизации (гуманизации или либерализации) уголовного законодательства⁵. Данные усилия сталкиваются с противоположной тенденцией: многие представители власти и ученые-юристы требуют ужесточения уголовной ответственности⁶. Понимание причин подобных явлений, взгляд на них со стороны, анализ приводимых в другой стране аргументов способны помочь в выработке позиций, пригодных для решения названных проблем Российской Федерации.

Предпосылки избыточной уголовной репрессии. Тенденция к избыточной криминализации различных видов поведения и ужесточению наказаний характерна не только для США, но и для других стран. Она отражает укоренившиеся в общественном сознании взгляды, что уголовно-правовые средства способны эффективно решать возникающие социально-экономические проблемы. Обычно повышение уровня уголовной репрессии объясняют необходимостью борьбы с преступностью. Однако эмпирические данные не подтверждают действенности подобного подхода. Исследователи отмечают,

¹ Overcriminalization and Excessive Punishment: Uncoupling Pipelines to Prison. Report from December, 2011. New Haven: Yale Law School, 2011. P.3.

² Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2009. С. 25.

³ *Malcolm J.G., Richardson J.* Supreme Court Justices Agree: Overcriminalization is a Problem in America // The Daily Signal. February 26, 2015 // URL: <http://dailysignal.com/2015/02/26/supreme-court-justices-agree-overcriminalization-problem-america/> (дата обращения: 11.07.2015).

⁴ Количество заключенных в России упало до исторического минимума // Региональное информационное агентство «Оренбуржье». 12 марта 2015 г. // URL: <http://ria56.ru/posts/67940670467407.htm> (дата обращения: 11.07.2015).

⁵ См., напр.: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М., 2010. С. 42–45.

⁶ В частности, данная идея проводится в монографии: Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М.: Норма, 2006. С. 60–77.

что уровень преступности во многих странах общего права, включая Канаду, склонен то снижаться, то возрастать. При этом ни в одной из них нет такого, как в США, количества осужденных к лишению свободы⁷.

Э. Подгор подчеркивает, что реакцией американского общества на финансовый кризис является желание реформировать законодательство, в том числе уголовное⁸. Она ссылается на профессора У. Стунтца, который отмечает, что «уголовное право является широким и глубоким: множество видов поведения запрещено уголовным законом... это знают все, кто читал уголовный кодекс штата или Федерации»⁹. С. Смит указывает, что многие исследователи обвиняют в подобном положении Конгресс, однако большой вклад в избыточную криминализацию внесли суды, которые предпочитают расширительное толкование федерального уголовного закона, расширение сферы его действия. Даже если имеется специальный федеральный закон, который применяется к конкретному преступному деянию, суды часто широко истолковывают общий закон, который позволяет назначить более строгое наказание за то же деяние¹⁰.

Американские исследователи приходят к выводу, что общество «впало в зависимость» от лишения свободы. Убежденность, что оно способно контролировать любое поведение, подменяет факты¹¹. В целом идея воздаяния является весьма привлекательной для общества в целом, что во многом предопределяет деятельность политиков.

Примеры избыточной криминализации деяний. Федеральное законодательство в целом. В США на федеральном уровне существует как минимум 4308 законов и около 300 000 подзаконных актов, которые предусматривают возможность применения уголовных наказаний¹². Многие федеральные законы дублируют друг друга или законы штатов¹³.

Борьба с коррупцией и организованной преступностью. Федеральные запреты нарушения законодательства штатов. Ярким примером избыточного расширения федерального законодательства являются меры против взяточничества, имеющего место на уровне штата и местном уровне. Первоначально устанавливалось, что если во взяточничестве участвовали не только федеральные чиновники, но и чиновники штата или муниципалитета, последние могли быть привлечены к ответственности согласно федеральному законодательству, только если взятка относилась к участию их в федеральной программе или в исполнении официальных функций от имени федерального правительства. Однако с 1940 по 1987 гг. федеральные суды позволили прокурорам преследовать взяточничество на уровне штата и на местном уровне, квалифицируя его как мошенничество против нематериальных прав¹⁴.

⁷ Overcriminalization and Excessive Punishment. P. 3.

⁸ Podgor E. Overcriminalization: New Approaches to a Growing Problem // Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. N 3. P.529.

⁹ Ibid. P. 530.

¹⁰ Smith S. Overcoming Overcriminalization // Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. N 3. P. 545.

¹¹ Overcriminalization and Excessive Punishment. P. 4.

¹² Baker J. The Crimes on the Books and Committee Jurisdiction. Testimony before the Committee on Jurisdiction U.S. House of Representatives. Task force on Over-criminalization. Washington, 2014. P. 3, 6.

¹³ Malcolm J. Defining the Problem and Scope of Over-Criminalization and Over-federalization. Testimony before Over-criminalization Task Force of the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives. Washington, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/testimony/2013/06/defining-the-problem-and-scope-of-overcriminalization-and-overfederalization> (дата обращения: 11.07.2015)

¹⁴ Smith S. Op. cit. P. 550.

По делу *Evans v. United States* (1992) Верховный суд США постановил, что взяточничество на уровне штата и местном уровне может представлять собой вымогательство под предлогом осуществления официального права. Это позволяет назначить более суровое наказание, нежели лишение свободы на срок до пяти лет, предусмотренное за мошенничество, направленное против нематериальных прав.

Закон о коррумпированных и находящихся под влиянием рэкетиров организациях (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act — RICO*, 1970 г.; далее — Закон РИКО) включает в себя запреты, предусмотренные уголовным законодательством различных штатов. Его целью является защита предприятий от вовлечения в незаконную деятельность¹⁵. Преступления, связанные с вымогательством, должны были подпадать под данный Закон, только если они делают предприятие постоянной частью преступной схемы. Тем не менее по делу *United States v. Turkette* (1981 г.) Верховный суд США постановил, что для признания предприятия преступным в смысле Закона РИКО достаточно, чтобы оно совершило два или более соответствующих преступления, а установление факта, что оно вовлечено в преступную схему, не обязательно. Это создало опасность, что обычный сговор может быть квалифицирован как организованная преступная группа по Закону РИКО.

По делу *Boyle v. United States* (2009 г.) обвиняемый утверждал, что оценка организация как преступной по Закону РИКО требует, чтобы такая организация имела какую-либо структуру, помимо минимально необходимой. Однако Суд не согласился с данным подходом, подчеркнув, что широкое определение преступной организации по Закону РИКО не предусматривает подобных ограничений. Данное дело фактически приравняло доказанный сговор к наличию преступной организации¹⁶.

Противодействие незаконной иммиграции. Дж.Шакон указывает на увеличение количества уголовных запретов в иммиграционной сфере. Данные преступления являются наиболее распространенными на федеральном уровне. Правительство штатов и местные органы власти также принимают активное участие в борьбе с нарушением иммиграционных правил¹⁷.

Борьба с браконьерством и уголовная ответственность за нарушения иностранного законодательства. Закон Лэйси (*Lacey Act*, 1900 г.), направленный на борьбу с браконьерами, предусматривает ответственность за импорт рыбы, животных и растений в нарушение законодательства зарубежных стран. В деле *United States v. McNab* (2003 г.) гражданин Шонуэттер (*Schoenwetter*) и еще несколько лиц были осуждены за правонарушения, связанные с ввозом лангустов в нарушение закона Гондураса (лангусты были слишком малы, некоторые содержали икру, были упакованы в пластик, в то время как полагались коробки). Суд первой инстанции опирался на заключение должностных лиц департамента сельского хозяйства Гондураса о нарушении закона. Апелляционный суд, однако, не принял во внимание мнение суда и Генерального прокурора, а также посольства Гондураса о недействительности данных норм. Шонуэттер был приговорен к 8 годам лишения свободы в федеральной тюрьме¹⁸.

Снижение требований к субъективной стороне состава преступления. Многие уголовные законы не требуют наличия вины или же требования к субъективной стороне

¹⁵ Ibid. P. 556–559.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ *Chacon J. Overcriminalizing Immigration // Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. N 3. P. 617.*

¹⁸ *Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // Heritage Foundation Legal Memorandum N 94, June 12, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 11.07.2015).*

преступления (*mens rea*) минимальны. В 2010 г. в совместном докладе фонда «Наследие» (Heritage Foundation) и Национальной ассоциации адвокатов в области уголовного права (National Association of Criminal Defense Lawyers) было установлено, что во время деятельности Конгресса 109-го созыва 57% законопроектов, предусматривающих ответственность за преступления, не связанные с насилием и наркотиками, не содержали адекватного описания субъективной стороны¹⁹. Из 36 введенных в действие законов 23 имели «слабую» субъективную сторону или же вовсе не требовали доказывания вины (строгая ответственность — *strict liability*)²⁰.

Последствия избыточной криминализации деяний и чрезмерных наказаний. Пре-вращение презумпции знания закона в фикцию. Учитывая количество законодательных и подзаконных нормативных актов, ни ученые, ни практики, ни граждане не могут знать их все. Проблему усугубляют отсылки федеральных актов к законам штатов, и особенно — к иностранному законодательству. Так, П. Ларкин полагает, что презумпция знания уголовного закона не может распространяться «на уголовное, гражданское законодательство, подзаконные акты, политику и обычаи» иностранных государств, тем более что многие из них не переведены на английский язык. Проблема была бы не столь велика, если бы за указанные правонарушения могли быть назначены лишь гражданско-правовые или административные санкции, однако закон Лэйси предусматривает возможность лишения свободы²¹.

Финансовые затраты на лишение свободы оцениваются по-разному, они зависят от штата и режима исправительного учреждения. Полная стоимость содержания заключенных в местах лишения свободы составляет 39 млрд. долл. в год. Наибольшее количество средств затрачивают Калифорния (7,9 млрд.), Нью-Йорк (3,5 млрд.) и Техас (3,3 млрд. долл.)²². Рост количества заключенных существенно увеличивает нагрузку на бюджет штатов и федерации²³.

Избыточная криминализация отрицательно влияет на коммерцию, свободное предпринимательство и инновации и подрывает общественное доверие к справедливости системы правосудия²⁴.

Демографические последствия лишения свободы также весьма ощутимы и многообразны и постоянно исследуются юристами, социологами и иными специалистами. В частности, американские ученые обращают пристальное внимание на влияние лишения свободы одного из родителей на развитие детей²⁵.

¹⁹ Without Intent: How Congress is Eroding the Criminal Intent Requirement in Federal Law. Washington: Heritage Foundation and National Association of Criminal Defense Lawyers, 2010. P. 2.

²⁰ Ibid. P.22. «Слабая» субъективная сторона означает риск привлечения к уголовной ответственности подсудимых, которые не намерены нарушать закон и не обладают знаниями о противоправности деяния. Преступления этой категории не относятся к строгой ответственности, потому что они включают требование о доказательстве психического состояния обвиняемого.

²¹ Larkin P. Op. cit.

²² The Price of Prisons: What Incarceration Costs Taxpayers. New York: Vera Institute of Justice, 2012. P. 6.

²³ Klein E., Soltas E. Workbook: 11 Facts about America's Prison Population // The Washington Post. August 13, 2013 // URL: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/13/wonkbook-11-facts-about-americas-prison-population/> (дата обращения: 11.07.2015).

²⁴ Benjamin S. Written Statement on Behalf of National Association of Criminal Defense Lawyers before the House Committee on Judiciary. Over-criminalization Task Force, July 25. Washington, 2014. P. 3.

²⁵ Wakefield S., Wildeman Ch. Children of the Prison Boom: Mass Incarceration and the Future of American Inequality. New York: Oxford University press, 2014. P. 27–42.

Дискриминация и нарушение процессуальных прав. Дискриминация по национальному признаку происходит, в частности, при применении уголовного законодательства в иммиграционной сфере. Поскольку иммиграционный статус невозможно определить без проверки документов, власти вынуждены обращать внимание на внешность человека. Данный подход санкционирован судами. Например, в деле *United States v. Martinez-Fuerte* (1976 г.) суд постановил, что «пограничная служба полагается на мексиканское происхождение на контрольно-пропускном пункте, и это необходимо для применения закона». Имеются сведения, что латиноамериканцы подвергаются досмотру и аресту за незначительные преступления, например, за вождение без прав, с целью выявить нарушения иммиграционных правил. Количество таких обвинений в отношении латиноамериканцев велико и непропорционально их доле в общей численности населения. В уголовных судах вдоль южной границы применяются «упрощенные» процессуальные механизмы по делам о незаконном въезде в США. Такие дела рассматриваются одновременно в отношении 6–10 обвиняемых с участием одного государственного защитника²⁶.

«Наказание за суд». По причине широкого применения длительных сроков лишения свободы (20, 30 и более лет), а также рекомендаций по их использованию, содержащихся в Федеральных директивах по назначению наказаний (U.S. Sentencing Guidelines), и законодательно закрепленного обязательного низшего предела наказания (mandatory minimum penalty), многие невиновные предпочитают признать себя виновными, чтобы «избежать драконовских приговоров». Возникает явление, известное как «наказание за суд»²⁷.

«Перенаселенность» мест лишения свободы. Верховный суд США в деле *Brown v. Plata* (2011 г.) подтвердил решение нижестоящего суда, обязавшего власти Калифорнии сократить число осужденных к лишению свободы с целью устранить нарушение Восьмой поправки, к которому привела перегруженность тюрем. В решении Суда содержались многочисленные ссылки на факты ненадлежащего физического обращения с осужденными, в том числе:

- перегруженность тюрем, превышающая запланированные возможности до 300%;
- очередь из 700 заключенных, ожидающих врача;
- содержание до 50 заболевших заключенных в одной камере размером 12 на 20 футов, ожидание лечения до пяти часов.

Суд прибег к необычному доказательству и использовал фотографии, на которых были изображены толпы полуголых заключенных и тесные камеры. Несмотря на то, что лица, приговоренные к лишению свободы, могут быть лишены некоторых прав, они обладают правом на удовлетворение основных физических потребностей. Суд указал, что если администрация исправительного учреждения не в состоянии обеспечить осужденных питанием, одеждой и необходимой медицинской помощью, это может рассматриваться как пытка или даже как создание ситуации «медленной смерти»²⁸.

Следует учесть как запланированные негативные последствия, так и те, которые признаются нежелательными, но все равно наступают.

Увеличивается объем и иных негативных последствий, характерных для лишения свободы в целом. Это в частности: тяжелая депрессия, особенно в первые месяцы заключения, которая требует лечения²⁹, риск физического насилия со стороны других

²⁶ *Chacon J.* Op. cit. P. 650–651.

²⁷ *Benjamin S.* Op. cit. P. 6, 11–12.

²⁸ *Garland D.* The Problem of the Body in Modern State Punishment // *Social Research*. 2011. N 3. P. 770–772.

²⁹ *Kolber A.* Unintentional Punishment // *Legal Theory*. 2012. N 1. P. 16–18.

заключенных и персонала исправительного учреждения и др.³⁰. И хотя государство не преследует подобных целей, они являются предвидимыми и их нельзя не учитывать³¹.

Уголовная репрессия в отношении несовершеннолетних. Данная проблема является особенно острой. В США очень велико количество несовершеннолетних заключенных³².

Традиционная система правосудия, в рамках которой назначается преимущественно лишение свободы, не способствует предотвращению рецидива несовершеннолетних, влечет большие финансовые издержки, не обеспечивает должного учета особенностей несовершеннолетних и прав потерпевших. Содержание одно несовершеннолетнего в исправительном учреждении Чикаго обходится примерно в 115 тыс. долл. в год. В штате Иллинойс затраты на отбывание лишения свободы несовершеннолетними составляют более 100 млн. долл.³³

Представляется, что правовой подход к проблеме ответственности несовершеннолетних в США является специфическим, отличным от российского (и от некоторых европейских стран). Так, в отечественном уголовном праве наличие специальных смягченных норм, регулирующих уголовную ответственность несовершеннолетних, объясняется прежде всего принципом гуманизма, что представляется достаточным и убедительным аргументом. В частности, В.А. Давыдов указывает, что законодатель в ст. 96 Уголовного кодекса Российской Федерации «установил гуманное и справедливое правило: нормы гл. 14 УК могут быть применены и к лицам, совершившим преступления в возрасте от 18 до 20 лет»³⁴. В США вопрос об учете характеристик несовершеннолетних подсудимых дополняется глубоким анализом норм Конституции и основополагающих принципов уголовного права.

Это подтверждается решениями Верховного суда США. По делу *Roper v. Simmons* (2005 г.) Суд признал неконституционным назначение смертной казни несовершеннолетним, указав, что безответственное поведение несовершеннолетних не так предосудительно, как взрослых. Вина несовершеннолетних является «уменьшенной» (*diminished culpability*).

По делу *Graham v. Florida* (2010 г.) была установлена неконституционность применения пожизненного лишения свободы к несовершеннолетним без возможности досрочного освобождения за преступления, не связанные с причинением смерти человеку. Суд признал, что несовершеннолетние имеют иные потребности, нежели взрослые, а также обладают повышенной способностью к реабилитации.

По делу *Miller v. Alabama* (2012 г.) Верховный суд США постановил, что обязательное применение пожизненного лишения свободы без возможности досрочного освобождения является неконституционным в отношении несовершеннолетних, совершивших убийство. Суд вновь сослался на «уменьшенную» вину, способность к изменениям личности, а также указал на необходимость учета возраста и связанных с ним качеств несовершеннолетнего, таких как незрелость, импульсивность, неспособность в полной мере оценить риски и последствия своего поведения³⁵.

³⁰ *Garland D.* Op. cit. P. 767–769.

³¹ *Kolber A.* Op. cit. P. 16–18.

³² *Overcriminalization and Excessive Punishment.* P. 9.

³³ *Tsui J.* Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques into Chicago's Juvenile Justice System // *Journal of Criminal Law and Criminology.* 2014. N 3. P. 641–643.

³⁴ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт, 2013. С. 241.

³⁵ *Shust K.* Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults // *Journal of Criminal Law and Criminology.* 2014. N 3. P. 679–685.

Данные решения Верховного суда США касаются наиболее строгих наказаний и принципиально не решают проблемы избыточной уголовной репрессии.

Американские исследователи предлагают различные рецепты данной проблемы, в том числе использование возможностей «восстановительного правосудия». Это широкое понятие, включающее множество различных моделей, основанных на утверждении о том, что традиционная американская система уголовного правосудия игнорирует восстановление социальной справедливости как ключевую цель наказания, концентрируясь в основном на применении кары к преступникам. Восстановительное правосудие помогает существенно снизить уровень рецидива. По статистике некоммерческой организации «Люди как миротворцы» («Men as peacemakers») примерно один подросток из 50 повторно совершает преступление в течение полугода после завершения программы восстановительного правосудия, а после отбывания лишения свободы — от 30 до 40 % подростков³⁶.

Хотя наказание преступников также играет большую роль в восстановительном правосудии, основное внимание уделяется отношениям между заинтересованными сторонами: преступником, потерпевшим, их близкими, членами сообществ, в которых они живут. Справедливость достигается путем проведения совещательного процесса, который может принимать различные формы в зависимости от характера преступления и особенностей сторон. Среди них выделяют три основных: 1) посредничество (медиация) между потерпевшим и преступником; 2) совещание семей или сообщества; 3) собрания (кружки) с целью примирения или назначения наказания³⁷.

В литературе также указывается на необходимость дополнения неопровержимой презумпции, согласно которой подростки в возрасте до 18 лет отличаются от взрослых, и суд обязан смягчить им наказание, следуя Восьмой поправке к Конституции США, опровержимой презумпцией для лиц в возрасте от 18 до 25 лет. К последним с учетом их развития могут быть применены те же правила³⁸.

Противодействие избыточной уголовной репрессии. Борьба с избыточной криминализацией в США началась в 1966 г. вскоре после принятия Примерного уголовного кодекса (Model Penal Code, 1962). Была создана Национальная комиссия по реформе федеральных уголовных законов и разработан проект кодекса, предусматривающий новый подход к уголовному праву. Однако эта работа не имела практического результата³⁹.

Движение против избыточной криминализации имеет богатую историю. Наиболее яркой его особенностью является отсутствие политической и идеологической окраски. В нем участвуют левые и правые, демократы и республиканцы, которые выступают в единой коалиции. Сегодня это движение привлекает широкое внимание и становится массовым. Общество постепенно понимает, что принятие новых уголовно-правовых запретов не способно решить назревшие проблемы⁴⁰.

С.Ф. Смит полагает, что для решения проблемы избыточной криминализации необходимо прежде всего изменить судебную практику. Федеральным судьям следует осознать, какие негативные результаты может породить избыточная криминализация и связанный с ней широкий подход к толкованию федерального уголовного законодательства⁴¹.

³⁶ Tsui J. Op. cit. P. 638–643.

³⁷ Ibid. P. 638.

³⁸ Shust K. Op. cit. P. 696–703.

³⁹ Podgor E. Op. cit. P. 532–533.

⁴⁰ Ibid. P. 534.

⁴¹ Smith S. Op. cit. P. 590–591.

Фонд «Наследие» сформулировал несколько рекомендаций федеральному законодателю:

1. Обоснование введения новых уголовно-правовых запретов.
2. Закрепление в законе принципа толкования неясностей уголовного закона в пользу обвиняемого.
3. Признание добросовестного заблуждения (ошибки) в качестве защиты от уголовного преследования.
4. Запрет на делегирование полномочий по принятию уголовных законов невыборным должностным лицам и органам власти.
5. Отмена несправедливых и ненужных уголовных законов⁴².

В мае 2013 г. Юридический комитет Палаты представителей США (Judiciary Committee of US House of Representatives) учредил проблемно-исследовательскую группу по вопросу избыточной криминализации (Over-Criminalization Task Force of 2013) для изучения проблемы и проведения слушаний. Было проведено десять слушаний. Члены группы от Демократической партии также опубликовали доклад, предлагая провести необходимые реформы⁴³.

Важнейшую роль играют изменения в общественном сознании. Дж. Тсуи указывает, что возможно, идея возмездия не настолько глубоко укоренилась в умах американцев, как полагают некоторые ученые. Например, проведенный в Миннесоте опрос показал, что четыре из пяти жителей предпочли бы вложить деньги в образование, профессиональную подготовку и общественные программы, направленные на сокращение преступности, нежели потратить их на исправительные учреждения⁴⁴.

Таким образом, противодействие избыточной уголовной репрессии в США привлекает все больше сторонников, включая ученых, общественных деятелей, должностных лиц органов государственной власти. Публикуются многочисленные исследования, принимаются разнообразные меры по борьбе с указанной проблемой. Вероятно, и в нашей стране следует усилить внимание общества к данному явлению и предпринять дополнительные усилия по его преодолению, в том числе с учетом опыта зарубежных стран.



Библиография

Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М.: Норма, 2006. 144 с.

Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М.: Проспект, 2009. 400 с.

Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М.: Либеральная миссия, 2010. 196 с.

Benjamin S. Written Statement on Behalf of National Association of Criminal Defense Lawyers before the House Committee on Judiciary. Over-criminalization Task Force, July 25. Washington, 2014. 14 p.

Chacon J. Overcriminalizing Immigration // The Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. Vol. 102. No.3. P. 613–652.

Garland D. The Problem of the Body in Modern State Punishment // Social Research. 2011. Vol. 78. No. 3. P. 767–798.

⁴² Solutions 2014. Overcriminalization / Heritage Foundation // URL: <http://solutions.heritage.org/over-criminalization/> (дата обращения: 11.07.2015).

⁴³ Congressional Task Force on Overcriminalization / National Association of Criminal Defense Lawyers // URL: <https://www.nacdl.org/overcrimtaskforce/> (дата обращения: 11.07.2015).

⁴⁴ Tsui J. Op. cit. P. 662.

Klein E., Soltas E. Workbook: 11 Facts about America's Prison Population // The Washington Post. August 13, 2013. URL: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/13/workbook-11-facts-about-americas-prison-population/> (дата обращения: 11.07.2015).

Kolber A. Unintentional Punishment // Legal Theory. 2012. Vol. 18. No.1. P. 1–29.

Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // Heritage Foundation Legal Memorandum No.94. June 12, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 11.07.2015).

Malcolm J. Defining the Problem and Scope of Over-Criminalization and Over-Federalization. Testimony before the Over-Criminalization Task Force of the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, June 14. Washington, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/testimony/2013/06/defining-the-problem-and-scope-of-overcriminalization-and-overfederalization> (дата обращения: 11.07.2015).

Malcolm J., Richardson J. Supreme Court Justices agree: Overcriminalization is a Problem in America // The Daily Signal. February 26. 2015 // URL: <http://dailysignal.com/2015/02/26/supreme-court-justices-agree-overcriminalization-problem-america/> (дата обращения: 11.07.2015).

Podgor E. Overcriminalization: New Approaches to a Growing Problem // Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. Vol. 102. No.3. P. 529–536.

Shust K. Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults // Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No.3. P. 667–704.

Smith S.F. Overcoming Overcriminalization // Journal of Criminal Law and Criminology. 2012. Vol. 102. No.3. P. 537–592.

Tsui J. Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques into Chicago's Juvenile Justice System // Journal of Criminal Law and Criminology. 2014. Vol. 104. No.3. P. 636–666.

Wakefield S., Wildeman C. Children of the Prison Boom: Mass Incarceration and the Future of American Inequality. New York: Oxford University press, 2014. 248 p.

Without Intent: How Congress is Eroding the Criminal Intent Requirement in Federal Law. Washington: Heritage Foundation and National Association of Criminal Defense Lawyers, 2010. 46 c.

Overcriminalization in the USA



Irina I. Nagornaya

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Researcher, Institute of Scientific Information and Fundamental Library on Social Sciences, Russian Academy of Sciences, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irnag@yandex.ru



Abstract

The subject matter of the study is the issue of overcriminalization and strict punishment in the USA. The paper features the reasons for this phenomenon, attitude in society to criminal law as a tool to tackle social and economic issues and financial crisis. The study is supported with cases showing the excessive use of criminal liability including the RICO Act. The author points to an inadequate attitude to the subjective aspect of the elements of crime (*mens rea*) in the bills submitted to the US Congress and a wide interpretation of federal laws by courts. The paper explores the consequences of this situation including the impossibility to know the bulk of laws and acts and the violation of procedural guarantees. A special problem is seen in overcrowded prisons causing the violation of basic human rights and failure to meet basic material needs. A special attention is given to the Criminal Responsibility of Juveniles, the decisions of the US Supreme Court related to the application of milder punishments as to minors. To overcome criminalization regarding the specified group, American researchers propose restorative justice. The latter promotes to decreasing recidivism among minors. A proposition is made to set the possibility to apply the clauses related to the criminal responsibility of minors to the people older than 18 but not achieving 25 years of age. The paper studies the origin of the campaign against overcriminalization, which started developing after approving The Model Penal Code, and is not politically motivated.

Recommendations from American legal academics are given regarding federal legislation and courts in particular the proposition on admitting innocent misrepresentation (mistake) as an immunity from criminal prosecution. The aim of the paper is to arrange the situation in the US to study and counteract similar phenomena in Russia as the issue remains acute.



Keywords

criminal repression, overcriminalisation, strict punishment, US Supreme Court, Criminal Responsibility of Juveniles, federal laws, criminal law, USA.

Citation: Nagornaya I. (2015) Excessive Criminal Repression in USA. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 157–167 (in Russian).



References

- Alexeeyev A.I., Ovchinski V.S., Pobegaylo E.F. (2006) *Rossiyskaya ugolovnaya politika* [Russian Criminal Policy]. Moscow: Norma, 144 p. (in Russian)
- Benjamin S.D. (2014) Written statement on behalf of National Association of Criminal Defense Lawyers before the House Committee on Judiciary. *Over-criminalization task force*, July 25. Washington, 14 p.
- Chacon J.M. (2012) Overcriminalizing Immigration. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 102, no 3, p. 613–652.
- Garland D. (2011) The Problem of the Body in Modern State Punishment. *Social Research*. Vol. 78, no 3, pp. 767–798.
- Klein E., Soltas E. (2013) Workbook: 11 Facts about America's Prison Population. *The Washington Post*. 13 August. Available at: URL: <http://www.washingtonpost.com/blogs/wonkblog/wp/2013/08/13/workbook-11-facts-about-americas-prison-population/> (accessed: July 1, 2015).
- Kolber A.J. (2012) Unintentional Punishment. *Legal Theory*. Vol. 18, no 1, p. 1–29.
- Larkin P. (2013) The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law. *Heritage Foundation legal memorandum*, no 94. June 12. Available at: URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (accessed: July 11, 2015).
- Malcolm J.G. (2013) Defining the Problem and Scope of Over-Criminalization and Over-Federalization. Testimony before the Over-criminalization Task Force of the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, June 14. Washington. Available at: URL: <http://www.heritage.org/research/testimony/2013/06/defining-the-problem-and-scope-of-overcriminalization-and-overfederalization> (accessed: July 11, 2015).
- Malcolm J.G., Richardson J. (2015) Supreme Court Justices agree: Overcriminalization is a problem in America. *The Daily Signal*. February 26. Available at: URL: <http://dailysignal.com/2015/02/26/supreme-court-justices-agree-overcriminalization-problem-america/> (accessed: July 11, 2015).
- Podgor E.S. (2012) Overcriminalization: New Approaches to a Growing Problem. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 102, no 3, pp. 529–536.
- Shust K.B. (2014) Extending Sentencing Mitigation for Deserving Young Adults. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 104, no 3, pp. 667–704.
- Smith St.F. (2012) Overcoming Overcriminalization. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 102, no 3, pp. 537–592.
- Tsui J. (2014) Breaking Free of the Prison Paradigm: Integrating Restorative Justice Techniques into Chicago's Juvenile Justice System. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 104, no 3, p. 636–666.
- Wakefield S., Wildeman Ch. (2014) *Children of the prison boom: Mass incarceration and the future of American inequality*. NY: Oxford University press, 248 p.
- Without Intent: How Congress is Eroding Criminal Intent Requirement in Federal Law. (2010) Washington: Heritage Foundation and National Association of Criminal Defense Lawyers, 46 p.
- Zhalinskiy A.E. (2009) *Ugolovnoe pravo v ozhidanii peremen: teoretiko-instrumental'nyy analiz* [Criminal Law: Expecting Changes Analysis of Theory and Practice]. Moscow: Prospekt, 400 p. (in Russian)

Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach¹

 **Anita Soboleva**

Associate professor, Department of Theory and History of Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Philosophical Sciences, LL.M. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: asoboleva@hse.ru

 **Abstract**

The approach to legal terms of art (or technical legal terms) from rhetorical perspectives is based on their place in legal discourse depending on the genre of the text. The division of legal texts by genres, proposed in the article, is grounded in Russian theory of *slovesnost'*, which was in the core of education in Russia in the second half of the 19th and beginning of the 20th centuries and was later developed in the works by Soviet professor of linguistics Yuri Rozhdestvensky and his students of rhetoric, philology and cultural studies. Law as a discipline in which ordinary words and terms of art behave in a different way than in other sciences poses many questions before the researchers, and these questions can only be resolved by using interdisciplinary approach, where rhetoric and *theory of slovesnost'* provide one of the possibilities. The main legal genre of written prose is a normative act, that is why special attention is paid to the use of the terms in statutes. Different behavior of terms of art in texts of different genres is noted. Analysis of polysemy and homonymy in statutory texts and investigation of legal terms versus terms in other sciences is made. Special attention is paid to technical legal terms, which have different definitions in different branches of law, to legal definitions, which have different meaning in law and other sciences, to terms of "general science" (such as 'assimilation', 'operation', 'balance', etc.) and to those words, which can be used in legal texts in their ordinary or terminological meaning (e.g. 'agent', 'defender'). A distinction will be drawn between the technical legal terms in legal theory and technical legal terms, which found their definitions in statutory texts or regulations.

 **Keywords**

technical legal terms, legal terms of art, legal homonymy, legal polysemy, legal genres, Yuri Rozhdestvensky, legal rhetoric, art of speech, *slovesnost'*

Citation: Soboleva A. (2015) Legal Terminology from the Rhetorical Perspective: Legal Genres Approach. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 168–180 (in English).

Introduction

Law and language is an enormously wide field for research, and many scholars contributed to its cultivation both in Russia and abroad². Frederick Schauer in the introduction to the volume

¹ This study (research grant No 15-01-006) was supported by National Research University Higher School of Economics' Academic Fund Program in 2015. The financial support from the Government of Russia within the framework of the implementation of the 5-100 Program Roadmap of the National Research University Higher School of Economics is acknowledged.

² See, for instance: Law and Language. Ed. by Schauer F. Aldershot, 1993; Conley J., O'Barr W. Just Words: Law, Language and Power. Chicago, London, 1998; Solan L. The Language of Judges. Chicago, 1993; Solan L. The Language of Statutes: Laws and Their Interpretation. Chicago, 2010; Polyakov A.V. Obshhaja teorija prava:

“Law and Language”, in which he published a collection of the most distinguished articles on the subject, fairly noted that the analysis of the “the distinctiveness (or not) of legal language” helps to understand law “through the window of language”, and that “language operates here as a microscope (or telescope, if you will), enabling us to see things that would otherwise escape our notice”³. From the other side, unusual behavior of words in law provides fruits for philosophical and philological thought, and specific relationship between law and language, which has been noted by all the authors exploring this field, led them to a conclusion that “it might be safe to say that the subject of law and language is larger than the subject of the language of the law”⁴ and that “like most other ‘law and...’ topics, an inquiry into law and language is fruitfully interdisciplinary”⁵.

The indeterminacy of law is closely connected with the indeterminacy of language. Most of the words have several meanings. This proneness of words to polysemy usually does not create difficulties due to the context, in which the words have been used, but ambiguity of a legal rule inevitably provokes disputes in the process of its application in practice and can be used by arguing parties or a judge as a means of manipulation. In order to comply with the requirement of legal certainty of a normative text, the legislative drafters have to employ different types of techniques, which would enable law practitioners to avoid unfruitful disputes about ‘true meaning’ of the words in a given context and their misinterpretation in favor of one of the parties.

Use of legal definitions is one of the possible techniques to avoid confusion and manipulation, and seemingly the most reliable one. By providing the legal definition in the text of the statute, the drafters assign a certain meaning to a word either for the purposes of the given statute or for a set of related statutes and by-laws. This assigned meaning usually differs from the ‘ordinary’ meaning of the word — it can be broader, narrower or totally different. For instance, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination includes in the notion of “racial discrimination” any distinction, exclusion, restriction or preference based on “race, colour, descent, or national or ethnic origin...”. Thus, in the legal language the word *race* is wider in its meaning than in the ‘ordinary’ language. The word *advocate* (*адвокат*) in Russian legal language is narrower than in ordinary language, because for lawyers it means ‘a member of the bar’, while for ordinary people it relates to all lawyers and even non-lawyers, who act in defense of someone⁶. Another example of totally different meaning of the word in its ordinary sense and its legal sense is the word *agent* in the word-combination ‘foreign agent’ as applied in Russian case-law in accordance with its legal definition provided in the so-called “Foreign Agent Law”⁷. The Russian word *агент* (*agent*) in civil law means “one party (the agent)”, which “is obligated for compensation to take on delegation from the other party (the principal), legal or other actions in its own name but at the expense of the principal or in the name and the expense of the principal”⁸. In ordinary Russian language the word ‘agent’ means “1) a person acting by someone’s order, an authorized representative; 2) a person, a group

fenomenologo-kommunikativnij podkhod. Sankt-Peterburg, 2003; Gubaeva T., Vlasenko N.. *Jazyk prava*. Irkutsk, 1997; *Juridicheskaja lingvistika*. Pod red. S.P.Hizhnjaka. Saratov, 2009; etc.

³ Law and Language. Ed. by Schauer F. Aldershot, 1993. P. xv.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid. P. xiv.

⁶ For an elaboration and description of several meanings of the word ‘advocate’ in Russian jurisprudence, see my: Use and Misuse of Language in Judicial Decision-Making: Russian Experience, in: *International Journal for the Semiotics of Law*, 2013, no 3, pp. 680–684.

⁷ Federal’nyj zakon 20.07.2012 № 121-FZ «O vnesenii izmenenij v otdel’nye zakonodatel’nye akty Rossijskoj Federacii v chasti regulirovanija dejatel’nosti nekommercheskih organizacij, vypolnjajushhij funkcion inostranogo agenta» Sobranie zakonodatel’sstva Rossijskoj Federacii. 23.07.2012. № 30. Art. 4172.

⁸ Civil Code of the Russian Federation. Art. 1005.

or society, promoting someone's ideas; 3) a spy, a diversionist" (Dictionary of foreign words⁹), "a spy" (Ozhegov's Dictionary of the Russian Language)¹⁰, "a secret employee of an intelligence service" (Efremova's Dictionary)¹¹. This difference in meaning caused severe problems in application of the amendments to a law on NGOs: NGOs refuse to register as 'foreign agents', because they believe that their status would stigmatize them as 'spies' in the eyes of the public.

As we can see, the use of legal definitions raises several terminological problems. Further I will call "a legal term" what is usually called in English "a technical term", or "a term of art", and will use these words as synonyms. Peter Tiersma wrote in his chapter about legal lexicon: "If a word or a phrase is used exclusively by a particular trade or profession, or if the profession uses it in a way that differs from its normal meaning, and a term has relatively well-defined sense, it should be considered a technical term. An absolutely fixed and precise meaning is not essential, nor is it usually attainable"¹². Technical terms are useful, he notes, because they often have "a fairly precise definition"¹³. If a definition is provided, does it mean that an ordinary word turned into a term? If it is a term, how we can explain, that in different legal texts different meanings can be assigned to one and the same word? If polysemy of terms appears, is it a flaw in legislative drafting, which needs to be corrected? Can at all a term be polysemous? If not, does it mean that law in general does not exist as a single, consistent terminological system and we must speak of several legal terminologies and, consequently, contest the existence of law as a branch of knowledge in general and recognize the existence only of its branches as separate systems?

Legal terms: polysemy/monosemy difficulty

The main distinctive feature of a term, according to many scholars, is its monosemy. For many scholars, monosemy is one of the distinctive features of a term. For instance, Alexander Reformatsky wrote: "A term exists not just in a language, but as a constituent part of the concrete terminology. If in general language (outside the given terminology) a word can be polysemic, by being included into a definite terminology it acquires monosemy... A term does not need a context, as distinct from an ordinary word, because it 1) is a member of a concrete terminology, 2) can be used in isolation, for instance, in the texts of registries or orders for technical equipment, 3) for which purposes should be monosemic not in the language in general, but within the concrete terminology"¹⁴. However, some modern researchers are ready to accept the possibility of polysemy of terms: M.G. Gamzatov, for instance, while accepting the premises, that the 'ideal' term must have only one exact meaning, should correlate with only one notion and have neither synonyms nor homonyms, notes that these requirements are hardly realizable in practice and comes to a conclusion, that practice, whether we like it or not, creates polysemy of terms¹⁵.

Indeed, in Russian legal texts such words as «родственники» ('relatives'), «брак» (both 'marriage' and 'defect of goods'), «ассимиляция» ('assimilation'), «транспортное средство» (a means

⁹ *Kratkiy slovar' inostrannykh slov*. Pod red. Lyokhinoy I., Petrovoy F. Moscow, 1950. P. 13.

¹⁰ *Ozhegov S.I. Slovar' russkogo yazyka*. M.: Russkij jazyk. 1975. P. 21.

¹¹ *Efremova T. Sovremenniy tolkovy slovar' russkogo yazyka*. Moscow, 2006.

¹² *Tiersma P. Legal Language*. Chicago. 1999. P. 108. David Melinkoff calls technical terms "terms of art" (*Melinkoff D. The Language of the Law*. Boston—Toronto. 1963. P. 293).

¹³ *Ibid.* P. 108.

¹⁴ *Reformatskiy A.A. Vvedenie v jazykovedenie*. Moscow, 1967. P. 110 (translation of the quotes here and further in the text of this article is mine — A.S.).

¹⁵ *Gamzatov M.G. Tehnika i specifika juridicheskogo perevoda*. Sankt-Peterburg, 2004. P. 16.

of transport, a vehicle) have several meanings, which do not necessarily overlap. Moreover, they have different meaning in different branches of law and even in statutes, which we can fairly consider as statutes *in pari materia* (for instance, ‘a means of transport’ has different meaning in the traffic rules, in criminal law, in law on shipment and transportation). The same picture is described for other languages. Peter Tiersma, cited above, writes: “Not only does the law have many technical terms, but the legal subdisciplines have their own terminology, and sometimes a term can differ in meaning according to specialty. *Libel* in tort law refers to a type of defamation. The same word means something quite different in admiralty law: to bring an action against a ship. Thus, the meaning of *to libel a ship* could depend on whether it is being used in admiralty or tort”¹⁶. In such cases, shall we treat law as a unified terminological system, as a set of sub-systems, where each branch of law represents its own system of terms, or as a number of terminological systems?

Legal terms of art have been a subject of inquiry for many Russian scholars. Nikolay Vlasenko wrote about lexicological characteristics of words in law, including polysemous words and homonyms¹⁷. V.Tolstik devoted to legal terminology a chapter in the collective monography on legislative drafting. He defines a legal term as “a word or a combination of words, which serve for the naming of the notions and which are used in legal science and/or legal practice”¹⁸, but this definition is very general and indefinite, and can be used only as a starting point for further elaborations. It does not contribute to better understanding of terminology in general, because the same definition can be given to any other professional terminology by substituting “legal science and/or practice” with “medical/historical/anthropological/linguistic science and/or practice”, and it does not explain us, why words and terms are more important in law than in other disciplines, and whether law as a science can force linguists to reconsider their terminological views. Neither it leads us to a question, if law is a unified science or a number of disciplines with their own rules and terminological systems, nor answers the question, if the terms in law can be polysemous, though such assumption contradicts the nature of terms and is not acceptable in any other science rather than law. At the same time, the possible classifications of legal terms, built on different characteristics of word behavior in law, are summarized by V.Tolstik: terms of legal science and terms of legal practice; terms of general use and terms of non-general use, or special terms (which, in their turn, are subdivided into special non-legal terms and special legal terms); terms, belonging to law in general and terms, belonging to a particular branch of law; terms with definitions and terms without definitions in the text of law; terms with exact meaning and terms, which express evaluation and esteem (such as “serious reason” for absence at a workplace), etc. Though very important points have been noted in this overview of existing classifications (for instance, attention was paid to differentiation of legal terms in legal theory and in legal practice, to the use of professional terms of other sciences in legal discourse, to the use of indefinite legal terms — which are called “evaluative words” in Russian legal theory), this approach does not move us further in the discussion, why words in law behave differently than in other disciplines and how this difference can be accounted for.

N.I.Khabibulina also suggests the classification of legal terms based on either their lexical meaning or their belonging to different branches of law¹⁹.

Peter Tiersma did not analyze legal terms of art from these perspectives, though within his approach the questions about the unity of law as a terminological system or possibility of

¹⁶ Tiersma P. Op. cit. P. 108.

¹⁷ Gubaeva T., Vlasenko N. *Jazyk prava*. Irkutsk, 1997. P. 48–79.

¹⁸ Tolstik V.A. *Juridicheskaja terminologija. Juridicheskaja tehnika. Kurs lekcij*. Moscow, 2012. P. 118.

¹⁹ Habibulina N.I. *Politiko-pravovye problemy semioticheskogo analiza jazyka zakona: Monografija*. Sankt-Peterburg, 2001. P. 122–124.

polysemy of terms of art also did not arise. First of all, he drew a distinction between legal terms and terms of other sciences and noted, that “it is unrealistic to expect the legal vocabulary to achieve the exactitude of the scientific lexicon”, because in science “the concepts or categories themselves are well defined”²⁰ (here I leave aside the question, if he meant natural science or did not recognize law to be a science). For instance, *centimeter* means the same for the scientific community, and the sense of the word does not change with time and from country to country. Legal vocabulary, quite the opposite, “tends to refer to legal and social institutions that change frequently, which results in the meaning of associated terminology changing as well”. The content of the legal term can change “depending on the era, the society, and the norms established by its legal system”²¹. Secondly, he notes, that exact sciences are international in scope, while legal systems are “highly parochial”. With splintered jurisdictions, it is close to impossible to attain agreement on the exact meaning of legal terminology. Though despite some variations technical legal terms (for instance, *negligence*) have well-established general meaning, they cannot by their nature be as precise as terms of art in exact sciences. Thirdly, technical legal terms “are created not through usage, but by authoritative pronouncements of courts or legislatures” — for instance, the meaning of *income* for tax purposes has been refined in the respective context by the courts over the years²².

As we can see, Peter Tiersma does not consider legal terms (or technical legal terms, as they are called in English) as ‘terms’ in strict sense of this word, because they have characteristics which terms of art in other sciences do not have and because they lack scientific precision. He does not consider this lack of precision as a flaw, “because “the precise” or “literal” legal meaning could not possibly be what the writer of the document intended”²³, even though a court in search for the writer’s intent undermines the established meaning of the term. I can define his approach as rhetorical in nature, because Peter Tiersma stresses the role of the author and policy reasons in legal interpretation of the rules and legal documents and demonstrates that strict applications of extremely precise technical legal terms without any deviations (which, in my view, is a dream of many Russian legal scholars and practitioners) would elevate form over the substance. Due to this reason Peter Tiersma calls legal profession “to acknowledge that its terminology — while obviously very useful — can never be as exact as it might hope or believe”²⁴.

I will undertake an attempt to resolve monosemy/polysemy difficulty also from rhetorical perspective, but by employing the approach to text analysis, which was elaborated by professor of linguistics of the Moscow State Lomonosov University Yuri Rozhdestvensky²⁵, who based it on the Russian rhetorical doctrine of speech genres.

Legal Terms and Legal Genres

Yuri Rozhdestvensky built his analysis of terms on the premise, that texts of different genres are not equal in their nature, value and importance if we consider them from the points of view

²⁰ Tiersma P. Op. cit. P. 109.

²¹ Ibid. P. 109.

²² Ibid.

²³ Ibid. P. 110.

²⁴ Ibid. P. 110.

²⁵ Yuri Vladimirovich Rozhdestvensky (1926–1999), Soviet and Russian linguist, rhetorician, educator and philosopher. Head of the Chair of the General and Comparative Linguistics at Moscow Lomonosov University, author of numerous books on rhetoric, Chinese grammar, typology, language universals, history of linguistics, semiotics, general linguistic and culture studies.

of law, cultural studies and linguistics²⁶. In this connection, different requirements exist for the use of terms and exactness of definitions depending on the genre of the text. Applying his approach to legal texts (which have never been a special point of his interest), I will argue that requirements of legal certainty and exactness of verbal expression may differ and depend on the genre of a legal text.

Legislative acts, by-laws and legal documents, which in Russian classification of different types of oral and written texts (united under the general heading ‘*slovesnost*’, which can be roughly translated as “set of all oral and written texts in the variety of their genres”) fall under the heading of ‘documentary texts’ (“документальная письменность”). They are more important than other legal texts, because they regulate everybody’s life, household, all kinds of activities and civil status. Consequently, they must be oriented to the unanimous understanding by everyone and similar interpretation in the process of application and further preservation in archives²⁷. Due to their nature, they are more sensitive to terms, and, by contrast with other genres of legal discourse, they require standardized understanding of words and phrases. The ‘author’ of the text and its ‘user’ do not coincide, so a special responsibility of the creator of the text exists to draft it in a way, which will allow as much as possible avoiding the interpretation of the text in legal practice against the intent of its author. Legislative texts do not imply that a reader (term’s user) and an author (term’s creator, or name-giver) can reverse their roles. As far as most of the words have several meanings, the legislator seeks to concretize their meaning in a text, which he creates, by providing legal definitions. Ideally, a law implementer should not re-define the meaning of words and terms, clearly defined by a legislator. But as I have already mentioned above with the references to Peter Tiersma, though “judicial decisions and statutory definitions would make the meaning of legal terminology more precise, especially compared to terms whose meaning depends on usage”, judicial interpretations can “muddy the waters by deviating from accepted legal usage, or even from ordinary language”²⁸. The judges deviate from the established meaning in order to arrive to a more just decision, or to make a decision in compliance with the author’s intent (when there is a gap between the wording and the intent), or for political and social policy reasons. These considerations, which did not draw attention of Yuri Rozhdvestvsky, do not allow including of the judicial decisions in one legal genre with the statutes. In contracts legal terms also behave not the same way as in statutes and birth certificates: the authors and the users of the technical legal terms (whether defined in the text of the contract or not) coincide, and when it happens that one of the parties tries to deviate from the agreed meaning of the technical legal term for its own benefit, the dispute on interpretation goes to court. A judge in such cases needs to choose between two meanings, provided by two equal authors who defend their own author’s intents and act simultaneously as readers and authors of the text of the contract. Again, we come to a conclusion, that judicial decisions should be singled out as a separate legal sub-genre of legal documentary if we agree, that technical legal terms may be refined by the courts over some period of time, as Peter Tiersma pointed out. For continental system judge is not, strictly speaking (if we move within the division of legal genres which I started with), a creator of the word, but rather its user and as far as he or she remain in this capacity, no additional legal genres appear. Legal genre approach shows, that investigation of legal terms may come to different results in different legal systems.

²⁶ *Rozhdvestvsky Yu.V.* Obshhaja filologija. Moscow, 1996. P. 19–26; idem. Principy sovremennoj ritoriki. Moscow, 2000. P. 92, 100–101.

²⁷ For more elaboration on the role of terms in documentary (business) prose see: *Rozhdvestvsky Yu.V.* Tehnika. Kul’tura. Jazyk. Moscow, 1993. P. 136–180.

²⁸ *Tiersma P.* Op. cit. P. 108. See also about deviations in ordinary meaning: *Soboleva A.* Op. cit. Pp. 673–692.

Scientific legal literature and other types of academic legal discourse, as any other scientific and academic literature, is a result of individual creative work. Its reader is a legal specialist, who himself participates in the process of creating texts, so ‘author’ and ‘reader’ can change their roles. Yuri Rozhdestvensky fairly draws our attention to “the exchange of texts and communicative roles”, which takes place in the texts belonging to scientific genre, “because a reader is in most cases also an author. That is why we find in the texts of scientific and technical literature, united under the common term “professional literature”, the deviation in the meaning of the words and forms as compared to those accepted in the written documentary texts”.²⁹ It follows, that interpretation of legal terms in academic literature will be fixed within the boundaries of the particular legal theory or particular scientific school. For instance, ‘democracy’, ‘sovereignty’, ‘constitutionalism’ as terms may differ in different academic works, but they will mean the same through all the pages of one book or in all the articles of one scholar. Scientific terms are polysemous, but they have a common semantic core. In order to avoid confusion in understanding, the academic writer usually concretizes the meaning of the polysemous words by providing his or her definitions. Though these terms have different or slightly different meaning in different books written by different scholars, a lexicographer in a dictionary or in a thesaurus can assign them one generalized meaning.

It is important to note also, that Yuri Rozhdestvensky made a distinction between scientific terms and philosophical terms. Following his ideas, I must agree, that in legal philosophy, as in any other philosophical text, a term may be an invention of the author and exist only within his or her philosophical system (for instance, as a term ‘нормография’/ ‘normography’, invented by Yuri Arzamasov³⁰). Such terms have only one, unique meaning. As any other philosopher, every legal scholar is free to invent his or her own system of terms, which can be reproduced by his colleagues, students or other scholars, but, however, it remains unique.

As it can be seen from what I have said above, legal terminology is represented mostly in normative texts, documents and works of legal academics. When legal terms penetrate into mass media or ordinary speech, they, as a general rule, lose their terminological nature. That is why it is not appropriate to search for the answer about the nature of legal terms irrespective of the genre of legal discourse in which they are employed.

The proposed classification of oral and written genres is based on Russian philological tradition, which goes back to 19th century and which has been reflected in the numerous textbooks for the course “The theory of *slovesnost*”³¹. This course took its roots in *trivium* (rhetoric, grammar and logics), and was rhetorical by its nature. The purpose of the course was to logically build on a universal basis a complete, self-consistent system of composition and speech art, and for this purpose a system of speech genres and a system of rules for each genre was developed. Rhetoric was in the core of this course, because rhetoric “provides rules for consistent and exact presentation of thoughts and for proper disposition of parts of speech, in conformity with the kinds of each particular type of prosaic writings”³². The rules for invention, disposition and presentation of prosaic texts, which had to achieve the main goal — to convince the audience by arguments, good style (which, in its turn, included clarity, exactness, completeness and

²⁹ Rozhdestvenskij Ju. Op. cit. P. 138.

³⁰ Arzamasov Ju.G. (ed.). Normografija: teorija i metodologija normotvorcestva. Moscow, 2007.

³¹ This course was close to the course of composition and speech art in other countries and was elaborated for the educational purposes. For the detailed description of more than 100 textbooks on *Theory of Slovesnost* published between 1820–1923 with bibliography and commentaries see: Zarif’jan I.A. Teorija slovesnosti. Bibliografija i komentarii. Moscow, Znanie, 1990.

³² Zarif’jan I.A. Op.cit.

brevity) and logical structure, — were borrowed from rhetoric, and their application was different in texts of different genres (for instance, in letters, academic essays, lectures, sermons, theatre, philosophy, etc.). The number of genres and the division of texts between genres differed from one author to another³³, but the main idea, that in order to write a good text one needs to take into consideration the correlation between the author (rhetor), the reader (audience) and the nature of the text (type of *slovesnost'*), remained in the center of all author's efforts. The choice and usage of words were also a part of these theories, and it was clear, that words behave differently in the texts of different genres. However, as far as the usage of legal terms in oral legal texts, both in monologues (court pleadings, closing statements, etc.) and dialogues (cross-examination of witnesses, negotiations of contract details, etc.) are the same as in written ones, there is no need to include them into the system of genres, which are relevant for the purposes of terminological analysis (of course, if we do not concentrate our attention on manipulative use of technical legal terms in presentation of facts and arguments in court with a purpose to mislead another party and the judges)³⁴. However, for a more detailed inquiry of behavior of words in legal texts this division and sub-division of legal texts will be relevant.

Legal Homonyms

As far as terms are the basis and the main characteristics of “documentary texts”, which makes documents different from other types of texts, the culture of the legal texts depends on description and proper use of terms. Here we come back to the question of whether the legal terminology can be standardized within the legal system taken as a whole. If a word in different legislative texts has different meaning, it is considered as a flaw in legislative drafting. However, as I mentioned above, there are numerous examples, when different meaning is assigned to the same word in different branches of law or in different jurisdictions.

For instance, in the law on consumers' rights the word *producer* is defined as “organization or entrepreneur which produces goods with a purpose of realization to the customers”³⁵, while in a federal statute, which contains the safety requirements for the use of pesticides, “producer — is a citizen or a legal person, producing pesticides or agrochemicals”³⁶. By providing a definition, a legislative drafter concretizes the meaning of a polysemous words for a particular field of application in practice.

Another example is the word *гражданин* (*a citizen, an individual, a person*), which has different meaning in Russian constitutional, administrative and civil law. The constitutional language draws a distinction between *citizen* as a person who is a national of the state with the official citizenship status and *everyone* as a person without citizenship. For instance, in the first sentence of article 41 the Constitution provides, that “*everyone* has a right to the protection of health and to medical assistance”, but in the second sentence says that medical aid is provided for free in the state and municipal institutions to *citizens*. In article 40 it guarantees the right to

³³ Ibidem.

³⁴ For the detailed structure of legal genres, both oral and written (*juridicheskaya slovesnost'*), see my “Ritoricheskaja podgotovka studentov-juristov, ili «Juridicheskaja ritorika» kak uchebnyj predmet”. In: *Predmet ritoriki i problemy ee prepodavanija* (materialy Pervoj Vserossijskoj konferencii po ritorike). Moscow, 1998. P. 194–206.

³⁵ Zakon o zashhite prav potrebitelej ot 07.02.1992 № 2300-I // Available at: <http://base.garant.ru/10106035/> (accessed).

³⁶ Federal'nyj zakon ot 19.07.1997 N 109-FZ «O bezopasnom obrashhenii s pesticidami i agrohimiakatami» (s izmenenijami i dopolnenijami // Available at: <http://base.garant.ru/11900732/#ixzz3jj4a8Hbe> (accessed).

housing to *everyone*, but in section 3 of this article says that “the housing is provided for free to low-income and other *citizens*, specified by law, if they are in need of it”. Civil law, in its turn, uses the word *гражданин* differently — it is understood as a physical person, as any individual, irrespective of citizenship. In Soviet law the words *citizen* and *person* were used as synonyms and were interchangeable, — probably, because the Soviet Union did not have to deal with refugees and migrants, the status of foreigners was clearly defined and their movement within the territory of the USSR was restricted. Legal and ordinary meanings of the word *гражданин* at that time coincided, and where a necessity arose to draw attention to the legal ties between a person and the state, the term ‘USSR citizen’ was used. However, from the perspective of precision at that time there was no need in defining the proper sense of this polysemous word, because it could be easily found from the context without making the text ambiguous.

Today in Russian law we also find the word *гражданин* in the meaning ‘a person, any person’. For instance, Article 11(2) of the Act on Militia, which was in force up to year 2011, granted the police the power to “check *citizens’* and officials’ identity papers”³⁷. Definitely, in this provision the word *citizen* related also to foreigners and meant “a physical person”.

A new Police Act, which came in force in March 2011, in most cases uses the word ‘individual’ (*лицо*) as related to a physical person, though in some provisions we can find again the word *citizen* (*гражданин*) which can be read as a synonym for “person”: “*Citizens*, public associations and organizations have a right, in an order stipulated by laws of the Russian Federation, to receive true information about the police activity...” (8.2)³⁸; “police in realizing its activity seeks to attain public confidence and support of *citizens*” (9.1), “the actions of the police should be justified and clear for the *citizens*” (9.2), “in case where a police officer violates rights and freedoms of *citizens* or rights of organizations, police should take measures within its competence to restore the violated rights and freedoms... should bring apologies to the *citizen*, whose rights and freedoms were violated by the police officer, in the place of this *citizen’s* residence, employment or study...” (9.3), “information, diminishing dignity, honor and business reputation of the *citizen*, if it was made public by a police officer, in cases, when the court finds it untrue, ...should be disclaimed in the same form, in which it had been made public” (9.4). The same law entitles a police officer with a power “to seize from *citizens* and officials the documents, which have characteristics of falsification...” (12.37). Though it can be argued, that ambiguity still remains and may cause debates about the “true meaning” of the word *citizen* in the above mentioned cases in law implementing practice (if by some reason the police would prefer to read the text on human rights guarantees narrowly and restrictively), it would have been weird to grant a right to demand apology from the police in case of unlawful police actions only to nationals of the state and not to provide it to persons without citizenship.

This example brings us to a question, if the use of the word *citizen* in different senses in a number of legal documents or even within the limits of the same piece of legislation be treated as a flaw in legislative drafting and be corrected, for instance, by its substitution with *everyone*, *person*, *physical person*, *individual* or by providing it with a legal definition “for the purposes of the current act”? In my opinion, in closely related branches of law, in *pari materia* acts, in one branch of law and, without saying, in one legal text (whether it is a normative text or a text of any other genre) the meaning of a polysemous word should be fixed. We need to avoid the use of the same word in its different senses. If different words are used (*citizen* and *person*) they should mean different things. If they are used as interchangeable, the drafter should make cor-

³⁷ Zakon Rossiyskoy Federacii «O milicii» ot 18.04.1991 № 1026-1, st. 11 (2).

³⁸ Federal’nyj Zakon “O policii” ot 07.02.2011 N 3-FZ (redakcija ot 12.02.2015) // Available at: http://www.consultant.ru/popular/police/115_2.html#p116 (accessed).

rections and employ only one through all the text. In legal texts on rights and freedoms the use of a word *citizen* can be interpreted as related to nationals of a particular state only and may cause violation of rights of foreigners and stateless persons.

But what we have to do, if a word has different meanings in different branches of law (in constitutional law and in civil law)? Does it mean that these words are not legal terms of art or that we are dealing with different systems of legal terms? Or, probably, law is an exception and legal terms of art can have different meanings, as distinct from other terminological systems?

First of all, the answer depends on whether we are dealing with homonyms or with polysemous words. Polysemous words have different, but related meanings, while homonyms are separate words. This distinction is clear in theory, but difficult in practice. As Peter Tiersma noted, “the distinction between homonymy and polysemy is not always easy to make, which shows that even in fields beside law, technical terms are seldom as precise as one might like”³⁹. The word *ука* (*legal claim, lawsuit, legal action*) — both a claim and a document, which contains the claim — is polysemous. These two meanings are closely related and can be treated as an example of rhetorical device — metonymy. Two main senses of *citizen* — a person and a national of the state — are also closely related, but still the difference is significant, because the choice of the interpretation brings us to different results in law application practice. I am inclined to consider *citizen* in civil law and constitutional law as separate words, that is, as homonyms. Polysemy in legal texts can exist only for the words, which are used in their ordinary sense and which are concretized for a particular context by assigning them a specified meaning by providing them with a definition. When we deal with different meaning of the word in different statutes, we deal with homonymy of terms, not with the polysemy.

Let us come back to the example about ID checks. If a police officer is entitled to check the ID documents of the Russian citizens, the common sense dictates that there is no reason, why he should not be entitled to do so with the foreigners — especially taken into account, that there is no reliable way to identify by appearance, if a person is a citizen or a foreigner. However, when we read the provision about the seizure of seemingly falsified ID documents, it is not clear, whether a policeman can seize the passport of a foreigner, if, in his view, it contains signs of falsification.

Here we come to the second point: how to treat ordinary words, which change their meaning in a legal text? “One of the reasons that homonymy and polysemy are of interest to the law is that there are many words that have a legal meaning very different from their ordinary significance”, — writes Peter Tiersma. He calls such words *legal homonyms*, and notes, that “they can easily end gender confusion”⁴⁰. For example, the words *адвокат, защитник* have both ordinary meanings and legal meanings⁴¹, and there were disputes whether in the text of our Constitution these words were being used in a technical or ordinary sense. Peter Tiersma adduced interesting examples from the US case-law, from which it follows, that “often it helps to consider, as some courts do, whether the document was written by a lawyer, in which case the technical legal usage should probably prevail, or by a layperson, who would most likely have intended the ordinary meaning”⁴². Russian judges have never used this approach, and it would not be easy to define, whether deputies or drafters of the Russian Constitution should be

³⁹ Tiersma P. Op. cit. P. 111.

⁴⁰ Tiersma P. Op. cit. P. 111.

⁴¹ See elaborations about these words and their interpretation in court decisions in: Soboleva A. Op. cit. pp. 673–692.

⁴² Tiersma P. Op. cit. P. 112.

classified as lawyers or as lay persons for the purposes of interpretation of the texts they have drafted. As distinct, the judges in the US in *Ocasio v. Beureau of Crimes Compensation Division of Workers' Compensation* wrote: "Technical words and phrases that have acquired a peculiar and appropriate meaning in law cannot be presumed to have been used by the legislature in a loose popular sense"⁴³.

There are also words which have different meanings in different sciences. The word 'inequality' has different meanings in mathematics and in law, though they have a common semantic core. The Russian word *баланс* (*balance*) in taxation and accounting (*surplus balance, balance sheet, statement, profit-and-loss account*⁴⁴) has a meaning, different from its meaning in international law or in constitutional law (*fair balance, balance of interest, balance of constitutional values*). In Russian civil law *balance* is one of the characteristics of the legal entity. If we enter a word *balance* in the search bar of the Russian legal database "Garant"⁴⁵, we will find more than 70 terms, which contain it. For the word *лицо* (*person*) we will find 66 word-combinations, for 'guarantee'—29. Professor Rozhdestvensky fairly classified these words as *общенаучная лексика* — "general scientific words" (or "words of general science").

Exactness, which is necessary for legislative texts, can be reached by use of the complex terms — combination of words: *bank's balance, accounting balance, risk and reward balance, balance sheet, statement of balance, balance of profit, balance depreciation*, etc. Each of these word-combinations may have a legislative definition, and thus the word *balance* will be concretized for a particular statute or set of statutes. And if an ordinary language and in lexicon of general science the meaning of a word *balance* is understood from the context, in legal texts it will be used, in most cases, as a part of word combination. Complex terms (terms consisting of word combinations) allow placing polysemic words into different terminological systems without sacrificing the rule of monosemy of terms. Professor Reformatsky noted, then when a word turns into a term of art, its meaning becomes specialized and restricted. Depending on what terminological system it belongs, it has different combinatory power: assimilation in politics can be forced and natural, in phonetics — progressive and regressive⁴⁶.

According to Yuri Rozhdestvensky, the same words, when they change the genre they belonged to (for instance, when they move from the standards of technical terms, drafted and approved by the agency or the government, to professional literature), change their nature: they start to behave as homonyms of purely technical terms, which are used in documents⁴⁷. If we agree with this approach, we need to recognize, that when a word finds itself in different legal documents (statutes or codes, by-laws, contracts, etc.) which provide it with a definition, than homonyms are created. Theoretically, this position is in compliance with A.A.Reformatsky's approach: "Good terms of art should be distinguished from polysemy, expressiveness and, by means of that, from ordinary non terminological words, which are, in their turn, mostly polysemous and expressive"⁴⁸.

⁴³ *Ocasio v. Beureau of Crimes Compensation Division of Workers' Compensation*, 408 So. 2d 751, 753 (Fla. Dis. Ct. App. 1982). Cited: *Tiersma* P. Op. cit. P. 275.

⁴⁴ In many cases the Russian word *баланс* will be translated into English differently, because the semantic fields of the words in Russian and in English do not coincide.

⁴⁵ Available at: www.garant.ru; <http://english.garant.ru/> (accessed: 20.08.2015)

⁴⁶ *Reformatskij* A.A. Ukaz. soch. P. 113.

⁴⁷ *Rozhdestvensky Yu.V. Tehnika. Kul'tura. Jazyk. Moscow, 1993. P. 145.*

⁴⁸ *Reformatskij* A.A. Ukaz. soch. P. 113.

Conclusion

In legal texts we can meet the words, which are used a) as ordinary words and as terms (*defender, advocate*), b) as terms of different terminological systems (*assimilation* in linguistics, in political science and in law on national minorities and aboriginal population), 3) as purely legal terms of art, or technical legal terms (*restitution, vindication*).

In legislative texts, as in other documentary prose, for which a creator and a user of the terms do not coincide (professor Rozhdestvensky called them ‘texts with double officialization’), we can meet polysemy (*advocate, defender*), homonymy (*право — law and right*), and monosemy (kilometer).

Legal genre approach shows, that technical legal terms and ordinary words behave differently in legal texts of different genres, and that investigation of the professional use of words by lawyers should take place with legal genres in mind.

The change of word’s meaning in law happens not accidentally, but in compliance with a special procedure — when the word is defined in legislative act. In common law system and more often also in countries with continental system it may happen also by means of court interpretation.

Though we can have difficulties with interpretation both in cases when we have legal definitions and when we have not, their use in legislative texts can be considered as desirable. The meaning of the polysemous words in legal texts may differ for different branches of law and even for closely related branches of law. As a serious flaw in legislative drafting I consider only cases, when the same word has different meaning within the text of the same statute or when the same word is used in texts of laws, which regulate similar or close relations (for instance, family law, housing law and civil law; constitutional law and administrative law). In the last case the practicing lawyers and judges will have difficulties in interpretation, because it will be arguable, whether these statues are *in pari materia* statues and if the analogy can be applied here. The use of definitions, which create homonymy, will resolve the difficulty with interpretation, but will be also an evidence that law does not exist as a unified terminological system.



References

- Ocasio v. Beureau of Crimes Compensation Division of Workers' Compensation*, 408 So. 2d 751, 753 (Fla. Dis. Ct. App. 1982).
- Arzamasov Ju. (ed.) (2007). *Normografija: teorija i metodologija normotvorčestva* [Normographia. Theory and Methodology of Making Norms]. Moscow: Akademicheskij proekt, 560 p. (in Russian)
- Conley J., O' Barr W. (1998) *Just Words: Law, Language and Power*. Chicago: University of Chicago Press, 168 p.
- Efremova T.F. (2006) *Sovremennyj tolkovyj slovar' russkogo jazyka* [Modern Defining Dictionary of Russian Language]. Moscow: AST, 1165 p. (in Russian).
- Gamzatov M.G. (2004) *Tehnika i specifika juridicheskogo perevoda*. [Technic and Specifics of Legal Translation]. Sankt-Peterburg, 184 p. (in Russian)
- Gubaeva T.V. (2003) *Jazyk i pravo: iskusstvo vladenija slovom v professional'noj juridicheskoj dejatel'nosti* [Language and Law. How to be Master of Word in Jurisprudence]. Moscow: Norma, 160 p. (in Russian)
- Juridicheskaja lingvistika* (2009) Hizhnjak S. (ed.) [Legal Linguistics]. Saratov: Saratovskaja gosudarstvennaja akademija prava, 252 p. (in Russian)
- Juridicheskaja tehnika* (2012) Baranov V.M., Tolstik V.A. (eds.) [Legal Technic] Moscow: DGSK MVD Rossii, 384 p. (in Russian)

- Habibulina N.I. (2001) *Politiko-pravovye problem semioticheskogo analiza jazyka zakona* [Political and Legal Issues in Semiotic Analyzing Language of Law]. Sankt-Peterburg: Universitet MVD, 212 p. (in Russian)
- Kratkiy slovar' inostrannykh slov (1950) I.Lyokhina, F.Petrova (eds.). Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo inostrannykh i nacional'nykh slovarei, 454 p. (in Russian)
- Law and Language (1993) Schauer F.(ed.). Aldershot: Dartmouth Publications, 517 p.
- Melnikoff D. (1963) *Language of the Law*. Boston–Toronto: Little, Brown and Co., 526 p.
- Ozhegov S.I. (1975) *Slovar' russkogo jazyka* [Dictionary of Russian Language]. Moscow: Russkiy jazyk, 847 p. (in Russian)
- Polyakov A.V. (2003) *Obshhaja teorija prava: fenomenologo-kommunikativnij podkhod* [General Legal Theory Phenomenological and Communicative Approach]. Sankt-Peterburg: Juridicheskiy centre Press, 845 p.(in Russian).
- Reformatskiy A.A. (1967) *Vvedenie v jazykovedenie* [Introduction to Linguistics]. Moscow: Prosveshhenie, 542 p. (in Russian)
- Rozhdestvenskiy Yu.V. (1993) *Tehnika. Kul'tura. Jazyk* [Technic. Culture. Language]. Moscow: Prosveshhenie, 224 p. (in Russian)
- Rozhdestvenskiy Yu.V.(1996) *Obshhaja filologija* [General Philology]. Moscow: Novoe tysjacheletie, 326 p. (in Russian)
- Rozhdestvenskiy Yu.V.(2000) *Principy sovremennoj ritoriki* [Modern Rhetoric]. Moscow: Argus, 136 p. (in Russian)
- Soboleva A. (2013) Use and Misuse of Language in Judicial Decision-Making: Russian Experience. *International Journal for the Semiotics of Law*, vol. 26, no. 3, pp. 680–684.
- Soboleva A. (1998) Ritoricheskaja podgotovka studentov-juristov, ili «Juridicheskaja ritorika» kak uchebnyj predmet. Predmet ritoriki i problemy ee prepodavanija (materialy Pervoj Vserossijskoj konferencii po ritorike). – Moscow: Dobrosvet, pp. 194–206 (in Russian)
- Solan L. (1993) *Language of Judges*. Chicago: University of Chicago Press, 215 p.
- Solan L. (2010) *Language of Statutes: Laws and Their Interpretation*. Chicago: University of Chicago Press, 288 p.
- Tiersma P. (1999) *Legal Language*. Chicago: University of Chicago Press.
- Vlasenko N.A. (1997) *Jazyk prava* [Language of Law]. Irkutsk: Norma-plus, 176 p. (in Russian)
- Zarif'jan I.A. (1990) *Teorija slovesnosti* [Theory of Philology]. Moscow: Znanie, 64 p. (in Russian)

Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism*



Ruslan Nurullaev

Researcher, National Research University Higher School of Economics, Legal Counsel, Yandex LLC. Address: 16 Leo Tolstoy St., Moscow 119021, Russia. E-mail: rusnur@gmail.com



Abstract

In July, 2015, the Russian President signed Law No. 264-FZ which grants to Russian citizens the right to request delisting of search results which link to inaccurate or irrelevant information about them (“the right to be forgotten”). According to its drafters, the law is expected to adapt Russian law to the European practice. This article recounts the decision of the Court of Justice of the European Union in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, the case which inspired Law No. 264-FZ, and analyses commonalities and differences between the judgment of the Court of Justice and Law No. 264-FZ. The decision in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* was decided with reference to the principles contained in the data protection legislation. Guided by these principles, the Court of Justice of the European Union sought to strike a balance between the individual’s right to privacy and right of the public to access the information. As a consequence, search engine operators in the European Union are not obliged to remove search results if there is the preponderant interest of the general public in having access to the information in question. In contrast, Law No. 264-FZ is not based on data protection principles and introduced the sui generis right to request delisting of search results. The law contains a number of differences from the decision in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*. Most critically, Law No. 264-FZ fails to give due consideration to the public’s right to access information and does not contain a similar general exception from delisting of search results.



Keywords

Costeja, European Union, Google Spain, information intermediaries, Internet, Internet service providers, personal data, right to be forgot

Citation: Nurullaev R.T. (2015) Right to Be Forgotten in the European Union and Russia: Comparison and Criticism. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 181–193 (in English).

Introduction

On July 14, 2015 the Russian President signed Federal law 264-FZ¹, which from January 1, 2016 will grant to Russian citizens the right to request delisting of certain search results in specific circumstances, a right which is somewhat misleadingly known as “the right to be forgotten”. The explanatory note related to the law claims that this law is consistent with “the general

* The study was implemented in the framework of the Basic Research Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE) in 2015.

¹ Federal law 264-FZ, dated July 13, 2015, “O vnesenii izmenenij v Federal’nyj zakon “Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii” i stat’i 29 i 402 Grazhdanskogo processual’nogo kodeksa Rossijskoj Federacii” [“On amendments to the Federal law “On information, information technologies and protection of information” and articles 29 and 402 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation”], *Sobranie zakonodatel’sтва Rossijskoj Federacii*, 20.07.2015, N 29, p. 4390.

European practice”². Supporters of the law made a case for its adoption by referring to the judgment of the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the case *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*^{3 4}. The new law is supposed to grant to Russian citizens the same right that the CJEU granted to citizens of the European Union.

On the other hand, the decision in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* itself sparked major controversy. Some claim that the right to be forgotten will empower citizens of the European Union by providing them with better control over the use of their personal data online⁵. Others argue that the decision of the CJEU is “deeply flawed”⁶ and the right to be forgotten can cause “Orwellian memory holes”⁷ and is “misguided in principle and unworkable in practice”⁸. Larry Page, the CEO of Google, expressed concern that the right to be forgotten can empower repressive governments in censoring the Internet⁹.

Considering the sharp debate around the right to be forgotten, it could be beneficial to compare its implementation in the Russian Federation with the judgment of the CJEU in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*. It could be instructive to reveal how faithful the Russian law is to the principles laid down in the judgment of the CJEU.

This article reviews the judgment in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, identifies differences between the judgment and the Russian law and recounts criticism of the right to be forgotten.

European Union

In 1998, Spanish newspaper *La Vanguardia* had published an announcement mentioning Mr. Costaja González’s name for a real-estate auction in connection with attachment proceedings for

² Explanatory note to the draft of federal law “O vnesenii izmenenij v Federal’nyj zakon “Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii” i stat’i 29 i 402 Grazhdanskogo processual’nogo kodeksa Rossijskoj Federacii” [“On amendments to the Federal law “On information, information technologies and protection of information” and sections 29 and 402 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation”]. Available at: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(ViewDoc\)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&A652DE4594260D7643257E58002BE6C5](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(ViewDoc)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&A652DE4594260D7643257E58002BE6C5) (accessed: 22.06.2015).

³ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* [2014] ECLI:EU:C:2014:317. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=53949> (accessed: 22.06.2015).

⁴ Olga Churakova, Anastasiya Golitsina, “Zakonoproekt o «prave na zabvenie» mogu prinjat’ do konca ijunja” [“The draft law on the “right to be forgotten” can be adopted by the end of June”]. Available at: <http://www.vedomosti.ru/technology/articles/2015/06/11/596188-zakonoproekt-o-prave-na-zabvenie-mogut-prinyat-dokontsa-iyunya> (accessed: 22.06.2015).

⁵ Martine Reicherts, “Commission response to Committee’s report on EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten?’” Available at: <http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-sub-com-f/righttobeforgotten/311014-Right-to-be-forgotten-Commission.pdf> (accessed: 22.06.2015).

⁶ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, Final Report. Available at: <https://drive.google.com/file/d/0B1UgZshetMd4cEI3SjlvV0hNbDA/view> (accessed: 22.06.2015).

⁷ James Vincent, “Wikipedia warns that EU legislation will create ‘Orwellian memory holes’ in the internet”. Available at: <http://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/wikipedia-warns-that-eu-legislation-will-create-orwellian-memory-holes-in-the-internet-9652050.html> (accessed 22.06.2015).

⁸ House of Lords European Union Committee, EU Data Protection law: a ‘right to be forgotten?’. Available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201415/ldselect/ldcom/40/4002.htm> (accessed: 22.06.2015), para 62.

⁹ Samuel Gibbs, “Larry Page: ‘right to be forgotten’ could empower government repression”. Available at: <http://www.theguardian.com/technology/2014/may/30/larry-page-right-to-be-forgotten-government-repression> (accessed: 22.06.2015).

the recovery of social security debts. After 12 years, Mr. Costaja González submitted a complaint to the Spanish data protection authority requesting that La Vanguardia remove all pages with the auction announcement and Google delist links to said La Vanguardia pages from search results.

In connection with these proceedings, the Spanish national court referred to the CJEU a set of questions on the implementation of the European Union law in the case of *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*. These questions can be broken down into three categories: (A) how provision of web search results can be regulated by data protection legislation, (B) whether citizens of the European Union have a right to claim delisting of search results containing their personal data, and (C) whether a foreign operator of a search engine can be subjected to a Spanish data protection law.

(A) In order to impose on a search engine operator the full set of obligations contained in data protection legislation, it is necessary to establish that a search engine “processes” personal data and that its operator is a “controller” in relation to such processing.

With regard to the first issue, the CJEU explained that in order to provide the search service, the operator automatically searches (“crawls”) websites available on the Internet, retrieves, indexes and makes the information published on these websites available to users. The search engine indexes all available information without discrimination and can also process personal data contained within such information. Thus, the search engine operator “collects”, “retrieves”, “records” and “organises” in its search index, “stores” on its servers, “discloses” and “makes available” to its users personal data together with any other information. In accordance with article 2(b) of the Data Protection Directive¹⁰, all such activities qualify as the “processing” of personal data¹¹. It is irrelevant that a search engine processes personal data as a part of all other information or that processing is carried out automatically. On the contrary, the Data Protection Directive specifically mentions that processing can be carried out by automatic means¹².

The court also established that since the operator of a search engine determines the purposes and means of the processing (the search engine operator regulates how webpages are crawled, the information is organised, stored and then made available in search results), the operator is effectively a “controller” with respect to the processing of personal data¹³. It is immaterial that the operator of a search engine does not process personal data selectively or that personal data is already available on third party websites. The CJEU further mentioned that the processing of personal data by search engine operators is additional to and separate from processing undertaken by website publishers¹⁴.

The court’s decision to classify search engine operators as controllers with respect to processing of indexed personal data is problematic for at least two reasons.

Firstly, search engine operators in practice cannot comply with all the obligations imposed on data controllers. For example, the Data Protection Directive imposes strict requirements on the processing of sensitive categories of personal data (such as information concerning health, sex life, political opinions, religious or philosophical beliefs)¹⁵. Such personal data can usually

¹⁰ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (Data Protection Directive), Official Journal L 281, 23.11.1995, pp. 31–50.

¹¹ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, para 28.

¹² Data Protection Directive, article 3(1).

¹³ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, para 33.

¹⁴ *Ibid.*, para 35.

¹⁵ Data Protection Directive, article 8.

be processed only with a data subject's consent. It is not possible in practice for search engine operators to receive such consent from all data subjects whose sensitive personal data may be indexed by a search engine.

Secondly, if such a wide interpretation of the terms "processing" and "data controller" is adopted, virtually everyone can be deemed a controller. For example, Internet users who search for information on Google can be data controllers, since they retrieve personal data. Indeed, even carrying around a newspaper may arguably involve "storing" or personal data of the individuals named in the newspaper¹⁶.

By recognising that operators of a search engine process personal data and are controllers with relation to such processing, the CJEU extended the obligations contained in the Data Protection Directive to operators. However, at the same time the CJEU suggested that the processing of personal data by operators of a search engine pursues legitimate interests¹⁷. Although the court did not elaborate on what particular interests are facilitated, the Advocate General who advised the court on this case in his opinion explained that a search engine (i) makes information more easily accessible for Internet users; (ii) renders dissemination of the information uploaded on the Internet more effective; and (iii) enables various Internet services that are ancillary to the search engine, such as the provision of keyword advertising. These activities facilitate freedom of information, freedom of expression and freedom to conduct a business respectively¹⁸.

(B) Although the provision of online search service can be underpinned by legitimate interests, in certain cases legitimate interests of the operator can be overridden and individuals can request a search engine operator to cease processing of their personal data¹⁹.

If a search is carried out on the person's name, a search engine can provide "through the list of results a structured overview of the information relating to that individual that can be found on the Internet — information which potentially concerns a vast number of aspects of his private life and which, without the search engine, could not have been interconnected or could have been only with great difficulty — and thereby to establish a more or less detailed profile of him"²⁰. This "profiling" can significantly interfere with the rights to privacy and to the protection of personal data of a person.

In such circumstances the economic interest of the search engine operator and the interests of the general public in having access to this information will be overridden by the interests of a data subject²¹. A data subject can request the operator of a search engine "to remove from the list of results displayed following a search made on the basis of a person's name links to web pages published by third parties and containing information relating to that person"²². In accordance with paragraph 92 of the judgment, such removal can be requested when processing of personal data does not comply with the Directive, in particular if the processed data are inaccurate inadequate, irrelevant or excessive in relation to the purposes of the processing²³.

¹⁶ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, Opinion of Advocate General Jääskinen, delivered on 25 June 2013, ECLI:EU:C:2013:424. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=138782&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=53949> para 29 (accessed: 22.06.2015).

¹⁷ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, para 73.

¹⁸ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, Opinion of Advocate General Jääskinen, delivered on 25 June 2013, para 33, 95-96.

¹⁹ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, para 76-77, 94.

²⁰ *Ibid.* para 80.

²¹ *Ibid.* para 81.

²² *Ibid.* para 88.

²³ *Ibid.* para 92.

Following the receipt of such a request a search engine operator engine will have to comply with it unless “for particular reasons, such as the role played by the data subject in public life”²⁴, the data processing is justified by “the preponderant interest of the general public in having, on account of inclusion in the list of results, access to the information in question”²⁵.

This requirement means that the operator of a search engine will have to carry out a balancing exercise and weigh the data subject’s rights to privacy and protection of personal data against the right of the general public to access the information in question

The court did not elaborate on what constitutes “a role in public life” or what other circumstances can justify interference with the data subject’s right to private life.

Some guidance was provided by data protection authorities of the EU Member States (collectively represented by the Article 29 of Working Party)²⁶, as well as by a council of data protection experts gathered by Google in order to provide advice on the judgment of the CJEU (the Advisory Council)²⁷.

Although it is fairly difficult to establish the meaning of the “role in public life”, the data protection authorities state that an individual will usually have a role in public life if having access to the particular information would protect the public against improper public or professional conduct²⁸. The Advisory Council distinguished three kinds of cases related to the role in public life: (i) individuals with clear roles in public life (such as politicians, CEOs, celebrities, religious leaders, sports stars, performing artists) — because of their role, the interest of the general public in having access to information on them will usually prevail; (ii) individuals with no discernible role in public life — their delisting requests will usually be granted; and (iii) individuals with a limited or context specific role in public life (such as persons who unintentionally got caught in the public attention) — in their cases there would be no presumption because assessment of their delisting requests will heavily depend on the information subject to delisting²⁹.

While the court refrained from providing a more detailed explanation, there are a multitude of factors, other than the individual’s role in public life, which can impact the result of the balancing exercise³⁰.

The Advisory Council divided such factors into three groups: (i) the factors related to the nature of information access to which is sought to be restricted; (ii) the source of the information; and (iii) time of publication of the information³¹.

²⁴ Ibid. para 97.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Article 29, Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” c-131/121. Available at: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm (accessed 22.06.2015).

²⁷ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, Final Report.

²⁸ Article 29, Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” c-131/121, p. 13.

²⁹ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, Final Report, pp. 7–8.

³⁰ See The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten. Final Report, pp. 9–14, Article 29, Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González” c-131/121, pp. 15–20, Information Commissioner’s Office, Internet search results, <https://ico.org.uk/for-the-public/online/internet-search-results> (accessed: 22.06.2015).

³¹ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, Final Report, pp. 9–14.

(i) Information on an individual's intimate or sex life and other information which is deemed sensitive under the Data Protection Directive ("special categories of data"³²), information related to minors, information prejudicial to the individual, personal financial information, private contact or identification information, false or misleading information³³, information which puts the individual at risk, information in the form of an image or video (in comparison with a text) may weigh in favour of delisting. On the other hand, information relevant to the professional conduct of the individual, information published with the individual's consent, information published in accordance with the prescription of a law, information relevant to political discourse or governance, information relevant to religious or philosophical discourse, information that relates to public health and consumer protection, information related to criminal activity, information that contributes to a debate on a matter of general interest, information that is factual and true, information integral to the historical record, information integral to scientific inquiry or artistic expression have a lesser chance of being delisted.

(ii) Information published as a result of a journalistic inquiry³⁴, government publications, information published by the individual him- or herself may evidence existence of a legitimate public interest in access to such information.

(iii) In accordance with paragraph 93 of the court's decision, "even initially lawful processing of accurate data may, in the course of time, become incompatible with the directive where those data are no longer necessary in the light of the purposes for which they were collected or processed"³⁵. Time may be an important factor in assessing the balance of the interests. With the course of time circumstances related to the publication of information may change and the information may become irrelevant. For example, the individual may cease to play a role in public life. It may be difficult to lay down precise timelines in connection with the relevance of information. In *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* the initial publication of the auction announcement took place 16 years earlier — the CJEU deemed that this time could be sufficient to make the information irrelevant³⁶.

(C) When answering the question on jurisdiction, the CJEU explained that a foreign web search operator can be subjected to Spanish data protection regulations in cases where this search engine operator has a local subsidiary incorporated in Spain which promotes and sells advertising offered by that search engine and which orientates its activity towards Spanish residents. The CJEU reasoned that although personal data is processed by a foreign search engine, the data is processed "in the context of the activities" of the local company which sells advertising offered by the search engine, since sale of advertising is meant to make the search service profitable and thus supports the search engine³⁷. Considering that promotion and sale of advertising is usually carried out by locally established companies, this means that in practice any search engine which sells advertising for clients in a European Union country has to comply with this country's data protection regulations.

The court's decision was issued on May 13, 2014. On May 30, 2014 Google launched a web form that citizens of the EU Member States can use to submit data protection delisting

³² Data Protection Directive, article 8.

³³ The Guidelines of the Article 29 of Working Party mention that data protection authorities will not usually rule on the information which allegedly constitutes hate speech, slander, libel or similar offences, such cases should be referred to the courts or police.

³⁴ The Advisory Council aptly notes that the demarcating line between professional journalism and blogging is blurred and in some cases information published by bloggers may be treated more favourably.

³⁵ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*.

³⁶ *Ibid.* para 98.

³⁷ *Ibid.* para 55.

requests to Google. By July 26, 2015 Google received more than 288,000 delisting requests and processed more than 1 million URLs. Of this 1 million URLs, Google removed 41.3 per cent³⁸. Google accepts delisting request for its Web Search, Image Search and Google News³⁹.

When complying with a request, Google delists URLs on all European country code top level domains (e.g. google.de, google.fr, google.co.uk, etc.), but not on its other websites (e.g. google.com). Google maintains that delisting on EU domains is sufficient for adequate protection of EU Member States citizens' right to private life as only 5 per cent of its European users use the google.com website⁴⁰. The Advisory Council agreed with Google and noted that delisting on non-EU domains may come in conflict with a right of non-EU users to access the information on name-based searches, since non-EU countries may not recognise the right to be forgotten⁴¹. The European Union data protection authorities strongly disagree with this practice and demand delisting on all domains where European Union citizens can make search requests (or at least use geo-blocking to prevent European Union citizens from gaining access to the delisted URLs)⁴². However, Google took a principled stand in not delisting search results from its non-EU websites⁴³.

When delisting URLs Google can show a notification in the bottom of a search results page when users search for the name in relation to which URLs were delisted⁴⁴. Since delisting of search results can reduce traffic to websites, Google also notifies the webmasters of websites affected by delisting⁴⁵. When providing both notifications, Google does not disclose the name of the individual who requested delisting.

In the European Union the reform of the data protection legal framework is underway⁴⁶. The purpose of the reform is to adopt European Union data protection legislation to the use of new technologies. When this reform is implemented, the Data Protection Directive (which was adopted in 1995 when Google did not yet exist) will be replaced by the General Data Protection Regulation. The right to be forgotten was included by the Commission in the first draft of the General Data Protection Regulation⁴⁷ and was supported with some changes by the European Parliament⁴⁸ and

³⁸ Google Transparency Report, European privacy requests for search removals. Available at: <http://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/>.

³⁹ Google's response to Article 29 of Working Party's Questions. Available at: <https://docs.google.com/file/d/0B8Syaai6SSfiT0EwRUfY0ENqR3M/preview> (accessed: 22.06.2015).

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ The Advisory Council to Google on the Right to be Forgotten, Final Report, p. 19.

⁴² See Stephanie Bodoni, "Google Faces French Ultimatum Over Right to Be Forgotten". Available at: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2015-06-12/google-is-issued-french-ultimatum-over-right-to-be-forgotten> (accessed: 22.06.2015).

⁴³ Peter Fleischer, "Implementing a European, not global, right to be forgotten". Available at: <http://google-policyeurope.blogspot.ru/2015/07/implementing-european-not-global-right.html> (accessed: 22.06.2015).

⁴⁴ Google's response to Article 29 of Working Party's Questions.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ See "Reform of the data protection legal framework". Available at: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/review/index_en.htm (accessed: 22.06.2015).

⁴⁷ European Commission, Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), COD 2012/0011. Available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52012PC0011> (accessed: 22.06.2015).

⁴⁸ European Parliament, European Parliament legislative resolution of 12 March 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), C7-0025/2012. Available at: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+DOC+XML+V0//EN> (accessed: 22.06.2015).

the Council of Ministers⁴⁹. Considering that the majority of the Member States also support the right to be forgotten, it is likely that the General Data Protection Regulation will contain this right, although its precise scope and implementation are subject to debate.

Russian Federation

In the Russian Federation the draft legislation meant to establish the right to be forgotten was introduced into the parliament on May 29, 2015⁵⁰.

The first draft of the bill contained the right to be forgotten in its most radical form and was criticised by Russian IT companies⁵¹. For example, the bill did not require individuals to provide URLs subject to removal and left it to the operators of search engines to locate and delist all URLs containing information provided in the removal request. Furthermore, the first draft provided for removal of true and accurate information that is older than 3 years (with exception for information about criminal activity) and did not limit delisting to searches on the individual's name⁵².

After introduction of the bill into the parliament, members of parliament and presidential administration held several meetings with Internet companies to discuss possible amendments to the bill⁵³. Some of the proposed amendments were introduced into the draft law in time for the next parliamentary hearing. The bill quickly went through all of the readings and was signed by the president on July 13, 2015 and adopted as the Law No. 264-FZ.

The Law No. 264-FZ introduced into Russian law a definition of a search engine. A search engine is understood as an information system that, on a user's demand, searches for information and provides the user with information on URLs for access to the requested information published on third-party websites⁵⁴. The first draft of the bill did not contain the "third-party websites" limitation and the definition potentially applied to any website which has a search feature (including media websites).

An individual can request removal of URLs for searches made on his or her name if such URLs link to the following information on him or her: (i) information distributed in breach of Russian laws; (ii) inaccurate information; (iii) irrelevant information or (iv) information which has lost its meaning for the individual for the reasons of subsequent events or actions of the individual⁵⁵.

⁴⁹ Council of Ministers, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation). Available at: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/en/pdf> (accessed: 22.06.2015).

⁵⁰ See the first draft of law. Available at: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=804132-6> (accessed: 22.06.2015).

⁵¹ See, for example, "Zabvenie prava na poisk" ["Oblivion of the right to search]. Available at: <https://blog.yandex.ru/post/96625/> (accessed: 22.06.2015).

⁵² Ibid.

⁵³ The Russian Association for Electronic Communications (RAEC) "Po itogam tret'ego chtenija zakono-proekta "Pravo na zabvenie" — uchtено более 80% predlozhenij internet-otrasli" ["In the third reading of the draft law "Right to be forgotten" — more than 80% of proposals of internet industry were taken into account"]. Available at: <http://raec.ru/times/detail/4292> (accessed: 22.06.2015).

⁵⁴ Federal law 149-FZ, dated 27 July 2006 "Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii" ["On information, information technologies and protection of information"]. *Sobranie zakonodatel'stva...* 31.07.2006, no. 31, p. 3448, article 2.

⁵⁵ Federal law 149-FZ "Ob informacii, informacionnyh tehnologijah i o zashhite informacii", article 10.3(1).

The only exceptions from removal of URLs under the Russian law are (i) information on events that contain signs of crimes the term of prosecution for which has not lapsed and (ii) information about commitment of a crime in respect of which the conviction did not lapse⁵⁶.

The operators of a search engine have to process delisting notifications within 10 business days (the first draft of the law gave the operators only 3 calendar days)⁵⁷. The operators are also allowed to request a clarification of the information provided by an individual and request the individual's passport. However, the operators have the right to request only one such clarification⁵⁸. The operators are also prohibited from disclosing information about the receipt of a delisting request⁵⁹.

The delisting obligation contained in the Law No. 264-FZ applies to all search engines that serve advertising directed at the consumers residing in the Russian Federation⁶⁰. This approach is reminiscent of the CJEU, which established that incorporation of a local subsidiary will bring the national data protection laws into play where this subsidiary promotes and sells advertising of the search engine. However, the Data Protection Directive lists other possible cases where a foreign company may be caught by national data protection regulation — for example, in cases where a foreign company is not established in the Member State, but for purposes of processing makes use of equipment situated on the territory of the said Member State⁶¹.

Another piece of draft legislation was introduced into parliament to supplement the Law No. 264-FZ⁶². If enacted, this draft legislation will establish administrative fines for a failure of a search engine operator to comply with a legitimate removal request (a 100,000 roubles fine) and failure to comply with a court judgment prescribing removal of URLs from search results (a 3,000,000 roubles fine). This draft law was recently criticised by the Russian Supreme Court⁶³. The Supreme Court stated that the fines may be disproportionate and inability of the courts to lower the amount of a fine will prohibit taking into account the different circumstances of individual cases.

On its face, Law No. 264-FZ grants to Russian citizens a right similar to the one granted to European Union citizens by the CJEU in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, since both Law No. 264-FZ and the CJEU's judgment provided individuals with a right to request delisting of search results linking to inaccurate or irrelevant information. However, closer scrutiny reveals a number of important differences that can render Law No. 264-FZ significantly different from the right provided by the Court of the European Union.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid. article 10.3(3).

⁵⁹ Ibid. article 10.3(8).

⁶⁰ Ibid. article 10.3(1).

⁶¹ Data Protection Directive, article 4(c). See also Article 29, Working Party, *Opinion 1/2008 on data protection issues related to search engines*. Available at: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wp-docs/2008/wp148_en.pdf, (accessed: 22.06.2015).

⁶² Draft law No. 804140-6 “O vnesenii izmenenij v Kodeks Rossijskoj Federacii ob administrativnyh pravonarushenijah (v chasti ustanovlenija administrativnoj otvetstvennosti operatorov poiskovyh sistem)” [“On amendments to the Code of Administrative Offences (concerning establishment of administrative liability of search system operators)”]. Available at: [asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(ViewDoc\)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&925C6C651F1A4EDA43257E5800384BCD](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(ViewDoc)?OpenAgent&work/dz.nsf/ByID&925C6C651F1A4EDA43257E5800384BCD) (accessed: 22.06.2015).

⁶³ Maria Makutina, “Verhovnyj sud raskritikoval zakon o «prave na zabvenie»” [The Supreme Court criticised the law on “the right to be forgotten”]. Available at: <http://top.rbc.ru/politics/04/08/2015/55c0ba059a7947ba34f83d6c> (accessed: 22.06.2015).

(i) The CJEU based its conclusions on the Data Protection Directive and principles governing processing of personal data in the European Union.

In Russia the right to be forgotten was introduced as an *sui generis* right which has no express connection to data protection (Law No. 264-FZ did not amend Russian data protection legislation).

On the one hand, the independent nature of the Russian right to be forgotten allows circumventing the problems resulting from recognition of search engine operators as data controllers: namely, imposing obligations with which search engine operators cannot comply in practice and widening of the meaning of the term “data controller”, which can create problems for entities other than search engine operators, for example, Internet users.

On the other hand, the extent of applicability of personal data regulations to search engine operators remains unknown in Russia. If at a later point a Russian court or data protection authority finds that the search engine operators can be deemed data controllers in relation to provision of web search services, the Law No. 264-FZ may overlap with data protection regulations.

(ii) The CJEU granted data subjects the right to demand delisting of URLs from search results only in a specific set of circumstances — if their personal data processed by search engine operators are inaccurate, inadequate, irrelevant or excessive.

The Russian parliament created a “general purpose” right. Russian citizens will not only be able to request delisting of inaccurate or irrelevant information, but also any other information on themselves which is disseminated contrary to the laws of Russian Federation. Such information can include instructions on manufacturing of drugs, information about committing suicide, information on gambling⁶⁴, and even pornography⁶⁵ and information on bitcoins⁶⁶. Although Russian courts already can order Internet access providers to restrict access to such information online, the Law No. 264-FZ created a new instrument for control of dissemination of information online — delisting of URLs from search results.

(iii) In the European Union, the search engine operators have to delist URLs only if there is no preponderant interest of the general public in having access to the information. This is an important general limitation to the right to be forgotten. In practice this means that search engine operators will have to consider a multitude of factors when making a delisting decision. The operators will be able to access every situation based on its particular set of facts.

On the other hand, Law No. 264-FZ contains a fundamental misinterpretation of the decision in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*. Instead of creating a general “public interest” exception for delisting, Russian parliament provided that search engine operators will have to remove URLs if the information “has lost the meaning for the applicant for reason of subsequent events or actions of the applicant”⁶⁷. Instead of protecting the public interest, this provision appears to serve solely the interests of the applicant.

The only other exception for delisting of search results contained in Law No. 264-FZ covers information on criminal activity. However, as mentioned above, signs of criminal activity are only one of the many factors which European Union data protection authorities (and search engine operators) will weigh when making a delisting decision.

⁶⁴ Federal law 149-FZ “On information, information technologies and protection of information”, Article 15.1.

⁶⁵ Vladimir Zykov, “Roskomnadzor vneset srazu 136 pornosaitov v chernyi spisok” [“Roskomnadzor will add the whole 136 porn websites to the black list”]. Available at: <http://izvestia.ru/news/585309> (accessed: 22.06.2015).

⁶⁶ “Portal o bitkoinakh popal v spisok zapreshennykh v Rossii saitov” [“Portal on Bitcoins was added to the list of websites banned in Russia”]. Available at: <http://lenta.ru/news/2015/01/13/bitcoin/> (accessed: 22.06.2015).

⁶⁷ Federal law 149-FZ, article 10.3(1).

(iv) The judgment of the CJEU does not specify whether search engine operators can notify online publishers or Internet users about delisting of URLs. Equally, the decision does not mention whether search engine operators can publish statistics on delisting requests.

It may be assumed that search engine operators can do these things as long as they do not reveal the personal data which were subjected to a delisting request. Publishing statistics on delisting requests is vital for a better understanding of the effect of the right to be forgotten. European Union data protection authorities agree that in some cases contacting website publishers can be instrumental in making a correct decision when assessing a delisting request, since publishers can know the details which search engine operators do not have⁶⁸.

On the other hand, Law No. 264-FZ specifically mentions that search engine operators cannot disclose information about the facts underlying removal requests.⁶⁹ Such an all-encompassing restriction can bar search engine operators not only from notifying website publishers and Internet users about delisted URLs, but also from publishing anonymous statistical data on the processing of delisting requests (since such statistics will unavoidably disclose the facts of receiving delisting requests).

If Russian courts apply this restriction rigorously, application of the right to be forgotten in Russia will be kept out of public oversight.

(v) The CJEU did not provide a definition of a search engine in its judgment. It is possible that the delisting obligation applies to all search engines other than “internal” search engines which look for information on a single website because such search engines do not provide a detailed profile of a data subject⁷⁰. An example of an “internal” search engine could be a search tool on a news website which only indexes web pages of this particular news website.

The obligation to process delisting requests provided in Law No. 264-FZ applies only to search engines that serve advertising directed at consumers residing in the Russian Federation⁷¹. In accordance with a literal interpretation of this provision, search engines that do not serve advertising will not fall under the new law. Although targeted advertising is currently a primary monetisation instrument of search engines, it is not entirely unthinkable that in a foreseeable future search engine operators will use other means to generate revenue, such as a subscription fee⁷² or affiliate programs⁷³. This could mean that the right to be forgotten created by the Law No. 264-FZ may apply to fewer search engines.

(vi) The judgment in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* leaves it to search engine operators to process delisting requests and to protect legitimate interests of the general public by balancing conflicting rights on a case-by-case basis. It is for the Member States’ legislators and data protection authorities to further regulate the processing of delisting requests by search engine

⁶⁸ Article 29, Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “*Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*” c-131/121, p. 10.

⁶⁹ Federal law 149-FZ. Article 10.3(8).

⁷⁰ Article 29, Working Party, Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment on “*Google Spain and inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*” c-131/121, p. 8.

⁷¹ Federal law 149-FZ. Article 10.3(1).

⁷² For example, Google is testing website subscription for ad-free browsing. Available at: <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-11-20/google-testing-website-subscriptions-for-ad-free-browsing> (accessed: 22.06.2015).

⁷³ For instance, Duck Duck Go receives revenue from affiliate programs. Available at: <https://duck.co/help/company/advertising-and-affiliates> (accessed: 22.06.2015).

operators, provided that the general principle established by the CJEU is heeded and search engine operators can weigh competing interests before deciding whether to delist URLs.

Law No. 264-FZ contains a more detailed regulation of the processing of delisting requests by search engine operators. For example, the law provides that a search engine operator has to process a delisting request within 10 business days⁷⁴. When processing a request, a search engine operator can request additional information from an individual, but can only do this once per request⁷⁵. There is room for an argument that in complex cases a search engine operator could need more than 10 business days and more than one clarification request to uncover the whole picture before deciding on a removal request.

(viii) Since the right to request delisting of certain URLs established in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* is based on data protection legislation, data subjects can submit such requests directly to search engine operators or to data protection authorities⁷⁶.

On the other hand, since the similar right provided by Law No. 264-FZ is not based on data protection laws, Russian citizens can apply to search engine operators or courts, but not to data protection authorities. Addressing delisting requests to courts rather than data protection authorities may be a better option as the courts have more investigative powers than data protection authorities.

Conclusion

While Law No. 264-FZ, which introduced the right to be forgotten in Russia, is claimed to be consistent with the practice adopted in the European Union, it is in fact quite different from the decision of the CJEU in *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*.

Law No. 264-FZ did not develop the right to be forgotten from data protection legislation. Instead, the right to be forgotten was introduced as an **sui generis right**. The **critical shortcoming** of the Russian law (which also distinguishes it from the CJEU's judgment) is the failure to account for the right of the general public to find and access information online. Other discrepancies include additional grounds for removal of search results, a narrower definition of a search engine, rigid requirements for the processing of removal requests and a prohibition to disclose any information about such requests.

Implementation of the right to be forgotten is now up to search engine operators and Russian courts. Their actions will in large part determine whether the new law will be used to empower Russian citizens or to censor the Internet.



References

Andrade N. (2012) Oblivion: The Right to Be Different from Oneself — Re Proposing the Right to Be Forgotten. *Revista de Internet, Derecho y Política*, no. 13, pp. 122–137.

Ausloos J. (2011) The 'Right to Be Forgotten'. *Computer Law and Security Review*, vol. 28, issue 2, pp. 143–152.

Birnhack M. (2012) Reverse Engineering Informational Privacy Law. *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 15, p. 24.

Jones M. and Ausloos J. (2013) The Right to Be Forgotten Across the Pond. *Journal of Information Policy*, vol. 3, pp. 1–23.

⁷⁴ Federal law 149-FZ. Article 10.3(5).

⁷⁵ Ibid. Article 10.3(3).

⁷⁶ Case C-131/12, *Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González*, para 78.

- Jones M. (2012) It's About Time: Privacy, Information Lifecycles, and the Right to Be Forgotten. *Stanford Technology Law Review*, vol. 16, p. 12.
- Koops B. (2011) Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the 'Right to Be Forgotten' in Big Data Practice. *SCRIPT*, vol. 8, no. 3, pp. 229–256.
- Korenhof P. (2013) Forgetting Bits and Pieces: An Exploration of the 'Right to Be Forgotten' as Implementation of 'Forgetting' in Online Memory Processes. *Tilburg Law School Law and Technology Working Paper No. 4 /2013*.
- Kuner C. (2014) Court of Justice of the EU Judgment on Data Protection and Internet Search Engines. *London School of Economics Legal Studies Working Paper No. 3/2015*.
- Mantelero A. (2013) EU Proposal for a General Data Protection Regulation and Roots of the 'Right to Be Forgotten'. *Computer Law & Security Review*, vol. 29, issue 3, pp. 229–235.
- McNealy J. (2012) The Emerging Conflict between Newsworthiness and the Right to Be Forgotten. *Northern Kentucky Law Review*, vol. 39, no. 2, pp. 119–135.
- Rustad M. and Kulevska S. (2015) Reconceptualizing the Right to Be Forgotten to Enable Transatlantic Data Flow. *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 28, p. 349.
- Shoor E. (2014) Narrowing the Right to Be Forgotten: Why the European Union Needs to Amend the Proposed Data Protection Regulation. *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, no.1, p. 108.
- Van Alsenoy B. and Koekoek M. (2015) Extra-Territorial Reach of the EU's Right to Be Forgotten. *ICRI Research Paper 20*.
- Victor J. (2013) The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy. *Yale Law Journal*, vol. 123, p. 513.
- Walker R. (2012) The Right to be Forgotten. *Hastings Law Journal*, vol. 64, p. 257.

Спрос на право: факторы и движущие силы

(Круглый стол XVI Апрельской конференции)

Аннотация

С 8 по 10 апреля 2015 г. проходила организованная НИУ ВШЭ ежегодная XVI Апрельская конференция, в рамках которой состоялась пленарная дискуссия «Спрос на право: факторы и движущие силы». В рамках этой дискуссии обсуждались вопросы о том, как обеспечить соответствие правовых норм потребностям (спросу) общества, как выявлять такие потребности и переводить их на язык права. В решении этих задач важную роль играет политология и социология права. В ходе дискуссии были высказаны теоретические идеи, а также обнародованы результаты социологических исследований спроса на право.

Ключевые слова

право, социология, общество, экономика, потребности, спрос

А.А. Иванов, научный руководитель факультета права НИУ ВШЭ, заведующий кафедрой гражданского и предпринимательского права НИУ «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук.

«Спрос на право» (скорее потребность в праве) — это парадоксальный, на первый взгляд, вопрос. Вообще спрос — экономическая категория, и упрощенно он может быть определен как осознанная и выраженная вовне потребность лица в товарах, работах или услугах. Право хоть и не товар, но потребность в нем может существовать, осознаваться людьми и выражаться вовне, поэтому вполне допустимо рассуждать о потребности в праве.

В связи с данной проблематикой хотелось бы подчеркнуть особую актуальность социологических исследований в области юриспруденции. Это очень важно, потому что социология права в нашей стране, к сожалению, все-таки недостаточно развита. Мы находимся в плену догматических представлений о праве. Социология для этого — не очень приятный проверочный камень, который оценивает эффективность догматического регулирования, поэтому я считаю, что социология права является одним из значимых направлений.

Право — категория юридическая, к тому же многозначная. В рамках догматической юриспруденции право — это система норм, воплощенных в законах и иных источниках. В то же время в рамках естественно-правовой концепции право — это разумное и справедливое регулирование, которому законы при определенных обстоятельствах могут не соответствовать. Так о спросе на какое право идет речь?

Законов у нас много, можно даже сказать, слишком много. Есть ли спрос на принятие все новых и новых законов? Видимо, в каких-то областях принятие новых законов

необходимо и одобряется общественным сознанием, но вряд ли можно сказать о спросе на законы во всех сферах нашей жизни, тем более, что с качеством законов у нас не все так благополучно, как хотелось бы.

Другое дело — разумное и справедливое регулирование как квинтэссенция естественного права. О спросе на него вполне можно и даже нужно вести речь, однако надо учитывать, что представления о справедливости у всех разные. Уравнительная справедливость — это одно, а справедливость, рассчитанная на результаты, пользу — это совсем другое. Степень разумности людей также различается. Для образованных людей разумным будет одно, для необразованных — другое. Для той части населения, которая придерживается уравнительных взглядов, естественной будет ориентация на перераспределение общественного богатства, рост налогов и безвозмездных социальных выплат. Для справедливости результатов, напротив, важно создание стимулов к более эффективной деятельности, к росту богатства, к его защите, в том числе от государства. Но есть и такие представления о должном, разумном и справедливом, которые являются общими для всех людей, объединяют их и позволяют поддерживать правопорядок на определенном уровне. Задача состоит в том, что выявить эти общие представления, и тогда они зададут рамки, в которых формируется настоящий спрос на право.

Когда говорят о российских гражданах, то их спрос на право оценивают невысоко. Обычно говорят, что люди обеспокоены своим благополучием, право их интересует постольку, поскольку они с ним сталкиваются, а сталкиваются они с ним нечасто. Спрос на право предъявляет меньшинство, активная часть населения, «поколение Интернета» и т.д. Хотелось бы подвергнуть сомнению этот тезис.

Начнем с того, что с правом люди сталкиваются гораздо чаще, чем существует общественное представление об этом. С учетом того, что в местах лишения свободы постоянно находится около 1 млн. человек, только уголовное право ежегодно вовлекает в свою орбиту не менее 3–4 млн. В некоторых регионах судимость имеют до половины населения, значит, они все равно попали в орбиту права. На порядок большее количество людей подвергается административной ответственности, около 10 млн. дел о привлечении к административной ответственности дает порядка 20–30 млн. граждан, затронутых административным правом. Не следует забывать и о гражданских делах приблизительно такого же количества.

В итоге действующий механизм правоприменения затрагивает не менее половины работоспособного населения, а еще существенная часть затронута правом пассивно. Так что с правом люди сталкиваются постоянно, проблема состоит в том, что они в основной массе просто не озвучивают свои претензии к действующему механизму правоприменения, не декларируют властям свой спрос на право. Причины этого носят комплексный характер, обусловлены как историческими традициями, так и современными факторами. Ясно одно: скрытый спрос на право имеется, и задача, как социологии, так и юриспруденции, состоит в том, чтобы этот спрос изучать, заранее предвидя направление его развития. Это уберет общество от многих проблем, в том числе от политических, ведь недовольство людей механизмом правоприменения имеет свойство накапливаться, превращаясь в негативное отношение к государству в целом.

Поскольку я не социолог, а юрист, хочу высказать свое личное мнение, которое я сформировал на основе оценки поведения людей и того, что они говорят, применительно к тем направлениям, в рамках которых формируется, но, к сожалению, не выражается вонне спрос на право. Таких направлений, по меньшей мере, три — равное правоприменение, правовая определенность и справедливое правосудие.

Начнем с равного правоприменения. Принцип равенства закреплен в Конституции России и красной нитью проходит через все законодательство. Этот принцип все знают, все на него ссылаются. Однако закрепление принципа равенства в законе — это одно, а реализация его в рамках конкретных правоприменительных процедур — другое. Наибольшие претензии со стороны общества вызывает как раз избирательное правоприменение, когда аналогичные случаи разрешаются по-разному в зависимости от того, кто в них задействован.

Речь идет даже не о каких-то привилегиях должностных лиц, с ними уже боролись в конце 1980-х годов, причем безуспешно. Моментальная отмена привилегий привела тогда к невероятному росту коррупции, поскольку деятельность должностных лиц, связанных с принятием решений, должна адекватно оплачиваться. Привилегии были формой такой оплаты, а их отмена привела к тому, что «пострадавшие» от этого стали добирать доходы на стороне, участвовать в бизнесе и т.д.

Если же привилегии должностных лиц жестко регламентированы законом, ничего плохого в них нет. Главное в другом: правоприменение не должно зависеть от того, в отношении кого оно осуществляется. С государственным должностным лицом, его родственниками или друзьями, равно как и с государственными органами, надлежит обращаться в одинаковых случаях так же, как и с частными лицами. Если за то или иное преступление простого человека привлекают к уголовной ответственности и сажают в тюрьму, то аналогичным образом следует поступать с государственным должностным лицом, его родственниками или друзьями. Если же последним в данном случае удастся избежать уголовной ответственности или лишения свободы, то это как раз то самое избирательное правоприменение, которое вызывает наибольшие нарекания людей вне зависимости от того, где эти нарекания высказываются: в Интернете или дома на кухне.

Избирательное правоприменение имеет место и тогда, когда государственные органы получают необоснованные привилегии в спорах с частными лицами. Многие опросы предпринимателей свидетельствуют, что в спорах с другими предпринимателями они чувствуют себя относительно защищенными, тогда как в спорах с государственными органами их шансы на успех намного ниже. Почему, скажем, правила по исковой давности по искам государственных органов должны применяться иначе, нежели по искам частных лиц? Вопрос остается без ответа.

Еще хуже, когда в законе закрепляются правила, которые дают государству привилегии перед частными лицами, например, когда государство может потребовать от частного лица исполнения того или иного обязательства в любое время, а частное лицо от государства — только в течение определенного срока. Подобный подход уничтожает рыночное равенство и тем самым разрушает рыночную экономику.

Равное правоприменение тесно связано с другим направлением развития спроса на право — с правовой определенностью. Хорошие законы дают уверенность в том, что их применение будет равным, каждый будет знать свои права и обязанности и их соблюдать. Но это дают лишь хорошие законы. Между тем законодательство в настоящее время не дает нам надежд на то, что появится очень много хороших законов. Законов действительно принимается много, но их качество оставляет желать лучшего. Многие из вносимых в законодательный орган России законов имеют запретительный характер, а некоторые вообще вносятся в расчете на эпатаж публики, причем те, кто их вносит, прямо об этом говорят. Не случайно в последнее время многие стали говорить об избыточном законотворчестве. Это четко отражает общественное настроение. Хорошие законы нам нужны, а плохие — нет. Лучше не принимайте никаких законов,

чем принимать плохие, потому что плохие законы вкупе с догматическим подходом к юриспруденции усугубляют проблемы в обществе и выступают благодатной почвой для избирательного правоприменения. Ведь нечетко сформулированные в законе права и обязанности образуют своеобразную серую зону, которая может быть развернута в любую сторону.

Однако правовая определенность не сводится только к законам. Законы могут быть разными, в том числе они могут иметь антисоциальный или репрессивный характер, а право должно изменять их негативную природу, исправлять дефекты, обеспечивать соблюдение общеправовых принципов, идей справедливости, даже если они прямо в законе не выражены. Эта составляющая принципа правовой определенности, к сожалению, еще не стала идейным убеждением большинства правоприменителей, которые руководствуются идеей нормативизма.

Главное для них — соблюдать требования позитивного права, а не правовые принципы. Отсюда и негативное отношение к судейскому активизму, т.е. к желанию судей, применяя естественно-правовые принципы, модифицировать право, делать его лучше, приспособлять к изменяющимся социальным условиям. Между тем судейский активизм — важная составляющая принципа правовой определенности. Без этого активизма правовая определенность сводится к законотворчеству, которое подвержено субъективным факторам, зависит от конкретной социально-политической ситуации, что низводит значение принципа правовой определенности до уровня каприза законодателя.

Наконец, рассмотрим еще одно направление развития спроса на право — требование о справедливом суде. Суд должен одинаково разрешать аналогичные дела. Иное несправедливо. Равное правоприменение — непременное условие справедливого правосудия, но этого недостаточно. Справедливый суд должен учитывать заслуживающие внимания обстоятельства, влияющие на судебный акт. Учет таких обстоятельств необходим независимо от того, о какой справедливости — уравнивающей или результирующей — идет речь. Учет обстоятельств жестко связан с принципом правовой определенности. Прежде, чем обстоятельства учитывать, их нужно выявить, отличить друг от друга и зафиксировать в законе, а потом и в судебных актах. Иными словами, справедливое правосудие возможно лишь тогда, когда судебная практика выявляет и учитывает все обстоятельства дела и одинаково разрешает дела в зависимости от этих обстоятельств. Все обстоятельства должны быть учтены, проанализированы в каждом деле. Отсюда следует вывод о необходимости обеспечения единства судебной практики, именно об этом велась речь, когда обосновывалось объединение двух судебных систем.

К сожалению, анализ законодательных актов, в рамках которых происходило такое объединение, свидетельствует об обратном. Обеспечение единства судебной практики больше не является задачей судов, поскольку отсутствие такого единства не является основанием отмены судебных актов. Оценка правовых позиций судов, таким образом, уходит на второй план. Нарастает тенденция к дифференциации правовых позиций, что угрожает реализации принципов равного правоприменения и правовой определенности. Складывается ощущение, что вообще не хочется, чтобы суды вырабатывали какие-то правовые позиции. Это мешает решать дела «как вздумается».

Следует отметить еще одну опасную тенденцию, препятствующую справедливому правосудию — отказ от подготовки мотивированных судебных актов во многих случаях. Желание снизить нагрузку судов, которым это обычно обосновывают, — ценность гораздо менее значимая, чем принцип правовой определенности. Конфликтность в

обществе, а значит, нагрузку судов, надо снижать иными методами, не отказываясь от мотивировки судебных актов, тем более что с мотивировкой у нас и так много проблем, поскольку на судебные акты часто жалуются в связи с тем, что в них не учтены все доводы сторон и обстоятельства дела.

Тремя указанными направлениями спрос на право, конечно, не исчерпывается. Но если нам удастся добиться существенного прогресса даже по этим трем направлениям, мне кажется, спрос на право будет в значительной мере удовлетворен.

* * *

В. В. Волков, научный руководитель Института проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге, доктор социологических наук в выступлении «Мобилизация права» обратил внимание «на проблему правоприменения и важность сдвига перспективы только от содержания закона или характера правовых доктрин на «закон в жизни» или на то, как применяется право в жизни. Знание, накопленное в рамках юриспруденции, огромно, а знание, накопленное в рамках поведенческих наук, о том, каковы закономерности поведения правоприменителей или закономерности поведения граждан по отношению к правоприменительным организациям, какова их реакция на законы — эти вопросы очень мало изучены, но очень актуальны для нашей страны.

С точки зрения социологии права целесообразно радикализовать понятие «спрос на право» путем обсуждения его социологического эквивалента. Социологическим эквивалентом понятия «спрос на право» является термин «мобилизация права». Мобилизация права — это термин, который несет в себе активистскую коннотацию. Если спрос может быть явлением сознания или коммуницировать вовне, то мобилизация права — это действие, направленное от индивида или от коллективов в сторону правоприменительных организаций для того, чтобы запустить их в действие. То есть между законами и применением законов есть еще некая поведенческая сфера, которую мы называем мобилизацией права. Мобилизация права может быть успешна или не успешна.

Этот термин известен в международной социологии права. Он был введен в 1970-х годах. Логика его введения следующая: поскольку мы наблюдаем, что судебная система сама по себе пассивна, то для того, чтобы она работала, она нуждается в том, чтобы в нее разными способами поступали дела, как в гражданские суды, так и в уголовно-правовое преследование, которое также подразумевает некоторое внешнее иницирующее воздействие для своего начала. Следовательно, есть особая категория индивидуальных или коллективных действий, направленная на включение правоприменительной машины. Поведение граждан, организаций или коллективов, направленное на то, чтобы включать правоприменительные машины, т.е. мобилизовать право, является одной из основных тем социологических исследований права на протяжении уже многих десятилетий.

Интенсивность защиты прав граждан зависит не только от качества законов или качества правоприменения, но и от поведения самих граждан, от того, насколько успешно и активно они мобилизуют право. Что же тогда определяет характер или успешность мобилизации права? Есть некоторые системные характеристики правовых систем, которые определяют соотношение между частным и публичным характером мобилизации права.

Те сферы, где мобилизация права — ответственность частных лиц (если ты потерпевший, или у тебя есть интерес, потребность в защите прав), то ты сам иницируешь

этот процесс. Если имеет место исключительно привилегия или ответственность государства или публичных инстанций, которые это могут делать во имя защиты прав кого-то другого, то мы говорим о патронажной системе (в противовес системе предпринимательской, в которой наибольшая возможность и ответственность для мобилизации права отданы самим гражданам). Чем больше в законе предусмотрено поводов для мобилизации права со стороны публичных инстанций, со стороны государства, тем больше эта система заменяет инициативу граждан по защите своих прав.

Есть также фактор, который можно сравнить с силой трения, т.е. насколько гражданам трудно или легко мобилизовать право. Это различные барьеры на пути мобилизации права и ее издержки, начиная с прямых пошлин (насколько дорого подавать иски, насколько сложна по времени процедура, насколько доступны специальные знания и услуги адвокатов) и до институциональных барьеров — насколько отзывчивыми являются различные элементы правоприменительных машин на мобилизующее воздействие извне.

Очень важно поведение самих граждан или других субъектов государства. Насколько они активны, консолидированы, готовы при возникновении споров или ущерба обращаться в правовые институты и мобилизовывать их в своих интересах. В качестве примера, допустим, мобилизация конституционного права, решения Конституционного Суда Российской Федерации являются, конечно, самыми политически важными. Они фактически путем приведения в соответствие с Конституцией Российской Федерации ставят ограничения применению власти. Если мы посмотрим на характер мобилизации конституционного права, то здесь на первом месте стоит аппарат Конституционного Суда Российской Федерации, который превращает примерно 20 тыс. жалоб и обращений граждан примерно в 2 тыс. отказных определений и в 20–30 решений и постановлений КС РФ.

Таким образом, 18 тыс. жалоб просто не доходят до судей, отфильтровываются на уровне аппарата или экспертов суда. И только 20–30 решений — это действительно успешная мобилизация конституционного правосудия со стороны граждан. Этот процент ничтожен. Если посмотреть на повестку дня Конституционного Суда Российской Федерации за последние десятилетия, то мы видим рост решений, которые посвящены социальным и трудовым спорам, и падение повестки, связанное с применением избирательного законодательства. В данном случае конституционное право как «орудие главного калибра» «стреляет» очень редко.

Эксперт Конституционного Суда Российской Федерации Калиновский установил, что среди всех жалоб на применение УПК РФ (что связано с нарушением конституционных прав) доля отказных определений — 7%, а самая большая доля отказных определений по поводу жалоб на применение УПК — по ст. 125 УПК (обжалование действий следователя, дознавателя или бездействия прокуроров в уголовном процессе). Самая большая боль — это нарушение прав со стороны следствия, но мы не видим адекватных решений по данному вопросу со стороны Конституционного Суда Российской Федерации.

В гражданском процессе конфигурация мобилизации права другая. Если мы посмотрим на данные с 2007 года, то видно, что в двухтысячных годах, после реформы судов, когда было расширено число судей и аппарат судов, суды стали работать быстрее и эффективнее. Но кто воспользовался этими преимуществами? Граждане или государство?

Государство воспользовалось быстрее. Мы видим, что с каждым годом государство «заваливало» гражданские суды все большим количеством исков. Если мы будем смотреть на это как на ограниченный ресурс, то у судьи номинально восьмичасовой рабо-

чий день (реально они работают больше) и ограниченное время на рассмотрение дела. Таким образом, между гражданами и государством происходит активная конкуренция за доступ к правосудию. Государство в нашей стране чрезвычайно активно по сравнению с гражданами, причем наибольшую активность проявляют Пенсионный фонд, налоговые органы и органы, которые обращаются с иском о взыскании платы за жилплощадь, коммунальные платежи. Это очень значительное количество исков, которые вынуждены рассматривать гражданские суды.

Механизмы мобилизации уголовного права совершенно другие. Здесь мы видим не роль аппарата, как в Конституционном Суде Российской Федерации, не конкурентную ситуацию, как в гражданском процессе, а довольно сложное взаимодействие между различными организациями, которые обеспечивают поэтапную мобилизацию права от обращений граждан до включения судебной машины, т.е. до передачи дела в суд. Это оперативные службы, следствие и дознание, прокуратура и, наконец, сам суд. На входе мы имеем 28 млн. обращений граждан за последний год (там есть и рапорты, и постановления правоохранителей), и это все попытки мобилизовать уголовное право. В данном случае мобилизация — обращение в дежурную часть в той или иной форме либо обращения, поступающие непосредственно из постановлений прокуратуры либо непосредственно выявляемые преступления, рапорты из правоохранительных органов по совокупности.

Дальше они должны сначала преодолеть барьер и быть зафиксированными как сообщения о преступлениях. Потом по проведенным проверкам решений о возбуждении или отказе в возбуждении уголовных дел мы видим убывающее количество. И потом законченные расследования и передача дел в суд. Здесь мы можем изучать как поведение государственных организаций, так и граждан, их общение или взаимодействие с правоохранительными органами, так и межорганизационные отношения правоохранительных органов, которые, собственно, и управляют этими соотношениями в действительности.

Говоря о межорганизационных отношениях, особо надо выделить тот момент, который характеризует нашу систему — очень высокая активность государства в части экономических преступлений. У нас практически очень мало инициативы юридических и физических лиц в области экономики, т.е. потерпевших, и очень много активности правоохранительных органов по выявлению преступлений по сравнению с другими странами. В большинстве других стран объем преступлений, по которым уголовное преследование инициируется только по заявлениям потерпевших, гораздо выше, чем у нас.

Понятно, что есть такие формы правонарушений, которые не имеют потерпевшего (преступления в области оборота наркотиков, фальшивомонетничество, налоговые преступления), и где роль активности правоохранительных органов неизбежна, а гражданам просто не будут жаловаться по этому поводу. Поэтому в этих сферах активность правоохранителей естественна. Но по многим статьям (например, наша печально известная ст. 159 УК РФ «Мошенничество») возбуждение уголовного дела может быть только при наличии заявления потерпевшего. Однако по совокупности экономические преступления являются почти монопольной сферой мобилизации права со стороны государства. Мобилизация права происходит всегда и естественным образом — это использование права в интересах мобилизующего. Именно в сфере экономики злоупотребление правом у нас наиболее интенсивное.

Что касается административного законодательства, то один из самых больных вопросов в городах — вопрос парковки. Казалось бы, это сфера нарушения ПДД, кото-

рая во всех странах все-таки относится к сфере контроля со стороны государства, т.е. государство идентифицирует нарушения и применяет санкции к нарушителям, а не граждане, которые мобилизуют право. На самом деле с развитием информационных технологий есть возможность изменить ситуацию. Современные технологии могут служить инструментом массовой мобилизации права со стороны граждан для решения их проблем.

Проблема парковки существует во всех городах. С одной стороны, мы имеем способ, который можно назвать «мобилизация гнева», т.е. СтопХам. С другой стороны, в качестве альтернативы, есть мобильное приложение, которое было разработано на деньги частных предпринимателей. Это приложение Spot, где можно с помощью телефона определенным образом зафиксировать нарушение парковки: либо под знаком, либо на тротуаре, либо на газоне — сделать несколько фотографий, нажать кнопку. Автоматически будут сгенерированы соответствующие документы, которые пройдут премодерацию, потом они поступают в ГИБДД, которая эту информацию обрабатывает. Дело передается в суд, суд выписывает штраф. Это приложение активно с февраля 2014 года. В принципе, активных пользователей больше 5 тыс., при этом 35 тыс. заявлений за период немногим больше года дошло до ГИБДД, т.е. прошло премодерацию на предмет корректности фотографий. Здесь важно то, что для активных граждан, которым мешают автомобили, припаркованные на тротуарах или газонах, есть средство довольно легкой и эффективной мобилизации права.

Если подытоживать и называть основные проблемы, связанные с возможностями мобилизации права в нашей стране, то недостаток информационных технологий и сервисов — это явно одна из причин, которую можно идентифицировать. Есть и другие проблемы: высокая активность государства, т.е. высокая нагрузка на судебную систему со стороны государства относительно малозначимых дел, и государственная бюрократия, которая работает по показателям, машинально отправляя огромное количество дел в суды. Существуют и барьеры на пути мобилизации со стороны правоохранительных органов, т.е. граждане обращаются, но правоохранительный орган имеет свои интересы и свои фильтры по поводу того, какие обращения регистрировать, а какие не регистрировать, по каким возбуждать дела, а по каким нет. Это управляется некоторыми организационными причинами. Кроме того, еще одна важнейшая причина — это слабость адвокатского сообщества.

К сожалению, нельзя говорить о повышении активности суда — нынешняя позиция российских судов по отношению к мобилизации права, скорее, обратная. Позицию судов, что поступает недостаточно дел, и суд готов занимать активистскую позицию, стимулируя спрос на право и поступление жалоб, — это мы знаем только из истории Верховного суда США. Активистски ориентированные судьи Верховного суда США в контексте движения за гражданские права сами выбирают те дела, которые имеют политическое значение, с помощью которых они могли бы достичь политических или социальных перемен, рассматривают, выносят решения, тем самым подтверждая свой статус политического органа. Такого активизма в российских судах мы не видим.

Краеугольным положением социологических исследований является проблема, кто мобилизует право, чтобы оно дошло до результата. Очень важно, кто выступает в роли фильтра, поскольку фильтр не является нейтральным, а имеет свои интересы. Допустим, в уголовном праве в качестве фильтров выступают дежурная часть, оперативные сотрудники, которые имеют свои системы отчетности и хотят, чтобы их работа была отражена в определенных показателях раскрываемости либо в передаче дела в суд. Сле-

довательно, они изначально будут настраивать эти фильтры так, чтобы к ним поступали наиболее легкие дела с готовым подозреваемым (чтобы не снизить раскрываемость) либо дела, которые можно быстро передать в суд или провести в особом порядке рассмотрения. Такие фильтры наиболее не нейтральны. Точно также со стороны ГИБДД имеет место полнейшая избирательность — какие правонарушения фиксировать, какие штрафовать.

Возникает вопрос, как связана результативность мобилизации конституционного права и качество конституционного правосудия. Если судьи Конституционного Суда Российской Федерации будут рассматривать больше обращений или жалоб, то к чему это приведет?

Здесь есть два аспекта. Одно дело — качество самого решения, как оно подготавливается и принимается. Другое — поведение нижестоящих судов или правоприменительных организаций, которые могут принимать или не принимать во внимание решения Конституционного Суда. Конституционный Суд обладает достаточной квалификацией судей, чтобы принимать решения высокого качества, другое дело, как он регулирует собственную повестку между вопросами, касающимися конституционных прав в уголовном процессе, избирательном процессе, трудовом законодательстве, и качеством самих принимаемых решений. Повышение мобилизации конституционного права вряд ли каким-то образом отразится на поведении правоприменителей или нижестоящих судов в смысле того, насколько они в своей практике следуют этим решениям. По мнению самих сотрудников Конституционного Суда Российской Федерации и судей, эта степень очень низкая, неудовлетворительная. Но это не проблема мобилизации права, это уже проблема правоприменения».

Ю. С. Пилипенко, президент Федеральной палаты адвокатов, в своем выступлении «От правового нигилизма к нигилизму права» подтвердил, что «слабость российской адвокатуры чрезвычайно беспокоит Федеральную палату адвокатов. Хотелось бы усилить российскую адвокатуру за счет наведения порядка в сфере оказания квалифицированной юридической помощи, но почему-то очень много умных и вполне разумных людей считает, что защита должна быть бесплатной по назначению (по ст. 51 УПК РФ). Адвокатура хочет быть более сильной, но нужна поддержка общества, профессионалов, правозащитников».

Что касается активной роли судов в мобилизации права, то суды в последнее время вообще отказываются судить как суд должен. При этом все задают вопросы — почему так много законов? Почему принимается 450 законов в год и еще Председатель Государственной Думы отчитывается, что принято на 12% больше, чем в прошлом году? Один из ответов на этот вопрос состоит в том, что суды, к большому сожалению, не выполняют свою роль правоприменителя. При некачественном изначально тексте закона суд стесняется как-то истолковать норму права в сочетании с общими нормами, с другими законами. Отсюда люди вынуждены идти к законодателю, нанимать лоббистов, которые пишут уже такой закон, чтобы даже судья понял, чтобы даже у судьи уже не было возможности уклониться от применения нормы права именно так, как ее задумывал законодатель. В этом и есть одна из причин проблемы, почему так много у нас законов.

Если говорить о роли суда в мобилизации права, то сейчас очень «интересна» инициатива депутата Ремезкова, чтобы обязать суд искать объективную истину, таким образом превратить суд в продолжение правоохранительной системы. Возникает вопрос: зачем? Сегодня 99,5% дел примерно (я не имею в виду частные обвинения и суд присяжных) заканчивается обвинительным приговором. Предположим, инициатива депутата Ремезкова найдет поддержку, суд обяжут искать объективную истину. Тогда будет 115%

обвинительных приговоров. Зачем это нужно следователям, Следственному комитету, когда и так 95% дел заканчиваются обвинительным приговором? Суд присяжных не заставишь искать объективную истину. Сделка с правосудием, на которую соглашается 70% людей, тоже не вполне работает в режиме поиска объективной истины. К сожалению, у нас в стране так складывается практика, что судьи себя чувствуют частью правоохранительной системы.

О верховенстве права, о доступе к правосудию, о спросе на право, о мобилизации права можно и нужно говорить, но нужно понимать, кто с какой точки движется к этому верховенству права. Существует понятие «нигилизм права», т.е. пренебрежение со стороны права общественной жизнью, реалиями, которые существуют в жизни. В годы перестройки кто-то взял и соединил слова «право и нигилизм» иначе. Получился «правовой нигилизм», т.е. такое состояние общества, в котором правом пренебрегают. Началась борьба с правовым нигилизмом и закончилась, может быть, лет 10 назад, когда была объявлена диктатура закона, а до этого лет 20 мы все боролись с правовым нигилизмом.

Несколько примеров этой борьбы. В Советском Союзе была огромная проблема — недостаток юристов. Сейчас, когда мы «побороли» правовой нигилизм, каждый «уважающий» себя кулинарный техникум или технологический университет выпускает юристов. Даже Ассоциация юристов России задумалась над тем, чтобы ввести дополнительный фильтр, дать право Ассоциации юристов России самой аккредитовать те вузы, которые имеют право выпускать юристов.

Следующий аспект. В СССР очень многие отношения регулировались подзаконными актами: совместные постановления ЦК и правительства СССР — это был высший акт после Конституции. Конечно, это был беспорядок. Сейчас Госдума принимает 450–500 законов в год.

У нас был замечательный Гражданский кодекс, один из лучших нормативных актов, которые были приняты в постсоветское время. Глава о юридических лицах никого не беспокоила. Сейчас церкви не подходят положения ст. 50 ГК. Оказывается, сейчас нельзя создать адвокатское образование, требуется, чтобы обязательно была ассоциация. Адвокаты, адвокатские палаты, адвокатские коллегии, бюро, которые могут состоять из двух человек, вдруг стали ассоциациями.

Адвокатура в некотором смысле уникальная организация. По закону об адвокатуре и адвокатской деятельности палата адвокатов, т.е. ассоциация, может существовать только в регионе. Но если мы применяем общие нормы ГК РФ об ассоциациях, то оказывается, что их можно создавать. В силу закона об адвокатуре и адвокатской деятельности палату адвокатов ликвидировать нельзя, а общие нормы об ассоциациях позволяют это сделать. Мы указывали правоприменителю, что есть общие нормы и специальные, и сначала нужно применять специальные, а потом уже искать в общих, чего не хватает. Но и суды, и Министерство юстиции отказывается от этого.

Очень важно, что мы понимаем под правом. Есть юридический позитивизм, правовая школа, социологическая школа. С правом с точки зрения юридического позитивизма у нас все в полном порядке. А если мы говорим о праве с какой-то другой точки зрения, то до верховенства права нам еще далеко. Спрос на право не удовлетворен и при таком подходе долго не будет удовлетворенным, поскольку желание воплотить свою собственную идею, невзирая на практику, это и есть правовой нигилизм.

К. Хэндли, профессор права и политологии Висконсинского университета (США) в выступлении отметила, что, «анализируя спрос на право, необходимо интересоваться,

готово ли общество к правовым реформам. В 1990-е гг. в России проводились серьезные реформы с целью изменить правовую систему, увеличить доступ к правосудию, сделать судебную систему более независимой. Были внедрены многие элементы правового государства, во многом был использован опыт других стран или дореволюционной России. Но очень многие из этих реформ не получились.

Как правило, у любых реформаторов существует иллюзия, что можно перескочить сразу в современный мир и взять сразу самые разные учреждения, организации, законы, которые хорошо работали в других странах. Это идеализированный взгляд. Чтобы закон укоренился, он должен быть принят обществом. Качество законов и права в каком-то смысле — второстепенный вопрос. Всегда можно говорить, что закон нехорош, всегда закон может быть лучше, мы всегда найдем в нем недостатки. Но если закон фундаментально не подходит стране, если он не соответствует ее потребностям, тогда это совсем другая проблема.

Когда реформы осуществляются сверху, то политики обязаны знать, что требуется обществу и чего оно хочет. Знают ли об этом политики на самом деле? Какой посыл идет для жителей России? Во время советского периода законы использовались для того, чтобы претворять в жизнь интересы тех, кто находится у власти. В Конституции СССР был очень большой список прав человека, но эти права не соблюдались. Но закон должен быть щитом для граждан, чтобы государство не творило произвол. Критически важное различие между государственным социализмом и демократией, правовым государством, — это возможность граждан себя защитить и продвигать свои интересы.

Возникает вопрос: пошли бы реформы по-другому, если бы реформаторы обращали больше внимания на потребности общества? Закон не должен обязательно отражать общество, законы могут и должны помогать социальным изменениям. Это что-то вроде социальной инженерии, часть стратегии развития. Но если закон очень оторван от реальности, тогда он не имеет смысла. В лучшем случае это просто закон, который не работает, а в худшем случае — это один из многих законов, которые не работают. Потенциально это приведет к тому, что люди будут считать, что законы — это вообще неважно, появляется правовой нигилизм. Мобилизация права возможна только тогда, когда есть спрос на право.

Могут быть очень хорошие намерения, но закон не будет работать. Например, в 1990-е годы, когда были введены рыночные механизмы, в России появились акционерные общества. Возник вопрос: как защитить права миноритарных акционеров. Было введено положение закона, что для крупных компаний необходимо общее голосование. С технической точки зрения это потрясающее решение проблемы. Общее голосование помогает миноритариям использовать их небольшую долю. Это действительно позволяет сделать так, чтобы их голос услышали в управлении компании.

Однако в тот период люди вообще не знали, что такое «акционеры». Большинство акционеров были обычными работниками. В частности, на оборонном заводе в Саратове проводилось ежегодное собрание, и акционеры не понимали, как работает это голосование и как можно сделать так, чтобы получить положительный результат. Их вообще поражала идея, что они могут проголосовать, и это им поможет. В действительности никто и не собирался защищать этих мелких акционеров, на самом деле собирались защищать крупных институциональных инвесторов, которые прекрасно понимали, как все это работает, и могли воспользоваться правами акционеров в полной мере.

Второй пример — медиация. Казалось, что в российскую систему она отлично вписывается. Тем не менее, медиация успеха не имела. Ее восприняли с большим энтузиаз-

мом, было создано несколько центров медиации. Все предлагалось бесплатно, но людей это не заинтересовало, они не воспользовались возможностями медиации. Судьи часто говорят, что когда люди приносят иск в суд, они не всегда понимают, если судья предлагает им возможность медиации. Они говорят: «Мы вам принесли дело, зачем вы его нам обратно отдаете?». Сама идея непонятна и незнакома людям в России.

Может быть, общество это примет со временем, может быть, судьи решат, что надо дела разбить по категориям и по некоторым категориям автоматически будет применяться медиация. Так делается в большом количестве стран. Тогда люди лучше поймут это, а с пониманием придет и спрос на медиацию. Медиация — прекрасный пример того, как можно взять институт, какую-то идею, которая великолепно выглядит, кажется, что она даст прекрасные результаты, но так как она несвоевременна, она не работает.

Прежде всего нужно понять, насколько трудна правовая реформа, насколько она сложна, в особенности, когда имеют место попытки изменить правовую культуру. Нужно изменить не просто правила игры, нужно поменять поведение людей. В настоящее время необходимо больше внимания уделять реалиям российского права, проводить исследования, какие законы работают и почему. Как правило, по каждому закону нужны подзаконные акты, инструкции и разъяснения. Это может входить в состав понятия **«plug and play»**. Но очень часто язык, которым написаны разъяснения — это язык, который могут понять только специалисты, а не обычные люди. Ты не можешь мобилизовать право, если ты его не понимаешь, не понимаешь, как закон тебе поможет».

С.А. Пашин, профессор кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», к.ю.н., в своем выступлении на тему «Право присяжных заседателей» подчеркнул, что «существует спрос не столько на право, сколько на правосудие, потому что правосудие выступает средством уловления, формулирования, демонстрации и применения права. Не так давно Мосгорсуд разобрал уголовное дело о взятке. И присяжные едва этого взяточника не оправдали, а потом записали ему снисхождение, хотя в том, что он нарушил уголовный закон, никаких сомнений не было. Среди присяжных были предприниматели, которые говорили: за что же тут судить? Берут-то все чиновники, а у него откат не 10%, как положено, а только 7%! Закон нарушен, но присяжные рассматривают эту историю в более широком контексте, с точки зрения нашего бытия.

В каждой точке пространства есть разные системы права. Одну и ту же точку пространства пронизывает множество разных прав. На вопрос о том, что является источником права, «правоверные» юристы ответят примерно так: нормативные акты. Если юрист «не тверд в истинной вере», то он скажет, что еще и судебная практика, или правоотношение, социологический подход к праву. А самые «злостные еретики» скажут еще и про прецедент как источник права.

Например, в Дагестане работают разные права: адаты, шариатское право, федеральное право. А у имама, который разрешает конфликты к удовольствию мировых судей, потому что это снимает с них часть нагрузки, на полке в качестве источников права стоят труды улемов, богословов, специалистов, которые и производят право. Так что же тогда источник права?

В Дигесты Юстиниана включены труды видных юристов: Гая, Ульпиана, Павла. Значит, источник права — это то, что делаем мы с вами, юристы, правоведы. Есть старая юридическая поговорка, принятая на Западе: «Право — это то, что говорят о нем судьи». Наверно, это хорошее рассуждение, но боюсь, что этого достаточно только для тоталитарного общества. Судей можно подкупить, запугать, как, собственно, и сделал

Гитлер, который сначала собирался всех судей уволить, потом увидел, что они готовы на всяческие услуги. Тот, кто изучал дело № 3 в Нюрнбергском военном трибунале, знает историю про германских судей, которые говорили, что выполняли приказ государства.

К этой формуле нужно добавить: право — это то, что судьи говорят о нем, и то, что согласны применять присяжные, представители народа. Потому что судей надо корректировать. «Summum jus, summa injuria», высшее право — высшая несправедливость.

Единообразие судебной практики, предсказуемость судебного решения... у нас судебные решения предсказуемы — 99,5% обвинений! А надо ли идти в суд, если решение суда предсказуемо? Если оно и так известно, зачем тогда идти в суд? Украл — постучи в дверь колонии, закажи заранее себе нары и располагайся. В суд идти совершенно ни к чему.

Суд — это место, где сталкиваются и обсуждаются разные системы права, и суд становится на сторону той или другой. Суд — это не место, где все предсказуемо. Может быть, гражданский процесс должен быть предсказуемым, но в уголовном процессе это площадка, где сталкиваются разные правовые представления, и кто победит, еще неизвестно.

Эти разные правовые представления в суде присяжных либо согласуются, либо начинается борьба между ними. Какое оружие в руках у присяжных? Главное оружие — нуллификация, когда закон нарушен, а присяжные говорят «не виновен». Например, в Англии времен королевы Виктории присяжные, узнав, что за хищение свыше полуфунта положена виселица, заявили, что 10 фунтов стерлингов равны 10 шиллингам, лишь бы обвиняемую не повесили. В России очень типично было оправдание бродяг.

Нуллификация — не акт произвола, а способ проявления права. Федор Михайлович Достоевский очень хорошо сказал: «Пусть присяжные прощают преступников, но беда, если преступники сами начнут прощать себя». А присяжные могут, потому что человек испытал судьбу в суде. Суд и судьба — однокоренные слова.

Право присяжных расходится с правом наших судей, по крайней мере, по трем основным факторам. Во-первых, по отношению к презумпции невиновности, во-вторых, по отношению к пыткам, в-третьих, по отношению к роли и месту защиты в процессе. В суде присяжных в 20 раз больше оправдательных приговоров, чем в обычной судебной системе. Это зеркало, которое поднесено к нашей судебной системе. Для правоохранительных органов оно поднесено к глазам, чтобы посмотрели на себя, а для судебной власти, наверно, поднесено уже к губам.

Присяжные исходят из той «странной» версии, что прокурор и следователь могут и ошибаться. Сколько я говорил с присяжными, они сплошь и рядом говорят: «Нам кажется, этот человек был виновен». А почему вы его оправдали? Они говорят: «Нас спросили, доказано ли, что он виновен. Не доказано». Значит, присяжные делают различия. Доказана вина, наличествует вина? Вот где объективная истина.

Теперь давайте посмотрим, что думают наши судьи. Например, установка председателя Мосгорсуда: «Если суду предъявлен только протокол, то мы верим документу. Когда слово милиционера против слова гражданина, мы верим милиционеру. Мы говорим: если ты не виноват, то приходи и доказывай». Это опубликовано в «Российской газете», это установка для судей Москвы. Поскольку это столичный суд, он не может не оказать влияния на все остальные. Мы-то думаем: ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы (*In dubio pro reo* — **в сомнительных случаях в сторону подсудимого**), а все по-другому. Но присяжные ведут себя не так, как обычные судьи.

Теперь о пытках. Профессор Я. И. Гилинский опрашивал разных людей и выяснил, что примерно 4% обычных граждан подвергалось пыткам, а если говорить о тех, кто

находится в колониях, то в разных колониях от 40 до 60% заключенных. С точки зрения присяжных, государство утрачивает право судить человека, если пытало его. Поэтому присяжные оправдывают таких людей или записывают им снисхождение.

В решении ЕСПЧ по делу «Гладышев против России» прямо сказано, что если человека подвергали жестокому или унижительному обращению, то принятие доказательства, полученного в результате такого воздействия, даже если это доказательство не имело решающего значения, ставит справедливость правосудия под сомнения. Получается, наши присяжные больше европейцы, чем наши судьи.

Отношение к защите, адвокату. Совершенно явное преступление, убийство. Присяжные записывают снисхождение. Почему? Они говорят: плохой адвокат у него был, пассивный. Верховный суд на это отвечает: адвокату нельзя сомневаться в объективности следствия, адвокату нельзя порочить свидетелей обвинения, адвокату нельзя ставить под сомнение доказательства, признанные судом допустимыми.

Ставропольский край, оправдан некий господин Типикин. Верховный Суд отменяет оправдательный приговор. Какие основания? После оглашения судом протокола осмотра места происшествия адвокат дал субъективный комментарий, свою интерпретацию детального снимка следов с целью навязывания своего мнения, чтобы изменить «объективное» отношение присяжных заседателей. (Суд уже знает, в чем объективное отношение присяжных заседателей!) Кроме того, адвокат делал попытки дать свою субъективную оценку представленным доказательствам, ставя их под сомнение. Зачем адвокат, интересно, приходит в процесс, не для этого ли? Нет, для этого.

При таких обстоятельствах судебная коллегия считает, что своими действиями адвокат оказал влияние на формирование мнения присяжных заседателей. Даже не написано «оказал незаконное влияние», просто оказал влияние. Поэтому приговор не может быть признан законным, он подлежит отмене. Отменили, направили, осудили, все, как положено.

У меня в руках проект постановления Пленума Верховного Суда. Он называется «Применение судами законодательства, обеспечивающего обвиняемому права на защиту». Если адвокат затягивает процесс, то суд вправе по этому постановлению назначить независимо от мнения обвиняемого адвоката, который не будет затягивать процесс. Еще суд будет определять, хорошо ли работает адвокат: «Если защитник в судебном разбирательстве выполняет свои процессуальные обязанности ненадлежащим образом, вопрос о его замене может разрешаться судом без ходатайства обвиняемого».

Практически то же самое можно прочесть в «Молоте ведьм» (XVI век), где два монаха, Шпренгер и Инститорис, наставляли инквизиторов, как им вести дела: «Судья обязан прекращать возникающие во время суда излишние словопрения, пререкания защитников и вызывание излишних свидетелей. Защитник назначается не по указанию обвиняемого. Пусть судья остерегается такого защитника, ведь подобный адвокат может быть охоч к словопрениям и злонамерен. Пусть судья назначит защитником честного человека, относительно лояльности которого не возникает никаких сомнений».

В Чечне в октябре 2014 года адвокат обвиняемого Кутаева заявил, что обвиняемого пытали, представил снимки синяков. На адвоката Верховный Суд Чеченской республики направил Следственному комитету частное определение — возбудить уголовное дело против него и чтобы против него адвокатская палата устроила дисциплинарное преследование. И опять же Шпренгер и Инститорис: «Судья увещевает в конце, чтобы этой защитой адвокат не навлек на себя обвинение в покровительстве еретикам, в противном случае ему грозит отлучение».

Сейчас в России мы видим ликвидацию суда присяжных. Достаточно сказать, что в 1999 г., когда суд присяжных был лишь в девяти регионах России, перед ним предстало 880 человек, а в первом полугодии 2014 г. — 433 человека. Количество регионов, где работают присяжные, увеличилось на порядок, а количество рассмотренных дел такое же. Количество составов преступлений, подсудным присяжным, в 1999 году было 47, а сейчас — 23. Наконец, Президент Российской Федерации говорит: «Давайте расширим компетенцию суда присяжных». Верховный Суд Российской Федерации на это отвечает, чтобы судья совещался вместе с присяжными, и чтобы их было по 7 в областных судах и по 5 в районных судах.

Вот пишет Конституционный Суд: «Судопроизводство с участием присяжных заседателей, в котором не профессиональный судья, а коллегия присяжных самостоятельно принимает решение по вопросу о виновности, имеет особую конституционно-правовую значимость». А какую конституционно-правовую значимость имеют невиданные для России составы суда, которые предлагает Верховный Суд? Никакой это не суд присяжных. Кроме того, присяжные профессионализируются принудительно. Это переход к системе народных заседателей, которые были, по сути, членами трудового коллектива судов.

Еще римляне говорили: «Пусть консулы будут бдительны». Защитить суд присяжных — наше кровное дело».

Е. Ходжаева, сотрудник Института проблем правоприменения, в своем выступлении рассказала об исследовании российского адвокатского сообщества, проведенном совместно Институтом анализа предприятий и рынков, Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» и Институтом проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге при организационной поддержке Федеральной палаты адвокатов и региональных палат.

Мы опросили больше 3300 человек. Выборка — 3317 человек, 4,7% от действующей генеральной совокупности, если под ней понимать все адвокатское сообщество. Но сам ход сбора данных и пилотный опрос показали, что практически вся генеральная совокупность адвокатского сообщества России — это недостижимое явление. Даже региональные палаты, как показало наше пилотное исследование летом 2014 г., могут охватить максимум четверть сообщества, то организационное ядро в регионе, которое так или иначе координируется региональной палатой. В качестве генеральной совокупности мы для себя представляли именно это организационное ядро, которое включает профессиональный круг практикующих адвокатов, находящихся под организационным влиянием палат. Опрос был проведен в 35 регионах страны, в 33 из них он был проведен силами палат. В двух регионах — Москва и Ленинградская область — возврат анкет показал, что в опросе приняли участие только те, кто так или иначе находится под воздействием региональной палаты.

Обычно у адвокатов негативный имидж, дескать, в адвокаты в регионах идут неуспешные юристы, которые не могут устроиться в госорганы. Наше исследование показало, что образовательный уровень частично подтверждает этот момент. 22% адвокатов, которые были опрошены, первое образование имеют не юридическое. Они пришли в юриспруденцию, получив другое образование, большинство — гуманитарное. Чуть больше половины учились в классических университетах своих регионов. По дневной форме училось чуть меньше половины адвокатского сообщества, а почти 40% получили образование заочно.

Мы часто сталкиваемся с представлением о том, что адвокатское сообщество рекрутировано зачастую за счет работников следственных органов и прокуратуры. Наше ис-

следование позволяет более-менее репрезентативно ответить на вопрос, сколько таких адвокатов. 31% имеет опыт работы в обвинении, 25% пришли в адвокатуру самостоятельно после вуза или из другой профессии, 7% — бывшие работники судов, в первую очередь, аппаратов судов. Судей в отставке среди адвокатов очень мало. 28% адвокатского сообщества не имеет опыта работы на стороне обвинения. Они пришли в адвокатуру из бизнеса или из юридических фирм.

Есть адвокаты, которые специализируются только на арбитраже или на уголовном процессе, но в нашем исследовании узких специалистов, у которых 100% дел было — это определенный тип процесса, было очень мало. 38,7% приходится на тех адвокатов, у которых доля дел в их общей нагрузке составляет больше 60%, высокая специализация на гражданском процессе — чуть больше трети адвокатов, а все остальные так или иначе сочетают разные виды дел.

Сами адвокаты считают, что спрос на их услуги за последние 5 лет уменьшился (41% опрошенных). В два раза меньше людей указали, что спрос на их услуги вырос. Падение спроса чаще отмечается в крупных густонаселенных регионах, где большая доля представленности адвокатов. Те адвокаты, которые работают в адвокатских кабинетах, ведут индивидуальную предпринимательскую деятельность, более положительно оценивают спрос, чем в целом по выборке. Те адвокаты, которые часто выезжают за пределы своего региона, которых приглашают в другие регионы, также оценивают спрос как растущий по сравнению с теми, кто никогда не выезжает из своего региона для ведения дел. На характеристику спроса влияет индивидуальная клиентская база, разработанная адвокатом. Те, у которых клиенты по большей части — постоянный круг лиц, более положительно оценивают динамику спроса на свою работу.

Самые востребованные адвокаты (18%) в большей степени участвуют в органах адвокатского самоуправления. Самые неуспешные, невостребованные адвокаты составляют 14%, среди них больше женщин и пожилых. Кроме того, специализация на уголовном процессе существенно связана с уровнем востребованности адвоката. Наиболее востребованы 18%, из них специализируется на уголовном процессе только каждый пятый. Почти половина из этих 18% так или иначе участвует преимущественно в гражданских делах, в то время как наименее востребованные адвокаты (14%), в 62% случаев специализируются только на уголовном судопроизводстве. Это свидетельствует о том, что практика работы в уголовном судопроизводстве, монополией на которое наслаждается адвокатское сообщество, является вынужденной специализацией.

Основная гипотеза нашего исследования состояла в том, что сегодня назрела необходимость в адекватной экспертной оценке правоохранительной и судебной системы. МВД использует различные системы оценки со стороны населения, однако, эти системы недостаточно востребованы даже внутри МВД. Мы хотели протестировать возможность адвокатуры как инструмента для мониторинга правоохранительной и судебной систем, потому что адвокаты сталкиваются с этими органами постоянно в своей работе. Наши респонденты достаточно критично отнеслись к деятельности судов, прокуратуры, сотрудников Следственного комитета и МВД. Суды и прокуратура реже обвиняются в частых нарушениях прав подзащитных, а сотрудники МВД — как следователи, так и оперативные работники — в 1/3 случаев нарушают права подзащитных. Однако 10% адвокатов считают, что нарушений в их регионе относительно прав подзащитных нет.

Исследование показало, что адвокатское сообщество неоднородно как по профессиональным характеристикам, способу получения юридического образования, каналу рекрутинга в профессию, нагрузке, мобильности, уровню заработка, так и по этическим

установкам. Всегда есть небольшая группа адвокатов, которая «наслаждается» своим особо успешным с финансовой точки зрения статусом (18% от выборки). Наше исследование показало, что 83,5% опрошенных так или иначе положительно относятся к идее расширения права на судебное представительство только для адвокатской корпорации.

Наше исследование показало, что независимость адвокатуры определяется интересом и поддержкой со стороны бизнеса. Те 18% адвокатов, которые называются нами наиболее успешными и востребованными, больше участвуют в арбитражных делах, их больше задействуют в бизнесе для представления своих интересов.

В исследовании участвовали только адвокаты с действующим статусом. Мы тоже задавали вопрос **pro bono (бесплатная юридическая помощь)**. **50% указывали, что работали и продолжают работать pro bono.** Чаще всего под pro bono понимаются просто консультации друзьям и знакомым. Еще 48% принимают участие в бесплатной юридической субсидируемой помощи. Многие адвокаты, если речь идет о консультации, даже не оформляют это для оплаты, воспринимая такую практику как pro bono. Работа по назначению в меньшей степени воспринимается как pro bono, потому что она чаще всего оплачиваема государством».

Т. Г. Морцакова, профессор, заведующая кафедры судебной власти НИУ ВШЭ, судья Конституционного Суда РФ в отставке, д.ю.н., в выступлении отметила, что «правоприменение, которое ориентируется на верховенство права, т.е. являет собою область, где право востребуется как практический механизм, должно избегать произвола и дискриминации. Безусловно, справедливое судебное решение, приобретающее ту силу, которая делает из него *res judicata*, должно быть основано на общих правовых принципах. Но решение конкретного суда по конкретному делу может вскрыть такие нюансы в проблеме (не только при установлении фактов и их правовой оценке судом, но и в самом праве), которые законодатель, даже очень хороший и пытающийся всю объективную реальность отразить в норме, не в состоянии учесть, потому что норма всегда абстрактна. Даже язык, которым она выражается, может быть не однозначен, поэтому норма требует толкования.

Толкование норм права должно быть единообразным, но нужно иметь в судебной системе механизм, который может поправить ошибочное толкование нормы права. Такой механизм в судебной системе состоит в том, что суд, каждый раз разрешая конкретное дело, может позволить себе отступить от того, что считается единообразной и поэтому имеющей преимущество практикой судебного толкования. Без этого элемента энтропии в судебной системе у нас не будет никаких механизмов корректировки судебной практики, в том числе и в соответствии с тем, как развивается вокруг суда правовая действительность.

Никогда нельзя сокращать мотивировку в судебных актах. Отсутствие мотивировки судебной практики давно оценивается адвокатским сообществом (и это частично подтверждено Конституционным Судом) как нарушение профессиональных прав адвокатов, их права свободного выбора адвокатской профессии.

В научный оборот сегодня было введено понятие «мобилизация права». Оно очень образно и немного пугает милитаристским оттенком. Да, государство более активно мобилизует применение правовых норм. В основном оно более активно мобилизует применение правовых норм, которые позволяют привлекать к ответственности. Государство очень активно мобилизует право независимо от того, является ли то, что оно мобилизует, по содержанию правом или нет. Государство зачастую мобилизует применение неправа через применение дурного закона, в том числе при помощи судов, кото-

рые через все судебные инстанции снизу доверху иногда настаивают на применении неправового закона вместо того, чтобы задуматься о том, что его давно нужно если не изменить через законодателя, то изменить его толкование через судебную практику. Этот аспект чрезвычайно важен для того, чтобы мы осознали значение гражданского общества и каждого его члена как субъекта для мобилизации подлинного права.

С одной стороны, мы не можем согласиться с требованием, исходящим из недр Следственного комитета, что нужно вернуться к принципу объективной истины в уголовном процессе, с другой, мы не можем согласиться с пассивностью судов, которые не хотят следовать правовым принципам, а хотят следовать только букве закона. Необходимо подчеркнуть значение активной роли суда не в установлении фактов и даже не в том, что они берут на себя роль фильтра, который может иметь большие или маленькие дырочки для того, чтобы большую массу дел пропустить в суд, обеспечивая доступ к нему или, наоборот, это ограничить. Активная роль суда, которая давно востребована в нашем обществе, заключается в том, что суд должен быть интерпретатором правовых принципов при применении любых норм или при отказе в их применении.

Неисполнение решений судов (в том числе Конституционного Суда) является результатом отсутствия механизма реализации провозглашенной в законе ответственности за неисполнение судебных актов, отсутствия правоприменительного механизма. Ни один прокурор и ни один следователь никогда не пошел и не возбудил против какого-либо должностного лица уголовное или административное дело, связанное с тем, что это должностное лицо не исполнило решение суда. Для того, чтобы заработал этот механизм, который знают и уголовно-правовые, и административно-правовые нормы, нужна реформа механизмов принятия решений, в том числе и в сфере привлечения к ответственности. Один из таких очень существенных институтов сейчас активно обсуждается, и, наряду с судом присяжных, тоже встречают отрицательную реакцию Верховного суда РФ. Это проект об институте следственного судьи.

В докладе Санкт-Петербургского Института проблем правоприменения приводилось, что ст. 125 УПК РФ, которая предусматривает, что суд может проверять все решения, которые обжалуются в ходе проведения расследования, является причиной существенной массы отказных определений Конституционного Суда. Однако что Конституционный Суд Российской Федерации может сказать по поводу ст. 125, если она просто предусматривает, что суд должен по жалобам граждан проверить, нарушены ли были этой статьей права, которые, обращаясь к Конституционному Суду, участник уголовного процесса хотел бы защитить? Ничего КС РФ не может сказать. Статья 125 посвящена ровно тому, что в суд можно пожаловаться, и суд должен принять решение. Но по ст. 125 статье действует тот самый суд, который в дальнейшем будет это дело рассматривать. Он знает, что он не уйдет от необходимости одобрительно отнестись к обвинительному заключению, потому что с точки зрения «независимого» положения суда он совершенно не защищен, ему не обеспечена никакая независимость и самостоятельность по отношению к органам, ведущим уголовное преследование.

Верховный суд имеет, конечно, правотворческие функции, но только это не те правотворческие функции, которые имеет законодатель. Верховный Суд правотворец потому, что он творит право для каждого дела, принимая решение по этому делу исходя не из буквы закона, а именно из того, что он руководствуется правовыми принципами.

Необходимо представлять себе хотя бы примерный набор того, что подпадает под определение «профессионализация суда присяжных», потому что на самом деле все, что подпадает под это, является неправовыми методами. Профессионализация происходит

в силу того, что навязывается этому институту другими правоприменителями, которых суд присяжных по существу устроить не может, потому что суд присяжных — это критика всех других правоприменителей, действующих как на досудебных стадиях процесса, так и в самом суде.

Что же может попадать под эту профессионализацию? Одна из ее форм — это фигура постоянного профессионального присяжного, который вместо попадания в списки присяжных на основе случайного отбора становится каким-то «своим» присяжным в суде. И это только одна форма, а сколько есть других! В суде присяжных, на скамье присяжных — и это доказывают многие уголовные дела — мы видим людей, которые так или иначе связаны с силовыми структурами! Если в 12 присяжных мы находим таких пять-шесть человек, то это лишает присяжного его независимости. В юридической литературе у нас давно уже разрабатываются и защищаются такие теории, как оперативное сопровождение суда присяжных, — и это еще одна форма «профессионализации» суда присяжных.

Нельзя утверждать, что суд присяжных более привержен презумпции невиновности, чем суд профессионалов. Но, конечно, спрос на право в институте суда присяжных проявляется очень ярко, и это демонстрируют нам случаи оправдания людей в суде присяжных, когда суд присяжных, не соглашаясь с тем, что доказана виновность, голосует фактически оправдательным вердиктом не за что-то, а против чего-то. Против несправедливости закона, против немудрости законодателя, произвола правоприменителей. Это то, что позволяет суду присяжных быть очень серьезным инструментом гражданского общества, сигнализирующим власти о том, что не все хорошо в «датском королевстве». Другого способа у суда присяжных, кроме как проголосовать за оправдательный вердикт, нет, а надеяться на то, что каким-то другим образом на это прореагируют субъекты активного избирательного права, он тоже не может».

Составитель обзора: *И.В. Гетьман-Павлова*
доцент кафедры международного частного права Национального
исследовательского университета «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация,
Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru

Demand (Need) for Law: Factors and Vital Forces Overview (materials) of Round Table



Abstract

Annual April Conference held place on April 8 to 10, 2015 at National Research University Higher School of Economics. Its integral part was a plenary discussion under title Demand for Law: Factors and Vital Forces. There were debates about ways and means of ensuring balance between needs of society and legal norms, about clearing these needs and its translating on legal language. It was ragreed that sociology of law and political analysis play important rope in solution of there issues. During discussions were spoken out theotetical ideas and presented results of sociological exploration of demand for law.



Keywords

law, society, sociology, economics, needs, demand

Изменения в «Общие положения об обязательствах» ГК РФ

Обзор обсуждения на факультете права НИУ ВШЭ



Аннотация

23 мая на факультете права НИУ ВШЭ состоялось обсуждение изменений в Гражданском кодексе РФ, которые должны вступить в силу с 1 июня 2015 г. В обсуждении принимали участие профессор и преподаватели Кафедры гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ — Э.П. Гаврилов, А.А. Иванов, М.В. Кротов, К.А. Новиков, а также преподаватели других кафедр и студенты факультета права. Обсуждались в основном общие положения об обязательствах — понятие обязательства, принципы исполнения обязательств, ответственность за неисполнение обязательств, способы обеспечения исполнения обязательств, а также прекращение обязательств. Обсуждение преследовало цель не только прокомментировать изменения Гражданского кодекса РФ в догматическом ключе, но оценить их в историческом контексте, понять их логику и смысл.



Ключевые слова

Гражданское право, Гражданский кодекс, обязательство, исполнение обязательств, обеспечение, ответственность.

Выступление М.В. Кротова, профессора кафедры гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ, ведущего эксперта Института образования: «Изменения, которые внесены в *понятие обязательства*, на мой взгляд, представляют собой некую смесь между учебником и нормативным актом. Изначально предлагалось исправить определение обязательства, подчеркнув его имущественное содержание и, в связи с этим, дополнить те виды действий, которые совершаются при исполнении обязательства, ссылками на оказание услуг и внесение вклада в совместную деятельность. Но при этом предлагалось устранить то, что содержанием обязательства быть не может, — исключить из содержания обязательства воздержание от совершения определенного действия, если оно не сопровождается других, положительных, действий.

В результате мы только расширили количество действий, которые могут быть совершены должником: по обязательству может быть передано имущество, выполнена работа, уплачены деньги, оказаны услуги, внесен вклад в совместную деятельность, как стало теперь, но при этом осталось и воздержание от определенного действия. То, к чему стремились, что хотели подчеркнуть, опять осталось незавершенным. Сохраняется прежний подход, когда под обязательства пытаются подвести любые относительные гражданские правоотношения и применять к ним общую часть обязательственного права. Любые относительные правоотношения, с точки зрения данного подхода, являются обязательствами. Иной подход подчеркнуть не удалось.

Термин «обязательство» в ГК используется не всегда в случаях, когда речь идет именно о гражданском правоотношении. Очень часто данный термин используется в контексте понятия юридической обязанности. Более того, на ряд отношений, которые

хотя и называются традиционно обязательствами, общая часть обязательственного права никогда не распространялась, например, на деликтные отношения. При разработке поправок к ГК было предложено устранить этот недочет, сказав о том, что общая часть действительно не подлежит применению. Однако все сделано с точностью до наоборот — введена новая статья, где говорится, что к обязательствам вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено правилами глав 59 и 60 или не вытекает из существа соответствующих отношений.

Изначально иное вытекает именно из существа отношений. Ни правила о перемене лиц, ни способы прекращения обязательств к отношениям из причинения вреда практически не применимы. Однако теперь лишний раз подчеркивается, что все относительные отношения являются обязательствами. Кроме того, правила об обязательствах распространены и на корпоративные отношения. В ГК ввели понятие корпоративных отношений, подчеркнув, что они отличаются от обязательств, и тут же добавили, что к корпоративным отношениям применяется общие положения об обязательствах. Из подобной трактовки можно сделать однозначный вывод: все относительные гражданские правоотношения есть обязательства. На мой взгляд, ничего хорошего из этого не выйдет, потому что дальше мы будем сталкиваться с попытками применения общей части обязательственного права к корпоративным отношениям.

Кроме того, правила об обязательствах предлагается применять еще и к последствиям недействительности сделки. Если подразумевалось обязательство, возникающее из сделки, то тогда спору нет. Но в данном случае сделка и обязательство — разные понятия. Сделка — юридический факт, обязательство — гражданское правоотношение. Применять общие положения об обязательствах к последствиям недействительности юридического факта, на мой взгляд, не совсем корректно.

В ст. 307 ГК «Понятие обязательства» добавлен п. 3, в котором закреплены три дополнительных принципа исполнения обязательства. Во-первых, при исполнении обязательства стороны обязаны действовать добросовестно. Иными словами, принцип добросовестности как общий принцип гражданского оборота специально распространен на обязательства. Во-вторых, это принцип оказания сторонами друг другу необходимого содействия для достижения цели обязательства. В-третьих, это принцип информационного содействия, когда стороны предоставляют друг другу необходимую для исполнения обязательства информацию.

Применительно к *сторонам обязательства* содержательных изменений законодатель не внес, хотя значительно увеличил размер соответствующих положений. Во-первых, в ГК внесено понятие альтернативного обязательства. Зачем это потребовалось, непонятно, ведь никаких проблем на практике отсутствие в ГК данного понятия не порождало. Во-вторых, появилось понятие факультативного обязательства, которым признается обязательство, когда должнику предоставлено право заменить основное исполнение заранее предусмотренным факультативным. Если должник осуществляет свое право на замену исполнения, кредитор обязан его принять.

В-третьих, появилась отдельная статья о защите прав кредитора по обязательству. Она направлена на обеспечение принципа реального исполнения: в случае неисполнения должником обязательства кредитор вправе требовать по суду исполнения обязательства в натуре. Это подчеркивает, что основная задача обязательства — не получение денег, а то действие, которое обязан совершить должник. Если есть риск, что должник не исполнит обязательство, то суд по требованию кредитора вправе присудить в его

пользу денежную сумму на случай неисполнения судебного акта в размере, определяемом судом на основе принципов справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения.

Фактически данная норма представляет собой то, что в западных правовых порядках наказывается штрафом за неуважение к суду. Теперь суду предоставлена возможность присудить дополнительную денежную компенсацию за неисполнение обязательства в натуре. Но изначально в ГК принудительное исполнение обязательства в натуре было предусмотрено только для одного вида требований: об обязанности передать индивидуально-определенную вещь. Такую вещь можно отобрать без участия должника. Во всех остальных случаях суд может только требовать от должника совершения им действий, которые он должен совершить он сам. Введенная дополнительная мера защиты мало чем отличается от неустойки, разве что размер неустойки должен быть определен сторонами заранее.

Однако это не ответственность, а, скорее, юрисдикционный штраф в пользу кредитора, не имеющий отношения к гражданскому праву. Замены исполнения не происходит, платеж не освобождает от исполнения. На мой взгляд, подобного рода дополнительная защита кредитора не улучшает ситуацию. Баланс способов понуждения должника к реальному исполнению был достаточно выверен. Мы слишком расширяем границы судебного усмотрения, ведь присуждаемые суммы будут зависеть, в конечном счете, от пожелания судьи, несмотря на принципы справедливости, соразмерности и недопустимости извлечения выгоды из незаконного или недобросовестного поведения.

В-четвертых, урегулированы соглашения между кредиторами о порядке удовлетворения их требований по однородным обязательствам к должнику, причем такими соглашениями можно изменить очередность и (или) размер удовлетворения таких требований. Пропорциональность удовлетворения требований тем самым может быть нарушена: один может получить все или один получает большую часть, а остальные — что останется и т.д. Для чего это нужно было вводить в ГК, непонятно. Одни кредиторы, обладающие влиянием на других кредиторов, получают преимущества. Как соглашение между кредиторами будет соотноситься с нормами о банкротстве или с правилами о приоритетной защите отдельных кредиторов, например, по алиментным обязательствам или по требованиям о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью? Исключений для них законодатель почему-то не делает.

Самое любопытное, что соглашение между кредиторами не создает обязанностей для других кредиторов и для самого должника, т.е. на процесс исполнения обязанностей подобное соглашение никак не влияет. Должник вправе исполнить обязательство любому кредитору, поэтому наличие такого соглашения, должника ни к чему не обязывает. А вот кредиторы будут между собой разбираться, причем им придется делать это независимо от того, было ли заключено обсуждаемое соглашение. Возникает также вопрос, что делать с соглашением кредиторов при недостаточности у должника средств для исполнения? Закон молчит.

В итоге в нашем законодательстве появились соглашения, меняющие императивные указания законодательства. Это касается и корпоративных соглашений, и данных соглашений. Подобного рода соглашения вредны для оборота. Вы можете изменить договор, но не заключать отдельное соглашение подобного рода между кредиторами, которое может быть закрытым и т.д.

Кроме того, законодатель нам предписал еще такое понятие, как расходы на исполнение обязательств. Понятно, что тот, кто исполняет, тот и несет расходы. Должник не-

сет расходы по исполнению, если иное не предусмотрено правовыми актами, договором либо не вытекает из существа обязательства и других обычно применяемых требований. В принципе, это традиционная норма. Для чего ее потребовалось включить в ГК? Она не вызывала проблем ни на практике, ни в доктрине.

Надлежащее исполнение обязательств. Специальная норма посвящена недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств. Если в п. 1 ст. 410 провозглашается, что односторонний отказ не допускается, за исключением случаев, прямо предусмотренных ГК, иными законами или другими правовыми актами, то применительно к участникам предпринимательской деятельности закреплено иное правило. Если исполнение связано с осуществлением предпринимательской деятельности не всеми сторонами, право на одностороннее изменение условий или на отказ от исполнения обязательства может быть предоставлено договором лишь стороне, не осуществляющей предпринимательской деятельности, за исключением случаев, предусмотренных законом или иным правовым актом. Опять чисто диспозитивная норма, которую, к тому же, можно было бы вывести путем толкования прежней нормы.

Действительно новым является то, что предусмотренное право на односторонний отказ может быть обусловлено по соглашению сторон необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства. По большому счету, эта норма ничем не отличается от отступного. Односторонний отказ с выплатой денежной суммы точно так же прекращает обязательство.

На мой взгляд, излишнее внимание уделено понятию исполнению обязательства надлежащему лицу. Речь идет о ситуациях, когда представитель кредитора действует на основании полномочий, содержащихся в документе, который совершен в простой письменной форме. Должник вправе не предоставлять исполнения, пока не получит подтверждения о полномочиях от представляемого, в частности, до предъявления доверенности, удостоверенной нотариально. Это правило непонятно, ведь кредитор обязан принять исполнение от третьего лица, даже если на него не возложено исполнение. Откуда у такого третьего лица возьмется нотариально удостоверенная доверенность кредитора?

Если должник не возлагал исполнение обязательства на третье лицо, кредитор в любом случае обязан принять исполнение, когда допущена просрочка исполнения денежного обязательства либо третье лицо подвергается опасности утратить свое имущество на имущество должника вследствие обращения взыскания на это имущество. Это разумные исключения.

Законодатель решил дописать, что если третье лицо все-таки исполнило обязанность, не являющуюся денежной, то оно несет перед кредитором установленную для данного обязательства ответственность за недостаток исполнения вместо должника. С одной стороны, правило разумно. Кто исполнял, тот за недостатки и должен отвечать. С другой стороны, как быть, если не было возложения исполнения на третье лицо? Может ли потом третье лицо в порядке регресса обратиться к должнику, если, например, последний тоже что-то нарушил? Думаю, на практике это придется уточнить.

Несколько изменилась норма о сроке исполнения обязательства. Исчезло правило об исполнении в разумный срок, если последний не определен. При заявлении кредитором требования об исполнении сразу течет 7-дневный срок, если не предусмотрен иной срок. Правило о разумном сроке сохранилось лишь для случаев, когда кредитор не предъявляет требования об исполнении. Тогда должник вправе потребовать от кредитора принять исполнение. Здесь могут возникнуть проблемы, особенно в отношении неденежных обяза-

тельств. Если кредитор специально оговаривал, что его интересует исполнение именно в момент востребования, то как его понудить принять исполнение ранее?

Изменился и подход законодателя к суммам, выплачиваемым как проценты по денежному обязательству. Теперь прямо закреплено, что речь идет о ставке рефинансирования Банка России, действовавшей в соответствующие периоды, т.е. установлены законные проценты и запрещается начисление процентов на проценты. Ставка рефинансирования — это ставка, по которой Центральный банк РФ выдает кредиты коммерческим банкам. Но по этой ставке ни один участник гражданского оборота, кроме банка, кредит получить не может! В принципе, это уже заниженная ставка. К тому же она не учитывает иные расходы по кредиту. Теперь законодатель зафиксировал эту ставку впрямую. Что произойдет, если ЦБ перестанет ее официально котировать, неясно.

Вторая проблема со ставками возникает применительно к увеличению сумм, выплачиваемых на содержание гражданина. Суммы, выплачиваемые на содержание гражданина, подлежат увеличению пропорционально установленной в соответствии с законом величине прожиточного минимума. Однако на федеральном уровне эта величина не устанавливается, а является расчетной. Для каждого региона она своя. В ГК нужно было найти какой-то более-менее стабильный показатель, который будет изменяться в зависимости от уровня инфляции.

В целом обновленные главы 21 и 22 не улучшили ГК. На мой взгляд, здесь нужно было четко провести понимание обязательства как одного из видов относительных гражданских правоотношений. В итоге ГК украсили всякого рода «бантиками», которые рассчитаны на учебник, а не на кодекс. Но с точки зрения нормативности и практики применения новые норм вызывают большие сомнения.

Когда писали Концепцию реформы ГК, было некое выдержанное и логически, и идеологически понимание того, что мы вносим в закон. После того как на базе Концепции был разработан проект закона о поправках и внесен в Государственную Думу, начался процесс согласования, а потом проект был разбит на десяток отдельных проектов. В результате от Концепции ничего не осталось. На мой взгляд, было гораздо правильнее отозвать проект, потому что его цель состояла в том, чтобы закрепить то, что сложилось на практике. Однако в ходе законодательной деятельности стали формулироваться новые нормы, которые практикой еще не подтверждены, и возник дисбаланс. ГК от этого лучше не стал. Все опять можно писать заново...».

Выступление К.А. Новикова, старшего преподавателя кафедры гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ: «Новая редакция ст. 329 ГК — это единственная статья, и в прежней редакции которой содержались положения, общие для всех способов обеспечения исполнения обязательств. В действительности они таковыми не являлись в силу разнородности самих конструкций, которые были объединены при составлении кодекса в рамках главы 23 ГК. Из изменений, которые затронули ст. 329, обращают на себя внимание следующие.

Во-первых, перечень конкретных способов обеспечения исполнения обязательств дополнился новым способом, который называется «обеспечительный платеж». Банковская гарантия теперь называется независимой гарантией. Во-вторых, введена норма, которая в прежнее время была всего лишь выводима из смысла конструкции обеспечения. Она сводится к тому, что недействительность основного обязательства прекращает обязательство обеспечительное, за исключением тех случаев, когда это последнее может быть использовано для обеспечения обязанностей, связанных с недействительностью сделки, из которой должно было бы возникнуть основное обязательство. Речь идет об

обеспечении односторонней или двусторонней реституции, когда стороны недействительной сделки приступили к ее исполнению. Именно эти обязанности участников действительной сделки по возврату друг другу имущества, которое они успели передать в ходе исполнения ничтожной либо недействительной сделки, должны считаться обеспеченными соответствующим образом, даже если это не охватывалось волей участников сделки по установлению обеспечения.

Ст. 329 дополнена п. 4. Содержащееся в нем правило было выводимо доктринально и раньше. Правило сводится к тому, что прекращение основного обязательства влечет прекращение обеспечивающего обязательства. Раньше ГК говорил только о том, что недействительность основного обязательства означает также и недействительность обеспечивающего обязательства. Имелось в виду, что когда не возникло первое, не возникло и второе, и только применительно к оспоримым сделкам — если с обратной силой прекратилось первое, то так же прекратилось и второе. Теперь упомянута также ситуация, когда основное обязательство успело возникнуть, но потом было прекращено, например, исполнением.

Совсем незначительные изменения затронули такой способ обеспечения как удержание. Раньше сам институт, сама конструкция называлась удержанием имущества должника. Теперь она называется удержанием вещи. Каковы мотивы соответствующих новелл, мне не совсем понятно. Вероятно, кто-то пытался удерживать не только вещи, но и субъективные имущественные права. Как это можно сделать, исходя из того, что удерживать можно только чужое имущество, я не представляю себе. Возможно, цель новеллы состоит в том, чтобы отграничить удержание от задержки встречного исполнения и от задержки взаимного предоставления (*non adimpleti*). Тем не менее, конкретики стало больше.

Довольно массивный блок изменений затрагивает конструкцию поручительства. В ст. 361 уточнено, что договор поручительства может обеспечивать как денежные, так и неденежные обязательства. Такой вывод вряд ли является неожиданностью, потому что всем известно, что главное — принципиальная сводимость основного обязательства к деньгам. Если оно может быть выражено в деньгах, то оно может быть обеспечено любым из способов обеспечения исполнения обязательства. Я не вижу препятствий для обеспечения и неимущественных обязательств, если с их нарушением связаны имущественные требования.

Следующая новелла этой статьи связана с тем, что в ГК прямо закреплена возможность обеспечения поручительством тех обязательств, которые возникнут в будущем. Эта норма также была выводима и из прежней редакции статьи, тем не менее, законодатель предпочел прямо на ней остановиться. В п. 2 ст. 361 предусмотрена возможность возникновения отношений поручительства на основании обстоятельств, указанных в законе, т.е. без договора. Это так называемое поручительство в силу закона, законное поручительство, по аналогии с залогом, который в определенных случаях возникает на основании закона.

В п. 3 ст. 361 ГК уточнены те правила, при соблюдении которых могут считаться согласованным условия договора поручительства, описывающие то обязательство, которое поручительством планируется обеспечить. Законодатель предложил избегать избыточной технической казуистики, многословия и не стараться описать это основное обязательство более, чем просто указав на договор и на его стороны. Но, вероятно, толковать это правило нужно более широко, чем оно сейчас зафиксировано. Обязательства возникают не только из договоров, но и из других оснований, указанных в законе, например, деликтные обязательства тоже могут обеспечиваться поручительством.

Следующее изменение содержится в ст. 363. Она посвящена ответственности поручителя и вызывает у меня много вопросов. В этом пункте содержатся новые правила о со-поручительстве, о тех ситуациях, когда основное обязательство обеспечивается несколькими поручителями, которые вместе, совместно выступили поручителями по одному договору поручительства, т.е. речь идет о пассивной множественности лиц в обязательстве. В качестве общего правила установлено, что такие сопоручители отвечают перед кредитором солидарно, если при заключении договора поручительства они не условились с ним о чем-то другом. Вероятно, о том, что они будут отвечать не солидарно, а по началам о долевом исполнении. Сопоручители могут ограничить свои обязанности перед кредитором таким образом, что каждый из них будет считаться обеспечившим основное обязательство лишь в своей части. Это долевая множественность лиц на стороне должника.

Однако в этом же предложении упоминается и некое соглашение сопоручителей с кредитором, которым может быть установлено иное. Вероятно, это не сам договор поручительства, поскольку в других случаях он так и называется — договор поручительства, например, в первом предложении п. 3 ст. 363. Но что это за соглашение и почему «иные правила» не могут быть предусмотрены самим договором поручительства? Зачем заключать некое отдельное соглашение между теми же участниками? Что именно может быть предусмотрено этим отдельным соглашением? Единственное предположение, что здесь к долевой ответственности можно добавить положение о субсидиарной ответственности.

Наконец, третье предложение дублирует смысл нормы об исполнении солидарной обязанности одним из должников из ст. 325. Такой должник имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях, за вычетом доли, падающей на него самого. К долевым обязательствам эту норму не применить. В отношении них должник не должен исполнять обязательство целиком, а значит, и требовать от остальных пропорционального возмещения. Однако это предложение идет сразу вслед за вторым, в котором говорится о долевой множественности, а к ней данные правила неприменимы, что сбивает с толку.

Во втором предложении п. 3 ст. 363 ГК обращает на себя внимание оборот «сопоручители, ограничившие свою ответственность перед кредитором». Я не понимаю, что это значит. Если они установили долевую ответственность, ограничили размер своей ответственности какой-то долей, то тем самым они уже ограничили и свою ответственность суммой, за уплату которой они отвечают. Это и есть ограничение. Какое еще ограничение имеется в виду в этой фразе «ограничившие свою ответственность перед кредитором»? И эта же статья в п. 5 по сути продублировала уже известное правило о последствиях исполнения солидарной обязанности одним из должников. О том, что исполнивший общую обязанность поручитель имеет право потребовать от других своих коллег — сопоручителей соответствующего возмещения пропорционально их участию в обеспечении основного обязательства, т.е. какая-то часть такого долевого обязательства падает и на того, кто уплатил кредитор. Оставшиеся части равно либо в заранее оговоренных долях делятся между другими сопоручителями. Но такая норма содержится в ст. 325 ГК об исполнении солидарных обязательств.

Небезынтересная норма включена в п. 4 ст. 363 — поручитель может отказаться удовлетворить предъявленные к нему требования кредитора, если в момент заключения договора поручительства он рассчитывал на то, что в течение всего срока существования основного обязательства требования кредитора к должнику будут каким-то

образом обеспечены. Это правило имеет в виду будущую суброгацию того требования, которое основной кредитор имеет к должнику.

Здесь речь идет о действиях кредитора, которые привели к тому, что было утрачено обеспечение. Причем закон говорит именно об обеспечении, в то время как из логического толкования ст. 384 и 365 следует, что поручителю, который исполнил свою обязанность и удовлетворил требования кредитора, переходит право требования кредитора к должнику и только лишь одно из обеспечений, а именно — право залога.

Очевидно, что в случае с поручительством п. 1 ст. 365 рассматривается в качестве специальной нормы по отношению к ст. 384 из главы про цессию. Отсюда вывод, что поручитель может рассчитывать на то, что перешедшее к нему в порядке суброгации требование будет обеспечено исключительно лишь залогом имущества. Тем не менее, новая редакция п. 4 ст. 363 говорит не о залоге, а об обеспечении вообще, т.е. имеет в виду больший интерес поручителя.

Любопытная норма содержится в п. 2 ст. 364 ГК. Она сводится к тому, что поручитель, опять-таки, вправе отказаться исполнить требование кредитора в тех случаях, когда кредитор мог бы получить удовлетворение путем предъявления своего требования должнику к зачету. Мотивы этого правила всем понятны: сократить цепочку платежей, не тратить время, чтобы поочередно платить деньги каждому из участников соответствующих отношений.

Из знаковых норм относительно поручительства я бы еще отметил ст. 367. Она говорит о прекращении поручительства. Но фактически нормы, которые содержатся в каждом из пунктов этой статьи, оправдываются идеей, что нужно выжать из отношений поручительства максимальную пользу для кредитора. Еще ряд технических правил предусмотрен в части порядка уведомления поручителя о предъявлении требования к должнику, о механизме уведомления поручителя при исполнении должником основного обязательства и т.д. Предпоследний блок изменений посвящен институту независимой гарантии.

Независимая гарантия больше не называется банковской по той причине, что законодатель признал право выдавать такие гарантии за любой коммерческой организацией. Это и банки, и иные кредитные организации. Но также любые другие коммерческие организации. В тех случаях, когда в качестве гаранта по независимой гарантии выступит какое-либо лицо, к этим коммерческим организациям не относящееся, например, физическое лицо либо некоммерческая организация, законодатель предписывает руководствоваться правилами не о независимой гарантии, а о договоре поручительства по аналогии с вексельными реквизитами. Под независимой гарантией ГК понимает в одних случаях обязательство, которое связывает гаранта с бенефициаром, а в других случаях речь идет о письменном документе, который первоначально выдается гарантом принципалу. Дело принципала предъявить этот документ бенефициару и заявить о существовании обязательства, которое удостоверено таким документом.

В самом тексте банковской гарантии должно содержаться указание на то обязательство, исполнение которого обеспечивается ею. Уступка прав по банковской гарантии в силу прямого указания ГК допускается только с одновременной передачей тому же цессионарию прав требования и по обеспеченному гарантией обязательству. Эти два обстоятельства ставят под сомнение удачность наименования данной конструкции независимой гарантией.

Намерение обеспечить исполнение основного обязательства имеет значение при составлении гарантии, но неважно при осуществлении прав по ней. Эта независимость сохранена практически в том же виде, в каком она характеризовала банковскую гарантию.

Точно так же, как и раньше, платеж по независимой гарантии осуществляется гарантом против предоставления ему определенного перечня документов, которые должны соответствовать условиям гарантии. Причем ему так же необходимо указать, в чем именно состояло нарушение принципалом основного обязательства перед бенефициаром. Это ориентирует нас на акцессорный характер обязательств по банковской гарантии.

Однако статья о платеже по банковской гарантии, чуть-чуть модифицировавшая прежнее правило, предоставляет гаранту, который сомневается в том, что основание для осуществления платежа по независимой гарантии существует, семидневную отсрочку, в течение которой он может задерживать платеж, надеясь на то, что возникшие у него вопросы будут разъяснены. В частности, он может задать вопрос о том, действительно ли состоялось нарушение основного обязательства, которое должно было быть обеспечено независимой гарантией. Раньше ему нужно было дожидаться предъявления повторного требования со стороны бенефициара, а теперь его обязанность совершить платеж, несмотря на все еще существующие у него сомнения относительно основательности такого платежа, наступает просто по истечении семи дней с того момента, как он заявил о существующих у него сомнениях.

Поэтому можно сказать, что акцессорность независимой гарантии, ее направленность на обеспечение имеет значение в момент ее выдачи. Вероятно, следует исходить из того, что основное обязательство должно быть не просто указано в тексте гарантии, а оно должно существовать. Но эта акцессорная связь утрачивается независимой гарантией к моменту исполнения обязательств по ней, поскольку обязанность гаранта осуществить платеж по независимой гарантии после заявления ему требования бенефициара не связывается с тем, существует ли основное обязательство.

В связи с этим независимая гарантия продолжает быть весьма спорным институтом. Я бы для того, чтобы обеспечить кристальную независимость гарантии от основного обязательства, отказался от указания в ее тексте на какие-либо обязательства, которые ею планируется обеспечить. В таком виде гарантия вплотную бы подошла к той характеристике, которая ей сейчас дается большинством исследователей, видящих в ней абстрактное обязательство платить по требованию. При этом можно вообще отказаться от того, чтобы включать в главу 23 ГК соответствующий параграф о гарантиях, а разместить его в общих положениях о сделках или обязательствах, например, позаимствовав у немцев идею об абстрактном долге, который можно принимать на себя в совершенно различных целях.

Последняя новелла в главе 23 ГК посвящена новому способу обеспечения исполнения обязательства, который называется обеспечительным платежом. Суть сводится к тому, чтобы передать договорному контрагенту определенную денежную сумму, но не считать ее авансом. Юридически все выглядит таким образом: должник вручает своему контрагенту-кредитору какую-то сумму, эта сумма поступает в собственность кредитора с тем, чтобы по наступлении заранее оговоренных обстоятельств, например, в случае неисправности должника, быть засчитанной в счет исполнения соответствующего обязательства. Упрощенно речь идет о подобии залога денежных средств, и тем самым выполняется обеспечительная функция этой конструкции. Она устанавливается для того, чтобы засчитать платеж в счет какого-то обязательства, но не сразу, а когда оно превратится в притязание. Для обеспечения основного денежного долга это странно, почему бы его сразу не погасить, если есть свободные деньги? Для будущих требований это имеет смысл. Характерная особенность регулирования заключается в том, что кредитор, получивший в собственность эти деньги, поскольку речь идет о заменимых вещах, понятно, что они смешиваются с деньгами кредитора, и поэтому кредитор считается их собственником, не уплачивает своему контрагенту проценты за пользование

капиталом. В этом он тоже, наверное, видит дополнительное преимущество того, чтобы попросить должника именно о таком обеспечении.

В итоге от Концепции реформы ГК практически ничего не осталось, а во всех дефектах винят авторов Концепции, не читая и не зная, что изначально было написано в проекте ГК. Авторы все время будут вынуждены оправдываться за то, что получилось. Внесенные в ГК изменения выполнены не в самом лучшем качестве, но они будут поводом, чтобы написать новую редакцию».

Выступление Э.П. Гаврилова, профессора кафедры гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ, д.ю.н.: «В 2012 г. в Госдуму был внесен проект модернизации ГК. Этот проект был опубликован отдельной книгой. Потом этот отдельный проект модернизации ГК был разбит на 9 законов и сейчас мы обсуждаем восьмой (закон № 42, который вступает в силу с первого июня 2015 г.). Он подправляет общие положения об обязательствах. Все эти законы нам необходимы. Мы нагоняем ушедшую вперед теорию и приближаемся к Германскому гражданскому уложению. Поэтому мы должны характеризовать наш новый закон как чрезвычайно важное положительное явление.

Серьезные изменения были внесены в главу 25 ГК «Ответственность за нарушение обязательств». Статьи 393 устанавливает, что если обязательства нарушены, то нарушитель обязан возместить убытки. Но на практике убытки у нас взыскиваются очень редко. Их трудно доказать и нужно доказать очень точно. Законодатель принял меры к тому, чтобы убытки взыскивались чаще. В ст. 393 введен п. 5, который говорит, что убытки должны быть доказаны с разумной степенью достоверности. Я думаю, что это важная новелла, которая внесена в главу 25 ГК. К статье 393 добавлена ст. 393.1, которая статья касается способов определения размера убытков. Теперь разница в цене в ст. 393.1 может служить основанием для того, чтобы рассчитывать убытки. При этом если будет доказано, что размер убытков больше, то можно взыскать и больше, чем разница в цене. Это очень важная статья, которая будет иметь практическое значение.

Вторая новелла касается ст. 395 ГК. Ранее при неисполнении денежного обязательства на эти деньги автоматически начислялись проценты в размере ставки банковского рефинансирования. Сейчас эта ставка применяться не будет, а будет применяться «средняя ставка по вкладам в банк физических лиц». ЦБ РФ публикует средневзвешенные ставки. Эти ставки меньше, чем ставки рефинансирования.

Статья 395 дополнена п. 4, который подтверждает, что проценты есть диспозитивная законная неустойка. Когда нужно платить и неустойку по договору, и проценты, то проценты не взыскиваются потому, что проценты есть разновидность неустойки.

Если стороны по договору установили больший размер процентов по денежному обязательству, чем предусмотренный законом (например, 30% годовых), то суд имеет право уменьшить размер этих процентов по заявлению должника. Вопрос об уменьшении размера процентов по ст. 395 ГК — это тот же вопрос, что и об уменьшении неустойки. Проценты можно уменьшить только по заявлению должника. Что касается неустойки, то ее можно уменьшить без заявления, если речь не идет о предпринимательских отношениях. В предпринимательских отношениях обязательно необходимо заявление должника. Я считаю, что это не совсем правильно.

Наконец, в главу 25 ГК введена ст. 406.1. Это очень важная статья. Она говорит, что когда обязательства нарушены, и имеются убытки у потерпевшей стороны, то убытки подлежат взысканию. Но из-за нарушения обязательства могут быть иные потери. Эти потери тоже будут возмещаться. Какие это потери, для меня не очень ясно. Но я думаю, что ст. 406.1 будет полезна для укрепления общей теории нашего гражданского права».

Выступление А.А. Иванова, научного руководителя факультета права НИУ ВШЭ, профессора, заведующего кафедрой гражданского и предпринимательского права НИУ ВШЭ, к.ю.н.: «Всегда считалось, что стороны могут прекратить своим соглашением любое обязательство, существующее между ними, и то, что такое основание для прекращения не было предусмотрено прямо в ГК, никого не смущало. Теперь данное основание предусмотрено, но от этого ничего не изменилось.

Уточняющим является изменение статьи ГК, посвященной отступному. В принципе, судебная практика и так признала, что отступным обязательство прекращается в момент передачи отступного, а не в момент заключения соглашения об отступном. Значит, мало договориться о том, чтобы заменить исполнение отступным, надо реально это отступное предоставить, т.е. передать товар, выполнить работу, уплатить деньги и т.д. Только с этого момента обязательства прекращаются отступным.

Изменения в зачете в целом также носят уточняющий характер. Просто для законодательства о банкротстве вставили фразу, что в случаях, предусмотренных законом, допускается зачет встречного однородного требования, срок которого не наступил. Но таких случаев предусмотрено немного, а в случаях, предусмотренных договором, проблем не возникает.

Вопрос о том, является ли информативным изменение ст. 411 ГК, у меня вызывает сомнения. По-другому сформулирована недопустимость зачета вследствие истечения срока исковой давности — используется фраза «по которому истек срок исковой давности». Если это не чисто редакционное уточнение, то, видимо, оно означает изменение общего подхода. Скорее всего, имеется в виду чисто формальная ситуация, когда срок исковой давности рассчитывается без учета, что кто-то в процессе заявил о применении исковой давности. Истечение срока исковой давности рассматривается формально.

Что касается прекращения обязательства новацией, то в соответствующей статье было изъято указание на изменение порядка и способа исполнения обязательства как на квалифицирующие признаки новации. Начнем с того, что никто и никогда не понимал, что такое изменение порядка и способа исполнения обязательства. Это в ГК нигде не было расшифровано. Новация как способ прекращения обязательства со времен римского права предполагала замену одного договорного типа другим, но в римском праве это было просто, потому что там были жестко выделены договорные типы. Теперь очень сложно объяснить, имела место новация или нет, и может ли быть новация только одного обязательства, возникшего, например, из договора купли-продажи.

Когда мы меняем один договор на другой и порожденные им обязательства одно на другое, мне понятно, что такое новация. А как будет новация применяться в условиях, когда ГК исходит из простого понятия обязательства, т.е. можно новировать, в принципе, любую часть договора, но при этом оставшаяся часть остается неизменной? Теперь получается, что возможна частичная новация. Но если так понимать новацию, то как понимать п. 2 статьи 414 ГК, когда новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным? Дополнительные обязательства прекращаются, если целиком все обязательство, возникшее из договора, прекратилось. А если Вы прекратили только одну связь права и обязанности, которая вытекает из договора, а другие остались? В ГК определение обязательства дано как простое. И многие так его трактуют, к сожалению. Я всегда был за то, чтобы перейти к понятию сложного обязательства.

Прощение долга теперь в большей мере похоже на правила, которые установлены для договора дарения. Потому что фактически теперь нужно принятие прощения долга (как и принятие дара), нельзя просто простить долг без согласия другой стороны. Это очень важно, потому что иногда порождает тяжелые налоговые последствия.

Довольно подробно сформулирована статья о прекращении обязательства на основании акта органа государственной власти или органа местного самоуправления. Думаю, что здесь возникает юридическая невозможность исполнения обязательства, и при этом закреплено право требовать возмещения убытков, в том числе по правилам ст. 16, т.е. с соответствующего государственного органа. Важным является правило, согласно которому обязательства не считаются прекращенными, если издание этого акта государственного органа вызвано неправомерными действиями или бездействием самого должника. Тогда, видимо, налицо невозможность исполнения, за которую отвечает должник, и обязательство не прекращается.

Статья 431.11 ГК, как представляется, рассчитана на своеобразные ситуации, которые связаны с признанием недействительными сделок, допустим купли-продажи недвижимого имущества. Когда одновременная реституция невозможна, но стороны хотят договориться о том, как они это будут делать. Сейчас порой вот что происходит: если суд применяет правило о двусторонней реституции, то надо одному вернуть деньги, а другому — объект недвижимости. Тому, у кого находится объект недвижимости, это сделать легко, но он хочет сразу же получить деньги, которых у другой стороны нет. И дальше возникают сложности.

В правиле п. 3 ст. 431 ГК закреплены довольно жесткие оговорки. Условия соглашения о реституции не должны затрагивать интересы третьих лиц, а также не должны нарушать публичные интересы. Когда это частный вопрос двух сторон, законодатель определил порядок реституции, установив правило для оспоримых сделок и осуществления предпринимательской деятельности. Определенный стимул для предпринимателей заключать такие соглашения будет в ситуации, когда в отношении каждого из них возбуждены уголовные дела, и они тем самым рассчитывают на прекращение обоих дел.

Многие поправки, внесенные в ГК, концептуально не выдержаны. Очень много поправок было внесено благодаря Рабочей группе по созданию Международного финансового центра в Москве, которая заимствовала эти поправки из англо-саксонского права. Поэтому нельзя утверждать, что мы приближаемся к Германскому гражданскому уложению».

Составитель обзора: *И.В. Гетьман-Павлова*
доцент кафедры международного частного права Национального
исследовательского университета «Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация,
Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru

Discussion around novels in the Civil Code of Russian Federation



Abstract

On May 23, 2015 at Law Faculty of National Research University Higher School of Economics held place a discussion of changes in the Civil Code, in force since June 1. The participants of discussion included professors and lecturers of Department of Civil and Entrepreneurial Law E.P.Gavrilov, A.A. Ivanov, M.V.Krotov, K.A.Novikov, lecturers of other departments and students of the Faculty. The main subject of the debates appeared to be the newly-born legal norms regulating obligations — its principles, fulfilling, ceasing, responsibilities of sides. The public tried not only to comment changes in the Code from doctrinal positions, but also to evaluate it in the historical context, to identify its logic and sense.



Keywords

Civil law, the Civil Code, obligations, fulfilling obligations, ensuring, responsibility

Интеллектуальная собственность: между правом и политикой

(рецензия на книгу: Haunss S. Conflicts in the Knowledge Society. The Contentious Politics of Intellectual Property. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 281 p.)



И.Ю. Богдановская

профессор, заведующая научно-учебной лабораторией по информационному праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: ibogdanovskaya@hse.ru



Ключевые слова

развитие, общество знаний, политика, социальные группы, информация, право интеллектуальной собственности, патентное право.

Библиографическое описание: Богдановская И.Ю. Интеллектуальная собственность: между правом и политикой // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 225–229.

В условиях формирования общества знаний право интеллектуальной собственности приобретает особое социальное значение. Юристы разных стран спорят о том, как оно должно меняться вследствие развития информационно-коммуникационных технологий. Очевидно, что доктрина права интеллектуальной собственности, сложившаяся более столетия назад, в новых условиях должна быть пересмотрена, но в каком направлении следует направить развитие — остается дискуссионным.

Между тем в последние десятилетия стало очевидно, что пути развития права интеллектуальной собственности волнуют не только юристов, но и самые разнообразные социальные круги. Интеллектуальная собственность из правовой проблемы стала приобретать политический характер. Подтверждение тому — широкие социальные выступления в связи с законодательными новеллами в различных странах, формирование так называемых пиратских партий. В повестке саммита ведущих держав в 2011 г. вопросы права интеллектуальной собственности фигурировали перед вопросами ядерной безопасности, изменения климата и общими вопросами международного мира и развития. Политизация права интеллектуальной собственности демонстрирует, с одной стороны, широкую социализацию проблемы, а с другой — связь между тем, что общество не до конца определилось по этому вопросу, и сложностью развития законодательства в данной сфере.

Рецензируемая работа интересна российским юристам тем, что актуальные вопросы права интеллектуальной собственности рассматриваются с точки зрения интересов

групп, которые выражают основные позиции по этим вопросам, в том числе по патентному праву, программному обеспечению. В российской литературе социально-политические аспекты нормотворчества менее исследованы. Юристы имеют дело с законами, уже вступившими в силу, поэтому взаимодействие политических сил, предшествующее принятию закона и составляющее содержание законотворческого процесса, зачастую остается вне сферы их внимания.

Право традиционно выступает инструментом социальной стабильности и преемственности, тогда как политика — одно из проявлений общественного динамизма. Исследование одного и того же предмета с позиций «консервативной» юриспруденции, а затем в ракурсе «динамичной» политологии расширяет кругозор и обогащает знание о предмете.

Политические и общесоциальные аспекты права интеллектуальной собственности рассматривается в недавно изданной на английском языке монографии германского исследователя Себастьяна Хаунсса, работающего в Бременском университете. Содержание книги С. Хаунсса шире ее названия. В сущности, перед нами исследование корней, содержания и последствий межгрупповых конфликтов в информационном обществе XXI века. Данная монография интересна юристам как пример анализа нормотворческого процесса. Такой подход позволяет найти ответ на вопрос, почему ревизия права интеллектуальной собственности — процесс постепенный, по сути, пошаговый. Один из ответов на данный вопрос заключается в том, что многие заинтересованные группы до конца не сформировали своего политического интереса. Тем не менее, в политическом процессе удается выделить определенные общие тенденции

Автор ставит перед собой достаточно сложную задачу, что сказывается на структуре работы, состоящей из семи глав. «Для того, чтобы изучить современные конфликты из-за права интеллектуальной собственности, — пишет он, — необходимо понять, как эти права исторически развивались, как их применяли и как именно они легитимизированы» (с. 4). В первой главе он делает слишком широкий заход, пытаясь кратко осветить историческое развитие права интеллектуальной собственности. Во второй главе раскрываются причины политизации интеллектуальной собственности. Автор подходит к проблеме интеллектуальной собственности через комплекс социальных факторов, полагая, что современная международная система интеллектуальной собственности — продукт исторического развития, в котором государственная политика, частные интересы, рынок и другие факторы находились в тесном, зачастую противоречивом взаимодействии. Третья глава монографии целиком посвящена теоретическим аспектам конфликтов в информационном обществе. Остальная часть работы (четыре главы) содержит анализ вызовов интеллектуальной собственности с позиции теории конфликтов.

С. Хаунсс справедливо выделяет несколько центральных факторов, важных в ракурсе избранной им тематики. К ним он относит возрастающую роль индустрий, основанных на знании; интернационализацию вопросов интеллектуальной собственности; внимание, которое уделяется вопросам интеллектуальной собственности в научной и политической сферах.

Многие теоретические проблемы происхождения и утверждения информационного общества рассмотрены в рецензируемой монографии с должной полнотой и подробностью. Порой даже кажется, что их изложение чрезмерно детализировано. Вслед за политологами и футурологами, среди которых подчеркивается вклад американца Д. Белла и

Р. Нисбета, испанца М. Кастельса и француза М. Фуко, автор скрупулезно прослеживает и комментирует качественные сдвиги, произошедшие в экономике, социальной структуре и общественно-политическом развитии мировой цивилизации на рубеже двух тысячелетий. В экономических процессах центр тяжести сместился с индустриального производства и аграрного сектора к необычайно расширившейся сфере услуг, которая к тому же стала базироваться на высокотехнологичной обработке потоков информации. В социальной структуре и повседневной жизни произошла не менее заметная перемена: самыми распространенными профессиональными группами в большинстве развитых стран стали офисные служащие, ученые и преподаватели. В общественном развитии выход на институты публичной власти перестал быть негласной привилегией собственников средств производства, тогда как некогда монолитный класс городских работников физического труда разделился на автономные, не особенно похожие друг на друга социальные группы. В результате прежнюю борьбу между немногими социальными классами, которая велась вокруг собственности, сменили многочисленные межгрупповые конфликты из-за контроля над информационными потоками, в первую очередь научными и техническими.

Возросшая роль информационно-коммуникационных технологий («информационизм») предстает в изображении Хаунсса главной движущей силой общественных отношений, их демиургом. В этих вопросах рациональный подход ученого уступил место поверхностности. «Знания, информация создают способность к действию. Теоретические знания, контроль над коммуникациями и обработкой информации — вот новые источники производительности и власти. Эпоха преобладания собственности в производственном секторе и неквалифицированного физического труда заканчивается» (с. 70, 74). Традиционные государственные и общественные институты — государственный аппарат, вооруженные силы, церковь, профсоюзы и др. — оттесняются на второй план информационными сетями капитала, торговли, науки и преступного мира, и в свою очередь адаптируются к информационному обществу, трансформируясь в еще одну разновидность сетевых институтов. «Рождается новый режим — режим интеллектуальной собственности», — уверяет автор (с. 77).

По утверждению автора, главными общественными конфликтами в наше время надлежит считать конфликты между регионами и/или акторами мирового сообщества, интегрированными в сетевые информационные системы, и теми, «кто из них исключен или к ним не подключен; другими словами — между глобализованным зажиточным Севером и низкодоходным Югом». Эти положения автора не подкреплены в должной степени фактическим материалом. Названные конфликты, бесспорно, имеют место, носят острый характер, и их значение растет. Однако возводить их в абсолют ошибочно.

В то же время в более капитальных обобщениях, к которым приходит автор, обнаруживается односторонности. Построенные на положениях диалектики, они заслуживают пристального внимания и осмысления. В частности, автор приходит к следующим выводам.

Человеческое общество развивается не обязательно по линейной траектории. Происходящие в нем изменения — фрагментированный процесс, который влечет за собой многообразные, а зачастую и противоречивые последствия. Эти изменения происходят в следующих сферах: 1) экономике, 2) базе публичной власти, 3) способах и формах участия индивидуума в социуме, 4) социально-культурной жизни. Внутри каждой из сфер могут происходить множественные, зачастую противоречивые процессы.

Каждый из социальных конфликтов обязательно имеет более одной причины. Последствия социального конфликта, произошедшего в любой из областей общественного развития, обычно проявляются сразу в нескольких сферах общества (с.84, 87).

Вместе с тем трудно отделаться от впечатления, что автор применительно к проблеме, заявленной в заглавии книги, ограничивается описанием политизации интеллектуальной собственности, большей частью уделяя внимание институциональному аспекту, а также социальным группам и структурам, чьи позиции оказались наиболее четко выраженными в этой сфере. Более глубокого анализа в книге мы не обнаруживаем.

В частности, автор при описании и анализе позиций политических партий по проблемам интеллектуальной собственности сосредоточил внимание на «пиратских партиях». Действуя в Европе с 2003 г. и проповедуя радикальное ограничение прав интеллектуальной собственности, вплоть до отмены системы патентов, они добились ограниченного успеха в избирательном процессе Германии и Швеции, а также на выборах в Европейский парламент. В целом, однако, они не смогли стать заметной политической силой. Между тем С. Хаунсс дотошно пересказывает обстоятельства образования указанных партий, их манифесты и предвыборные платформы, прослеживает динамику их не особенно большого членского контингента, цитирует высказывания «пиратских» партийных деятелей (с. 186–201). Вероятно, автор испытывает к ним пристрастие.

С. Хаунсс близок к тому, чтобы солидаризироваться с «пиратами», когда он выражает сомнение в ценности охраны авторского права, в котором он усматривает попытки «приватизации знаний» и вообще что-то устаревшее, обреченное на исчезновение. «Поскольку в наше время знания могут быть свободно переданы и воспроизведены, право исключительного владения ими никогда и никем не будет достигнуто. Вряд ли право собственности на знания может быть сочтено экономически эффективным и политически желательным решением, которое поощряло бы творчество и нововведения», — пишет он (с. 226). Показательно и его благожелательное отношение к новейшим анонимным электронным изданиям типа «Википедии» (с. 228–230), составители которых, не публикующие имен авторов и не выражающие никому признательности, действуют вразрез со сложившимися в странах Запада традициями, требующими элементарной ответственности в издательском деле.

Оттенки в подходе прочих партий — парламентских и внепарламентских — без объяснений оставлены за пределами исследования. А ведь законодательные предложения, выдвигаемые парламентскими партиями и затрагивающие режим интеллектуальной собственности, зачастую вызывают споры, неминуемо сказывающиеся на результатах законотворческого процесса. Возможно, это станет объектом дальнейших исследований автора.

Подводя итоги, автор приходит к заключению, что конфликты вокруг права интеллектуальной собственности выходят за национальные рамки, что приводит к транснациональным действиям значительного масштаба. Автор подчеркивает отсутствие у них социальных, этнонациональных, регионально-географических, религиозных и других предубеждений и барьеров (с. 119, 217). Социальную базу транснациональных действий составляют специалисты в области информационных технологий, академическое и преподавательское сообщество.

Несмотря на известные недостатки, рецензируемая работа все же примечательна и важна как попытка подвергнуть системному анализу современное состояние социально-политических аспектов интеллектуальной собственности.

Intellectual Property: between Law and Politics



Irina Yu. Bogdanovskaya

Professor, Department of Theory and History of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Historical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ibogdanovskaya@hse.ru



Abstract

Review of a monograph by Haunss S. *Conflicts in the Knowledge Society. The Contentious Politics of Intellectual Property*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. 281 p.



Keywords

development, knowledge society, politics, social groups, information, intellectual property law, patent law

Citation: Bogdanovskaya I.Yu. (2015) Citizen in E-Government in the Mirror of Scholars. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 225–229 (in Russian).

Гражданин в «электронном государстве» в зеркале зарубежных аналитиков

(рецензия на книгу: Citizens and E-Government. Evaluating Policy and Management. Reddick C. (ed.). New York: Information Science Reference, 2013. 519 p.)



С.Ю. Данилов

профессор, директор Центра сравнительного права национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор исторических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: sergdanilov@yahoo.com



Ключевые слова

общество, государство, информация, институты, пользователи, государственные услуги, электронное правительство, политика.

Библиографическое описание: Данилов С.Ю. Гражданин в «электронном государстве» в зеркале зарубежных аналитиков // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 3. С. 230–235.

Человечество переживает процессы, связанные с переходом из индустриального общества в информационное. Тенденции и темпы, промежуточные итоги и долгосрочные перспективы поразительной социальной и технологической трансформации прочно занимают в науках XXI века место одного из наиболее актуальных объектов изучения. Органической составной частью информационного общества является «электронное государство» (правительство, правление). Нетрудно заметить, что преобладающая часть публикаций об информационном обществе написана специалистами в области точных и технических дисциплин — инженерии, информатики, математики, физики, экономики. Естественно, что главное их внимание приковано к разнообразным вопросам информационно-коммуникационных технологий в узком, исключительно технократическом понимании термина. Пожалуй, не так глубоко по состоянию на сегодняшний день «распахана» не менее важная и интересная проблематика изменений, которые претерпевают в формирующемся информационном обществе процессы взаимодействия граждан и институтов публичной власти. То новое, что несут с собой эти процессы, требует кропотливого анализа с позиций общественных наук. Здесь есть где развернуться гуманитариям, в том числе юристам, особенно специализирующимся в таких отраслях, как гражданское, уголовное и административное право. Содержание рецензируемой монографии, являющейся плодом реализации коллективного исследовательского проекта, подтверждает этот вывод.

Книга «Граждане и электронное государство. Политика и управление» представляет собой попытку большой группы зарубежных дипломированных специалистов различного профиля сформулировать и аргументировать сложившиеся у них взгляды на

современное состояние отношений между властвующими и управляемыми. Широко известно, что в связи с переходом человечества к информационному обществу данные отношения неизбежно претерпевают изменения, но насколько они серьезны? Не напоминают ли они «окрашивание фасада»? Сказываются ли изменения больше на государственных институтах или на гражданском обществе? Исследование обращает на себя внимание фундаментальностью подхода к проблеме и богатством точек отсчета, что всегда приносит пользу, поскольку позволяет выработать комплексный подход к проблемам. Меньшая часть участников проекта рассматривает проблемы глобально, большинство — в масштабах отдельно взятых стран или административно-территориальных единиц.

Несомненно, интересен творческо-профильный портрет многочисленного и, следовательно, по-своему репрезентативного авторского коллектива, взявшегося внести ясность в основополагающие проблемы «электронного государства». В исследовательском проекте приняли участие 54 аналитика из 11 стран четырех континентов. Ученые, ставшие участниками проекта, работают как в государствах устоявшейся демократии (Соединенных Штатах Америки, Великобритании, Австралии, Финляндии, Нидерландах, Бельгии), так и в Греции, Индии, Испании, Малайзии, Тайване. Среди авторов читатель найдет аналитиков различного профиля, в том числе политологов, экономистов, менеджеров, математиков, но более всего специалистов в области государственного управления («публичной администрации»). Они составляют самую большую группу участников проекта — 14 человек. На втором месте следуют специалисты в сфере компьютеров, информатики и математики — 13 человек, на третьем — экономисты (10 человек), на четвертом — инженеры (8 человек), за ними идут психологи (5 человек). Доля лиц с юридическим образованием наименьшая — их всего 4 человека. Преобладание в монографии философского и технического подходов к действительности закономерно отражается в терминологии, применяемой авторами. Например, многие из них под «гражданами» понимают всех жителей любой изучаемой страны. Другие исследователи предпочитают пользоваться техническим языком и говорить о пользователях, к которым они относят частных лиц, живущих в данной стране, государственных служащих, корпорации, иммигрантов, а также лиц, собирающихся прибыть в страну на жительство или же побывать в ней.

Немало авторов работает или работало «на практике» — в институтах публичной власти или в частных корпорациях (19 человек; в адвокатуре или в судах ранее не работал никто). Однако абсолютное большинство участников проекта — это «чистые» университетские преподаватели (35 человек). Задача общего редактирования книги, т.е. деликатной «модерации» спектра методологических и индивидуальных подходов выпала на долю директора департамента административных исследований Техасского университета Кристофера Реддика.

В структурном отношении монография делится на три тематических раздела, состоящих из 24 глав. Во введении к монографии подчеркивается, что все помещенные в ней материалы являются оригинальными, ранее не публиковавшимися. Первый раздел, состоящий из семи глав, назван в оглавлении работы «теоретическо-концептуальным», второй, включающий девять глав — «проблемным», третий, в котором восемь глав — «кейсовым». В третьем разделе собраны главы, авторы которых рассматривают опыт внедрения «электронного государства» в странах Юго-Восточной Азии и Тихоокеанского бассейна — Австралии, Индии, Китайской Народной Республике, Китайской республике (Тайване) и Малайзии. Но при знакомстве с книгой чувствуешь, что деле-

ние на разделы искусственно, так как проблемный подход к предмету изучения присущ большей части глав, и это весомое достоинство работы.

В абсолютном большинстве глав нет привычной нам вводной части — экскурсов в социальную теорию, идентификации понятийного аппарата и указаний на методологические посылки авторов. Уровень квалификации участников проекта и понимание между ними делают это необязательным. Практически в каждой главе нам предлагается строго конкретное и углубленное рассмотрение аспектов избранной тематики.

Ученые из Мэрилендского университета США профессора **Пол Джегер** и **Джон-Карло Берто** в главе «Кто находится в центре «электронного государства» — пользователь или само государство?» перечисляют функции «электронного государства» (сбор и хранение информации на электронных носителях, информирование граждан через официальные сайты, электронное обучение, электронное голосование, координирование работы самих государственных органов¹), не пытаясь дать ни его развернутого определения, ни обосновать его. Скупое, как об очевидном факте, упоминают они о том, что с развитием «электронного государства» у граждан существенно расширились или должны расширяться права и возможности взаимодействия с институтами власти и их должностными лицами. Затем они приводят негативно звучащую статистику. Даже на родине «компьютеризации» — в США — около половины жителей пока не имеет надежного доступа к «широкополосным» государственным электронным каналам и сайтам. 35% опрошенных американских пользователей не ожидают, что найдут нужные им сведения на сайтах государственных институтов и агентств, а 42% опрошенных не убеждены, что многочисленные сайты «электронного государства» — оптимальный источник официальной информации.

Джегер и Берто добавляют, что отношение американской общественности к государственным веб-сайтам к 2010-м годам из первоначально восторженного стало критическим еще и потому, что владельцы и провайдеры коммерческих сайтов предлагают пользователям технически более совершенные, чем у государства, и менее дорогостоящие коммуникативные услуги, облегчающие и ускоряющие доступ к необходимой информации. Многие американцы, особенно не имеющие университетского образования, в общении с институтами публичной власти по-прежнему полагаются на менее прогрессивные, зато более надежные визуальные или телефонные формы общения (с. 7, 14). Авторы главы, кроме того, признают, что в большей части стран основной поток компьютерного взаимодействия граждан с государством пока что идет «сверху вниз» (от государства — к пользователю). Они пытаются спрогнозировать события и выяснить: возможно ли сделать так, чтобы государство обращалось к рядовому пользователю чаще, чем пользователь к государству? Данному ими прогнозу присущ обоснованный скептицизм: в обозримом будущем подобного не последует, так как установление постоянного, недорогого и не представляющего для рядового пользователя затруднений электронного диалога с институтами государства требует чрезмерных расходов денег, материальных ресурсов и управленческих усилий (с. 11–13).

Ценный очерк происхождения «электронного государства» читатель найдет в главе «Пользователь как основа: дорога к эффективности электронного государства?», написанной специалистами из Гентского университета (Бельгия) **Питером Вердегемом** и **Лоренсом Заутекетом**. Они видят предпосылки рождения концепции и практики «электронного государства» не только в прогрессе информационно-коммуникационных технологий, но и в кризисе доверия к публичному сектору, имевшем место в 1970–

¹ В странах Запада они обычно именуется институтами или агентствами.

90-х годах. Резонно подчеркивается, что указанный кризис проявился в возросшей неповоротливости бюрократизированного публичного сектора, в непомерных расходах на его содержание, в неадекватных результатах его функционирования. Знаменем времени стала установка: «Эффективность, дешевизна, подотчетность и ответственность». В 1990-х годах казалось, что внедрение Интернета в публичном секторе гарантирует реализацию этих приоритетов (с. 21–24, 28).

Вердегем и Заутекет дают понять, что средство от бюрократических недугов в который раз стали слишком охотно искать на рельсах технократических новаций, обычно порождающих повышенные ожидания. Как нередко бывает, не принимались в расчет тормозящие социальные и психологические факторы — в частности, неверие граждан в результативность нового средства общения с государством, неподготовленность государственных служащих к усилению их подотчетности, недостаточный уровень компьютеризации общества в целом. Вопрос о внедрении «электронного государства» если и прорабатывался предварительно, то лишь с точки зрения институтов, но не рядового пользователя. Инстанции, выносившие решения, были уверены, что стоит открыть пользователю электронный доступ к государственным услугам, как все пойдет гладко. Уверенность во всеобъемлющем успехе не оправдалась. «Так что сегодня, — заключают бельгийские исследователи, — вопрос, оправдывает ли «электронное государство» возложенные на него многообещающие ожидания, остается крайне запутанным... Ошибочно видеть в новейших технологиях решение всех проблем». Выход из положения они усматривают в теории и в практике одновременно. Они ратуют за многостороннее изучение мотиваций и предпочтений граждан и за их обучение навыкам электронного общения с государством (с. 25, 26, 30–31).

Вслед за данной главой полезно прочитать органически дополняющие ее главы «Транспарентность и электронное государство в муниципалитетах латиноамериканских стран» (авторы — испанские аналитики **Мануэль Родригес** и **Антонио Мануэль Эрнандес** из университета Гранады и **Мария дель Кармен Перес** из университета Альмерии) и «Отношения между гражданами и государством в китайском электронном государстве» (автор — **Хиа Ли Лоллар** из Висконсинского университета США). В них на цифровом материале изучено сопротивление политико-управленческой элиты многих стран «молодой демократии» внедрению элементов «электронного государства». Проблема была исследована на примерах соотношения прозрачности и закрытости в работе муниципального самоуправления в странах Латинской Америки и Азии. В частности, было установлено, что данные об организации и функционировании муниципалитета столицы Мексики прозрачны в Интернете на 70%, в столице Чили эта цифра равна 66%, в столице Колумбии — 65%. В столице Аргентины пользователям «всемирной паутины» доступно 62% подобной информации, в столице Бразилии — только 45%, а в столице Парагвая — всего 19% (с. 166). В городах Китайской Народной Республики онлайн-овой «горячей линией» муниципалитетов довольны 100% пользователей, но в то же время 23% опрошенных пользователей разочарованы в декларированном законом праве добиваться ответа глав городской администрации на жалобы и заявления. Недовольство тем, что муниципальная администрация уклоняется от исполнения закрепленной за ней законом обязанности размещать на веб-сайтах комментарии граждан о качестве работы муниципалитетов, выражают не менее трети опрошенных граждан КНР, пользующихся Интернетом (с. 369).

Пристально исследуют восприятие и использование рядовыми гражданами информационно-коммуникативных возможностей, которые открыло перед ними «электронное государство», аналитики Национального университета Тайваня преподаватели

Дон-Юн-чен и **Куан-чью-Ценг**. Они назвали свою работу «Изучение мнений граждан о перспективах электронного государства на Тайване к 2020 году». Приводимые ими данные зафиксировали обширный спектр интересов и устремлений, которые лежат в основе обращения пользователей Интернета к каналам «электронного государства». Чаще всего граждане Тайваня делают это в поисках нужной информации (60%). 48% намереваются выразить собственное мнение (жалобы, протесты, ходатайства, предложения). 31% стремился воспользоваться услугами, предлагаемыми государством. 25% пользователей сообщили, что использует Интернет при голосовании на выборах (с. 392). По этим цифрам нетрудно судить, насколько электронные связи с государственными институтами стали для тайваньцев привычными и в каких целях они ими пользуются.

Главу «Оценки деятельности электронного государства пользователями» написали **Тонг-ю-Хуанг** и **Чунг-пин-Ли**. Из материала, собранного ими во время социологических опросов пользователей Интернета, следуют как вполне ожидаемые, так и довольно неожиданные выводы. Например, между лицами, пользующимися и не пользующимися государственными онлайн-каналами связи, почти нет разницы в степени доверия, испытываемой к государству. Более того, доверие к государству несколько выше у тех граждан, которые никогда не обращаются к государственному онлайн (44% против 42%, пользующихся таковым). «Связь между использованием различных каналов информационно-коммуникационных технологий и доверием к власти нуждается в дальнейшем изучении», — озадаченно отмечают авторы. В то же время не вызывают удивления сообщаемые ими сведения о дороговизне использования государственных электронных каналов связи в сравнении с частными коммерческими. На Тайване эта проблема столь же заметна, что и в Соединенных Штатах. Государственные онлайн-услуги доступными по их стоимости назвали 79% опрошенных тайваньских пользователей, тогда как подобные услуги в их частном, коммерческом варианте — 93% их пользователей. Предсказуемы и собранные тайваньскими аналитиками данные о разбросе мнений граждан относительно их доверия к официальной информации (но не к государству в целом). Среди лиц, пользующихся только государственным онлайн, полностью доверяет официальным сведениям 91%, т.е. подавляющее большинство, а среди пользующихся исключительно частными электронными услугами — 54% (с. 47–49).

Профессор **Рональд Парк** из Нового Юго-Восточного университета (США) в главе «Эффективность электронного государства с точки зрения его услуг» обращает внимание на общее и особенное в электронной торговле и «электронном государстве». По его оценке, то и другое стоит в равной мере считать подлинной революцией в соответствующих областях. С внедрением Интернета сначала в сферу торгово-экономических отношений и затем в институты государства перестали существовать многие привычные временные, региональные и пограничные барьеры, мешавшие коммуникациям. «Государство оказывает услуги гражданам точно так же, как электронная торговля поставляет товары им же, но в качестве потребителей», — пишет он (с. 57). «Электронная торговля» с созданными в ее рамках основными разновидностями снабжения «Бизнес — потребителю» и «Один бизнес — другому бизнесу» явилась надежной площадкой для построения модели «электронного государства». Но в «электронном государстве» вместо двухзвенной торговой модели стала функционировать более сложная модель — трехзвенная, ибо был добавлен дополнительный компонент «Государство — другому государству» (с. 58). Парк — фактически единственный участник проекта, который в своей публикации уделил значительное внимание вопросу содержания термина «электронное государство» (с. 54).

Преподаватели Техасского университета **Митчелл Миллер**, **Джордж Хиггинс** и со-трудница Луисвилльского университета **Кристина Лопес** являются авторами главы «Роль электронного государства в противодействии компьютерным преступлениям (киберпреступлениям) и в их предупреждении». Указанные исследователи с понятной тревогой констатируют постоянный рост количества преступлений, совершаемых в электронном пространстве. Если в 2000 г. Федеральным бюро юридической помощи США было зарегистрировано «всего» 16838 таких преступлений, то в 2008 г. — 275284. О том, что этот феномен имеет глобальный масштаб, в главе не говорится. Финансовые убытки, причиненные «компьютерными преступниками» пользователям Интернета — физическим и юридическим лицам в США — на том же отрезке времени возросли с менее чем 20000 долл. до 275000 долл. Тенденция к снижению их количества была отмечена на протяжении весьма короткого периода 2006–2007 гг.

Конечно, три указанных американских аналитика далеки от мысли подозревать государственные институты собственной страны в соучастии в киберпреступлениях или же в потворстве им. Они добросовестно перечисляют меры, предпринятые против компьютерной преступности в XXI веке на национальном и международном уровнях. Но вместе с тем авторы вынуждены резюмировать, что «информационные технологии прогрессируют быстрее, чем органы правопорядка успевают ознакомиться с поступившим сверху очередным предписанием «быть на шаг впереди компьютерных преступников»» (с. 224–226).

Предлагают авторы и рецепты противодействия киберпреступности. Среди них фигурируют кооперирование контрдействий государственного и частного сектора, расширение доступа к информации о системах безопасности сетей и пользователей, оказание помощи жертвам компьютерных преступников (с. 231). Правда, степень осуществимости и действенности подобных мер в главе не рассматривается.

Подводя итоги, отметим, что работа насыщена таблицами, графиками и схемами, снабжена обширной библиографией и предметно-тематическим указателем. Толкование, которое авторы придают терминологии, дано списком в конце каждой главы. Вместе с тем вызывает сожаление отсутствие в капитальном издании именного указателя, который был бы тоже полезен читателям в работе с монографией.

Citizen in E-Government in the Mirror of Scholars



Sergei Yu. Danilov

Professor, Director of Centre of Comparative Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Historical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: sergdanilov@yahoo.com



Abstract

Review of a monograph by Reddick C. (ed.) Citizen and E-Government. Evaluating Policy and Management (2013). New York: Information Science Reference, 519 pp.



Keywords

information, society, government, institutions, users, state services, e-government, policy

Citation: Danilov S.Yu. (2015) Citizen in E-Government in the Mirror of Scholars. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 230–235 (in Russian).

**Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»
XVII Апрельская международная научная конференция
«Модернизация экономики и общества»**

19–22 апреля 2016 г. в Москве состоится XVII Апрельская Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

На пленарных заседаниях конференции и специальных круглых столах планируются выступления руководителей Правительства Российской Федерации, Администрации Президента Российской Федерации, представителей Всемирного банка, Организации экономического сотрудничества и развития, руководителей крупнейших российских и иностранных компаний, ведущих зарубежных и российских ученых.

Специальные темы конференции:

- Диагностика проблем роста;
- Модернизация сверху: потенциал и ограничения;
- Экономическая децентрализация и местное самоуправление;
- Ценности, доверие и кооперация.

Специальным темам конференции будут посвящены пленарные заседания, а также отдельные почетные доклады, секции и круглые столы. После пленарных заседаний и в течение последующих дней будут проводиться сессии с представлением научных докладов и экспертные круглые столы по актуальным проблемам развития экономики.

С основными направлениями секционных заседаний и заседаний круглых столов можно ознакомиться на официальном сайте <http://conf.hse.ru>.

Рабочими языками конференции являются русский и английский. Пленарные и ряд секционных заседаний будут сопровождаться синхронным переводом.

Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line по адресу: <http://conf.hse.ru/> с **09 сентября 2015 г. до 11 ноября 2015 г.**

Доклады, включенные в Программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями могут быть приняты к публикации в журналах «Вопросы экономики», «Российский журнал менеджмента», «Экономический журнал ВШЭ», «Журнал Новой экономической ассоциации», «Мир России», «Вопросы образования», «Вопросы государственного и муниципального управления», «Экономическая социология», «Экономическая политика», «Корпоративные финансы» и «ЭКО», которые входят в список ВАК и представители которых приглашены к участию в Программном комитете конференции.

Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен грант Представительством Всемирного банка в Москве с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены **до 08 февраля 2016 г.** по адресу interconf@hse.ru.

В рамках конференции планируется организовать серию семинаров для докторантов и аспирантов (с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков). Информация об условиях участия в этих семинарах будет доступна на официальном сайте <http://conf.hse.ru/>.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме online **с 12 ноября 2015 г. до 22 марта 2016 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>.

Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/>.

С программами и материалами I-XVI международных научных конференций (2000 — 2015 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2015/history>.

Оргкомитет конференции

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные. Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 14.09.2015. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 15,0. Тираж 600 экз.