

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
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)

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2017

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2017



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.Н. Рыков

Соотношение государственного и муниципального интересов как интересов, возникающих в сфере публичной власти..... 4

В.Д. Мазаев

Публичная форма собственности как инструмент конституционно-правового регулирования экономики 19

О.В. Добровлянина, К.С. Кондратьева, К.В. Патырбаева

Виды незаконных банкротств в Российской Федерации: некоторые проблемы правового регулирования 34

А.А. Ялбулганов

Правовой режим платежей за пользование недрами и обеспечение фискальных интересов Российского государства 50

Е.С. Пирогова, Ю.Д. Жукова

Содержание обязанностей участника корпорации на современном этапе развития гражданского законодательства: анализ правовых позиций 74

В.Е. Круковский, И.Н. Мосечкин

Нефизическое насилие в уголовном праве: понятие и признаки 89

Право в современном мире

А.С. Исполинов

Что скрывается за броским термином «интеграционное правосудие»?..... 105

А.С. Касаткина, И.Ф. Рудерман

Прецедентное право Европейского союза и его влияние на регулирование вопросов признания правосубъектности юридических лиц..... 121

О.И. Пименова

Правовая интеграция в ЕС и ее «национальное» измерение 136

А.Н. Мочалов

Территориальное устройство государства как способ управления этническим многообразием (конституционно-правовое регулирование в странах БРИКС) 154

К.Е. Сюрмеев

Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств 174

D.V. Korf

Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs Purposes in the Eurasian Economic Union 188

О.Е. Савенко

Некоторые аспекты правового регулирования последствий заключения трансграничных браков 199

Д.В. Лоренц

Уступка виндикационного требования как способ суррогатной передачи вещи в Германии и перспективы в России 210

П.Н. Дудин, З.Ф. Хусаинов

Правовые акты Маньчжоу-Го и Мэнцзяна: сравнительный анализ 224

Дискуссионный клуб

С.И. Луценко

Корпоративное управление в современных правовых реалиях 239

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL

OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

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

Editorial Board

N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
A.N. Kozyrin (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
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)

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.N. Rykov

Correlation between State and Municipal Interests as Public Authority Interests 4

V.D. Mazaev

Public Form of Property as an Instrument of Constitutional Law Regulation
of the Economy..... 19

O.V.Dobrovlyanina, K.S.Kondratieva, K.V. Patyrbaeva

Types of Bankruptcy Fraud in the Russian Federation: Issues
of Legal Regulation34

A.A. Yalbulganov

Legal Status of Payments for Subsoil Use and Securing Fiscal Interests
of the Russian State50

E.S. Pirogova, J.D. Jukova

Contents of Legal Obligations of a Shareholder under Current
Civil Legislation: Analysis of Legal Approaches 74

V.E. Krukovsky, E.N. Mosechkin

Nonphysical Violence in Criminal Law: Definition and Signs89

Law in the Modern World

A.S. Ispolinov

What Means Loud Term "Integration Unions" ? 105

A.S. Kasatkina, I.F. Ruderman

Case Law of European Union and its Impact on the Regulation
of Recognizing Legal Capacity of Legal Persons 121

O.I. Pimenova

Legal Integration in the EU and its 'National' Aspect 136

A.N. Mochalov

Territorial Structure of State as a Tool of Ethnic Diversity Management
(Constitutional Law Regulation in the BRICS Countries)..... 154

K.E. Syurmeev

Parallel Litigation in Cross-Border Disputes Practice: Comparative
Analysis of Foreign Legislation..... 174

D.V. Korf

Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs
Purposes in the Eurasian Economic Union (in English) 188

O.E. Savenko

Some Aspects of Legal Regulating Cross-Border Marriages 199

D.V. Lorentz

The Cession of the Vindication Claim as a Way of the Property Transfer
Surrogate in Germany and Prospects in Russia..... 210

P.N. Dudin, Z.F. Husainov

Legal Acts of Manchukuo and Mengjiang: Comparative Analysis 224

Discussion Club

S.I. Lutsenko

The Corporate Governance in Modern Legal Realities 239

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

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

Соотношение государственного и муниципального интересов как интересов, возникающих в сфере публичной власти

 **А.Н. Рыков**

первый заместитель главы города, Администрация города Сочи, кандидат юридических наук. Адрес: 354000, Российская Федерация, Краснодарский край, Сочи, ул. Советская, 26. E-mail: a.n.rykov@gmail.com

Аннотация

В статье на основе сравнительно-правового метода, синтеза и индукции рассматривается вопрос о допустимости соотнесения понятий «государственный интерес» и «публичный интерес» как общего и целого, при этом государственный интерес постулируется как неотъемлемая часть более широкого публичного интереса. Анализ экономических отношений государственной и местной властей показывает, как государство принудительно сделало частью публичного (в широком смысле) интереса соблюдение принципа целевого использования муниципального имущества, включая наличие исчерпывающего пообъектного перечня имущества, предназначенного для решения вопросов местного значения. Однако как только этот публичный интерес изменился — а именно, государство согласилось с возможностью перераспределения полномочий между муниципальным и региональным (субъектов Российской Федерации) уровнями публичной власти (что, конечно, зачастую влечет и перераспределение пообъектного состава муниципального имущества), — были изменены и правила, связанные с ним. Жестко закрепленные за муниципалитетами перечни имущества были исключены из федерального законодательства. Сложившиеся механизмы взаимоотношений государственной и местной властей свидетельствуют, что публичные интересы государства и местной власти едины. Фактически органы местного самоуправления на сегодняшний день являются нижним уровнем единой системы государственной (или, с учетом необходимости их формального разделения, публичной) власти с общими функциями и задачами, решаемыми как на верхних (федеральном и региональном), так и на нижнем (муниципально-территориальном или муниципально-поселенческом) уровнях. Более того, несмотря на формальное разделение, уровни местного самоуправления и государственной власти с точки зрения форм и методов публичного властвования совершенно не отличаются друг от друга. Практика приводит к выводу, что как только публичный интерес объективируется правом (а предметом правовых исследований может быть только объективированный правом интерес, в иных случаях это объект изучения социологии, политологии и т.д.), он становится общим для всей системы публичной власти. Таким образом, необходим поиск баланса государственно-правовых и муниципально-правовых интересов на основе их внутренней непротиворечивости (сочетания).

Ключевые слова

государственная власть, местное самоуправление, публичный интерес, самостоятельность органов местного самоуправления, муниципальное образование, публичный интерес.

Библиографическое описание: Рыков А.Н. Соотношение государственного и муниципального интересов как интересов возникающих в сфере публичной власти // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 4–18.

JEL: K 00; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.18

Как известно, классическое применение понятия «интерес» в российском праве связано либо с интересами государства, либо с интересами общества (или отдельных его представителей — скажем, гражданское право часто обращается к такому понятию как «законные интересы граждан»). Как правило, с помощью термина «публичный интерес» делается попытка объединить два этих различающихся по содержанию вида интересов. Так, Н.Н. Косаренко говорит, что «в строгом смысле слова это общие интересы, своего рода усреднение личных, групповых интересов. Это общественные интересы, без удовлетворения которых невозможно, с одной стороны, реализовать интересы частные, с другой — обеспечить целостность, устойчивость и нормальное развитие организаций, государств, наций, социальных слоев, наконец, общества в целом. Это официально признанные интересы, имеющие поддержку государства и правовую защиту. Следовательно, публичный интерес есть признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией его существования и развития»¹.

По мысли В.А. Кряжкова, формулировка «государственные и общественные интересы» некорректна: «В ней заключено, с одной стороны, разделение и, с другой стороны, противопоставление названных групп интересов — государственных и общественных, поэтому было бы целесообразно употребить понятие «публичные интересы»»². Ю.А. Тихомиров полагает, расставляя определенным образом приоритеты, что публичный интерес — это «признанный государством и обеспеченный правом интерес социальной общности, удовлетворение которого служит условием и гарантией ее существования и развития. Государство является особым субъектом права, потому что оно призвано выражать публичные интересы, сочетающие, с одной стороны, интересы организаций, наций, социальных слоев, общества в целом и, с другой стороны, частные интересы»³.

Сходной точки зрения (с которой солидаризируемся и мы) придерживается В.Д. Мазаев, который говорит, что публичный интерес — это не только интерес государства, отделенный от интересов граждан, общества. Публичный интерес — это общесоциальный интерес, отражающий в концентрированной форме весь спектр интересов в обществе⁴. Более того, сама постановка вопроса о противопоставлении, конфликте публичных интересов, по его мнению, невозможна: «Идея жесткой иерархии интересов — национальных, региональных и местных — концептуально неверна. Публичный интерес — явление объективное... В одних случаях безусловный приоритет имеет общенациональный публичный интерес, в других — публичный интерес населения региона»⁵.

При рассмотрении проблемы соотношения государственного и муниципального интересов как интересов, возникающих в сфере публичной власти, прежде всего встает вопрос: для чего ст. 12 Конституции России установила, что в Российской Федерации «признается и гарантируется местное самоуправление». Такая формулировка по сути означает, что государство переводит объективно существующие отношения между самим собой и муниципальными образованиями в «режим» позитивного регулирования,

¹ Косаренко Н.Н. Категория «интерес» в системе публичного и частного права // Государство и гражданское общество. 2007. № 3. С. 157.

² Кряжков В. А. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10. С. 92.

³ Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 55.

⁴ Мазаев В.Д. Понятие и конституционные принципы публичной собственности. М., 2004. С. 27.

⁵ Там же.

но не ставит наличие или отсутствие местного самоуправления в зависимость от своей (т.е. государственной) воли. Оно лишь «признает» наличие «самостоятельных территорий». Отсюда, как представляется, очень недалеко до признания полной автономии муниципальной власти. Но на практике, безусловно, ни о какой «автономии» речи не идет, несмотря на мнение ученых, изучающих проблемы становления муниципального права, что местное самоуправление — это «институт гражданского общества», т.е. структура, отделенная от государства и даже в какой-то степени ему противостоящая.

Противостояние местной (муниципальной) и региональной (государственной, уровня субъектов РФ) властей, действительно, было весьма распространено в 1990-х гг. Однако ни в одном из многочисленных (и, как правило, закончившихся в Конституционном Суде Российской Федерации такого рода споров) — начиная с одного из самых первых конфликтов в Удмуртии⁶ и заканчивая «тлеющим» вплоть до настоящего момента конфликтом между главой муниципального образования Екатеринбурга и губернатором Свердловской области — не было противостояния по линии «местная власть (представленная населением) — региональная власть». По состоянию на сегодняшний день нет ни одного случая, когда жители муниципального образования стали бы апеллировать к своему конституционному праву на самостоятельность в решении вопросов местного значения и требовать от органов государственной власти уважать и соблюдать это право. Скорее наоборот.

Из первого периода становления муниципальной власти до нас дошли прецеденты, когда население пыталось отказаться от права на местное самоуправление, делегируя его органам государственной власти⁷. Как известно, вынесенное Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ) решение было направлено, по сути, против интересов государственной власти, — парадокс, но на население была возложена своего рода обязанность осуществлять то самое местное самоуправление, от которого оно пыталось отказаться. Впрочем, каких-либо протестов (прежде всего, со стороны населения) данное решение КС РФ не вызвало.

В связи с этим неизбежно встает вопрос: как и для чего была создана в нашей стране система местного самоуправления, какие цели и задачи стоят сейчас перед ней с точки зрения публичного интереса, насколько она эффективна в достижении целей и решении задач его удовлетворения. Постановка данного вопроса отсылает нас к относительно недавней истории. Немногим более 25 лет назад в Советском Союзе, частью которого являлась РСФСР (ставшая впоследствии Российской Федерацией) был принят первый в новейшей истории закон о местном самоуправлении — Закон СССР от 9.04.1990 №1418-1 «Об общих началах местного самоуправления и местного хозяйства в СССР»⁸. Как вспоминает один из его авторов — проф. В.И. Васильев, «разработчики документа сразу условились, что самоорганизация граждан, решение ими на демократических основах вопросов местной жизни должны стать сквозной идеей законопроекта»⁹. Идея

⁶ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.01.1997 № 1-П «По делу о проверке конституционности Закона Удмуртской Республики от 17.04.1996 «О системе органов государственной власти в Удмуртской Республике» // СЗ РФ. 1997. № 5. Ст. 708.

⁷ См., напр.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30.11.2000 № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного Закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22.03.1999 «О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной Закон) Курской области» // СЗ РФ. 2000. № 50. Ст. 4943.

⁸ Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. №16. Ст. 267.

⁹ Васильев В.И. Местное самоуправление: история и современная практика // Журнал российского

состояла в том, чтобы создать условия для самостоятельного объединения граждан в территориальный публичный коллектив, который самостоятельно определял бы актуальные местные нужды и имел бы в распоряжении необходимые организационные и материальные ресурсы для их решения. При этом большую часть таких вопросов население должно было решать самостоятельно через механизмы прямой демократии.

Органы представительной демократии (местные Советы) должны были функционировать с крайне широким вовлечением жителей в свою повседневную работу: в одном из вариантов проекта закона предполагалось, что «сессии местных Советов и заседания постоянных комиссий проводятся открыто. Извещения о месте проведения сессий и заседаний, а также вопросы, выносимые на рассмотрение, заблаговременно в установленные законом сроки обнародуются в печати, передаются по радио или телевидению либо доводятся до сведения населения иным способом. Проекты решений и другие важные вопросы местной жизни выносятся на широкое обсуждение. На сессиях и заседаниях вправе присутствовать представители общественных организаций, трудовых коллективов, научных учреждений, средств массовой информации и граждане. Присутствующим может быть предоставлена возможность выступить по обсуждаемым вопросам. Сессии и заседания комиссий могут транслироваться по телевидению и радио. А их материалы — доклады, выступления, решения — публикуются полностью или в подробном изложении в печати. Критические замечания, предложения депутатов публикуются полностью, передаются по телевидению, радио, доводятся до сведения трудовых коллективов, населения на встречах депутатов с избирателями и т.д.»¹⁰.

Таким же активным образом предполагалось вовлечь местное население в управление местными материальными ресурсами: «Как отмечал на заседании рабочей группы 22.08.1988 К.Ф. Шеремет, «в реализации отношений муниципальной собственности должен участвовать не только уполномоченный на управление Совет, но и само население. Например, некоторые решения, связанные с отчуждением объектов этой собственности, разделом собственности, передачей ее кому-нибудь, должны приниматься путем референдума»¹¹. Однако ни в первом, ни в последующих законах о местном самоуправлении эти идеи реализованы не были. Да и население никаким образом не заявляло требований о том, чтобы включиться в прямое управление муниципальной собственностью. Объяснения этому — в большей степени политологические или социологические. Политически активные граждане (которых относительно немного на местном уровне) реализуют свои потребности в участии в публичном управлении не через объединение граждан, а через легальные формы работы в системе представительной демократии: выдвигают себя в депутаты, на выборные муниципальные должности и т.д. Более того, такого рода общественная активность не приносит каких-либо доходов (если она соответствует закону) участникам местного демократического процесса, и это тоже немаловажный фактор, снижающий ее активность.

Крайне важно отметить, что, разрабатывая первую модель современного местного самоуправления, ее «отцы-основатели» (Г.В. Барабашев, В.И. Васильев, А.Б. Венгеров, И.Н. Ильинский, В.А. Пертцик, М.И. Пискотин, К.Ф. Шеремет и др.) «ни в коей мере не имели в виду отделение местного самоуправления от государственной власти... На заседании Группы 28.10.1988 К.Ф. Шеремет утверждал, что «нельзя противопоставлять

права. 2015. № 3. С. 6.

¹⁰ Там же. С. 6–7.

¹¹ Там же. С. 10.

местное самоуправление и государство... Самоуправление развивается не вне, а внутри государственных форм и связано с развитием власти». В.А. Пертцки, в свою очередь, говорил, что «органы местного самоуправления не обособлены от государства, но они имеют право решать вопросы местного значения до конца. Этим отличается все, что было, от того, что должно быть». Тем не менее все соглашались, что организационная самостоятельность имманентна местному самоуправлению и потому положение местных Советов в системе государственной власти должно существенно измениться. Суть изменений обосновал Г.В. Барабашев: «Надо ликвидировать двойное подчинение исполнительных органов местной власти, двойное подчинение исполнительных комитетов, отделов и управлений сохраняется только в вопросах методического руководства и контроля законности...Вышестоящие органы не вправе менять планы работы нижестоящих исполнительных комитетов, отделов и управлений, давать прямые указания, касающиеся расходования бюджетных средств, требовать предварительного согласования актов этих органов по вопросам, относящимся к собственной компетенции Советов»¹². Идеи отделения органов местного самоуправления от органов государственной власти появились позднее (при разработке проекта Конституции России 1993 года), и были отражены в ее итоговом тексте, причем в такой форме, что на сегодняшний день корректировка этих положений, во многом не связанных с практикой отношений, сложившихся в муниципально-правовой действительности, невозможна.

Но допустима ли при этом постановка вопроса о том, что понятия «государственный интерес» и «публичный интерес» (включающий, в свою очередь, интерес муниципальный) соотносятся как общее и целое, а именно, что государственный интерес — это неотъемлемая часть более широкого публичного интереса? И если «внутри» публичного интереса возникает противоречие (какая-то группа противопоставляет себя в своих интересах государству), очевидно ли, что задача государства — либо найти компромисс (или иным образом разрешить противоречие) и узаконить его (и, тем самым, сделать «противоречащий» интерес частью интереса государственного), либо запретить публичное проявление такого «противоречащего» интереса, т.е. установить запрет на существование такого интереса как противоправного?

Примеры как первого, так и второго мы легко найдем в сегодняшней практике взаимоотношений государственной власти и местного самоуправления. Так, например, право муниципальной собственности как составная часть (одна из признаваемых государством форм) абсолютного вещного права собственности, казалось бы, предполагает свободу распоряжения муниципальным образованием своим имуществом (в границах, установленных нормами Гражданского кодекса Российской Федерации). Именно так и относились муниципальные образования (пример, особенно характерный для первых лет существования самостоятельной муниципальной власти) к своему имуществу: продавали (приватизировали), сдавали в аренду, обменивали и т.п. В 2003 году государство ввело абсолютный запрет на такого рода «пользование и распоряжение» муниципальной собственностью: ст. 50 Федерального закона от 6.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» вступила в силу со дня его опубликования. Она ввела целевой характер муниципальной собственности: муниципалитеты могли владеть, пользоваться и распоряжаться исключительно теми объектами имущества, которые были предназначены для реализации тех или иных публичных интересов: решения вопросов местного значения, осуществления отдельных государственных полномочий и т.д.

¹² Там же. С. 11–12.

Новая «постановка вопроса» немедленно вызвала противоречие между государственным и муниципальным интересом: если имущество необходимо использовать только для решения конкретного вопроса местного значения, то сдавать его в аренду (в целях извлечения дохода) уже невозможно. Более того, ст. 50 Федерального закона предусматривала (и предусматривает до сих пор) и своего рода «санкцию»: при наличии у муниципального образования права собственности на имущество, не соответствующего требованиям целевого предназначения, оно подлежит реперофилированию (изменению целевого назначения имущества) либо отчуждению. Несмотря на фиктивный (в известной степени) характер этой «санкции»¹³, она оказала воздействие на муниципальную экономику, существенно ограничив возможность муниципальных образований использовать свою собственность.

Муниципальные образования пытались отстоять приоритет «публично-муниципального интереса» перед «публично-государственным», указывая на то, что такого рода нормы федерального закона ограничивают право муниципальных образований «иметь в собственности любое имущество, не изъятое из гражданского оборота и не ограниченное в обороте, в частности в целях пополнения местных бюджетов». Более того, в этом они усмотрели посягательство на основы конституционного строя (ч. 2 ст. 8 Конституции Российской Федерации), которая устанавливает, что в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Но целевой характер публичной собственности, по сути, ставит «частную форму собственности в доминирующее положение по отношению к иным ее формам». Таким образом, государство, принимая соответствующие нормы, ограничивает гарантированные Конституцией права собственников (муниципальных образований) по владению, пользованию и распоряжению имуществом и нарушает основы конституционного строя, такие как свобода экономической деятельности и равная защита всех форм собственности¹⁴.

В сложившейся ситуации государство, представленное Конституционным Судом РФ, реагировало совершенно однозначно: «Не входя в систему органов государственной власти, органы местного самоуправления вместе с тем обладают публично-властными полномочиями применительно к возложенным на местное самоуправление задачам, т.е. выполняют функции публичной власти на соответствующем территориальном уровне. При этом конституционными характеристиками местного самоуправления как формы публичной власти обуславливаются особенности его правосубъектности, сопоставимые с особенностями правосубъектности иных публичных образований — Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Перечисляя имущество, которое может находиться в собственности муниципальных образований, федеральный законодатель не ограничивает их в возможности иметь в собственности и иное имущество, предназначенное для осуществления возложенных на них полномочий. Тем самым при

¹³ Фиктивной, поскольку до сих пор, несмотря на сохранившееся в Федеральном законе требование о целевом характере муниципального имущества и указание на его принудительное реперофилирование в ином случае, формализованной процедуры «реперофилирования» не существует.

¹⁴ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 2.11. 2006 № 540-О «По запросу Правительства Самарской области о проверке конституционности статьи 1, частей шестой и восьмой статьи 2 Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и статьи 50 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2007. № 2.

осуществлении правового регулирования разграничения полномочий между органами государственной власти Российской Федерации, органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления законодателем соблюден принцип соразмерности ресурсов местного самоуправления предоставленным полномочиям»¹⁵.

А.А. Саурин в связи с этим отмечает: «С одной стороны, в ч. 1 ст. 132 Конституции Российской Федерации четко определено, что органы местного самоуправления самостоятельно управляют муниципальной собственностью... Но, с другой стороны, современная концепция местного самоуправления, также, безусловно, основанная на положениях Конституции, в частности, статье 12, устанавливающей, что местное самоуправление самостоятельно в пределах его полномочий, предполагает исчерпывающее определение перечня таких полномочий. И в нормах Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» данный подход был реализован — вопросы местного значения разных видов муниципальных образований были определены исчерпывающим образом и в соответствии с известным принципом «деньги следуют за полномочиями» в этот исчерпывающий перечень вопросов местного значения был включен и «закрытый» перечень ресурсов. Согласно нормам Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» любое муниципальное образование обладало исчерпывающим перечнем видов имущества, необходимым для решения вопросов местного значения, и данный перечень не мог быть изменен иначе, как только данным Федеральным законом»¹⁶.

Это правило было отменено только после появления института «перераспределения полномочий», введенного Федеральным законом от 27.05.2014 № 136-ФЗ «О внесении изменений в статью 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»». Стало ясно, что технически невозможно «перераспределять» полномочия на федеральном уровне и одновременно с этим «перебрасывать» имущество с одного уровня публичной власти на другой федеральным законом.

На практике на сегодняшний день государство совершенно не разделяет публичные ресурсы по принципу «местные» — «государственные». Неважно, к примеру, назван ли налог местным, федеральным или региональным, — в любом случае он будет тождественным образом (по отношению ко всем другим видам налогов) урегулирован положениями Налогового кодекса. Любой местный налог будет собран с граждан государственными налоговыми органами. И эти деньги будут зачислены федеральным казначейством на счета муниципального образования. Да, у муниципального образования есть определенная свобода в расходовании публичных ресурсов, в правомочиях пользования и распоряжения муниципальным имуществом, но эта свобода является весьма условной и немногим отличается от тех дискреций, которыми обладают государственные органы и должностные лица.

Более того, на всех уровнях публичной власти мы видим очевидное намерение федерального законодателя равным образом ограничить все уровни публичной власти

¹⁵ Там же.

¹⁶ Саурин А.А. Право собственности в Российской Федерации: конституционно-правовые пределы реализации и ограничения. М., 2014. С. 150.

(с учетом выполняемых функций) в праве владения, пользования и распоряжения публичной собственностью. Так, ч. 11 ст. 154 Федерального закона от 22.08.2004 № 122-ФЗ (в ред. от 3.07.2016) «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»» устанавливает, что в федеральной собственности может находиться:

имущество, необходимое для обеспечения осуществления федеральными органами государственной власти полномочий в рамках их компетенции, установленной Конституцией РФ, а также нормативными правовыми актами РФ, определяющими статус этих органов, в том числе имущество федеральных государственных унитарных предприятий и федеральных государственных учреждений, отнесенных решениями Правительства России к предприятиям и учреждениям, подведомственным федеральным органам исполнительной власти;

имущество, необходимое для обеспечения стратегических интересов России в области обороны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан России, в соответствии с перечнем, утвержденным Президентом Российской Федерации по представлению Правительства;

имущество, необходимое для обеспечения деятельности федеральных органов государственной власти, государственных служащих Российской Федерации, работников федеральных государственных унитарных предприятий и федеральных государственных учреждений, включая нежилые помещения для размещения указанных органов, предприятий и учреждений¹⁷.

Такой же подход мы видим в нормах Федерального закона от 6.10.1999 № 184-ФЗ (в ред. от 3.07.2016) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Часть 1 ст. 26.11 данного Закона говорит, что в собственности субъекта федерации может находиться, во-первых, имущество, необходимое для осуществления прямо определенных федеральными законами, актами Президента Российской Федерации, подзаконными нормативными актами полномочий органов и должностных лиц субъекта РФ; во-вторых, имущество, необходимое для обеспечения деятельности органов и должностных лиц государственной власти субъекта; и, в-третьих, имущество, необходимое для осуществления делегированных полномочий¹⁸.

Но если мы теперь обратимся к муниципальному уровню публичной власти, то сразу заметим, что положения Федерального закона №131-ФЗ содержат практически тождественные формулировки. Нормы ч. 1 ст. 50 данного Федерального закона указывают, что в собственности муниципальных образований может находиться:

- 1) имущество, предназначенное для решения вопросов местного значения;
- 2) имущество, предназначенное для осуществления отдельных государственных полномочий;
- 3) имущество, предназначенное для обеспечения деятельности органов и должностных лиц местного самоуправления, муниципальных служащих;

¹⁷ СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

¹⁸ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

4) имущество, необходимое для решения вопросов, право решения которых предоставлено органам местного самоуправления федеральными законами и которые не отнесены к вопросам местного значения¹⁹.

Приведенные примеры сходного правового регулирования имущественных отношений убедительно доказывают, что как имущество, находящееся в муниципальной собственности, так и имущество, находящееся в государственной собственности, относящиеся к предмету как государственного, так и муниципального публичного интересов, имеют один и тот же правовой режим. Более того, как отмечают эксперты, «многие черты объединяют управление муниципальной собственностью и систему управления государственной собственностью. Чтобы подчеркнуть различия этих форм управления и в то же время обозначить их единое предназначение и согласованное, основанное на принципе тесного взаимодействия функционирование, ряд исследователей вполне обоснованно предлагает использовать такую категорию, как «публичное управление». В основе данной категории — определение, предложенное Г. Еллинеком: «Управление — это деятельность государства или других субъектов государственной (публичной) власти, осуществляемая вне границ законотворчества и правосудия»²⁰.

Даже когда местное самоуправление получает право выбора (как минимум, формализованное) — принимать или не принимать тот или иной вопрос к своему ведению, финансировать его или нет, т.е. объективировать или не объективировать местный публичный интерес, — мы, тем не менее, находим целый ряд условий, определенных на федеральном уровне, с которыми связано придание данному вопросу публичности, т.е. возведению его в ранг общего местного интереса. Прежде всего федеральный законодатель задает ориентиры в виде примерного перечня вопросов, право решения которых может принадлежать муниципальным образованиям.

Так, органы местного самоуправления городского, сельского поселения по ч. 1 ст. 14.1 Федерального закона № 131-ФЗ имеют право на создание музеев поселения, совершение нотариальных действий, предусмотренных законодательством, в случае отсутствия в поселении нотариуса, участие в осуществлении деятельности по опеке и попечительству, создание муниципальной пожарной охраны, создание условий для развития туризма и т.д. Второе условие заключается в том, что такого рода вопросы не должны быть отнесены федеральной или региональной властью (федеральными законами или законами субъектов федерации) к компетенции органов местного самоуправления других муниципальных образований или органов государственной власти, а равно не должны быть исключены из их компетенции названными актами. Наконец, в-третьих, решение таких вопросов должно финансироваться только из собственных (в узком смысле) доходов местных бюджетов, т.е. тех доходов, которые напрямую зачисляются в местные бюджеты, а не передаются в виде межбюджетных трансфертов из других уровней бюджетной системы России (или их заменяющих видов доходов — в частности, поступлений в местный бюджет налоговых доходов по дополнительным нормативам отчислений).

Как видно, границы данной самостоятельности вовсе невелики, и, более того, у государственных структур любого уровня всегда есть право вмешаться в эту область компетенции муниципальных образований. И это в теории — с точки зрения абстрактного толкования положений законодательства. На практике любое решение, принятое на му-

¹⁹ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

²⁰ См.: Саурин А.А. Указ. соч. С. 151.

ниципальном уровне в отсутствие прямого указания федерального или регионального закона, ведет к его обжалованию в судебном порядке (прокуратурой или иным органом государства). Развитие такого рода положений в действующем законодательстве фактически заставляет органы местного самоуправления не отделять местный публичный интерес от региональных и федеральных публичных интересов. Так государство принудительно сделало частью публичного (в широком смысле) интереса соблюдение принципа целевого использования муниципального имущества, включая наличие исчерпывающего пообъектного перечня имущества, предназначенного для решения вопросов местного значения. Однако как только этот публичный интерес изменился — а именно, государство согласилось с возможностью перераспределения полномочий между муниципальным и региональным (субъектов РФ) уровнями публичной власти (что, конечно, зачастую влечет и перераспределение пообъектного состава муниципального имущества), — были изменены и правила, связанные с ним: соответствующие перечни были исключены из ст. 50 Федерального закона № 131-ФЗ²¹.

Но есть и многочисленные примеры обратного (т.е. определения баланса государственной и муниципальной интересов «не в пользу» государства): так, нормы ч. 3 ст. 23 Федерального закона № 131-ФЗ содержат положения о том, что законом субъекта РФ устанавливаются виды избирательных систем, которые могут применяться при проведении муниципальных выборов, и порядок их применения; в соответствии с установленными законом субъекта РФ видами избирательных систем уставом муниципального образования определяется та избирательная система, которая применяется при проведении муниципальных выборов в данном муниципальном образовании.

На основе данных положений субъект Российской Федерации (Челябинская область) принял Закон от 29.06.2006 № 36-ЗО «О муниципальных выборах в Челябинской области» и этот Закон вынуждает все муниципальные образования региона, включая сельские поселения, перейти на пропорциональную систему выборов. Изменения, которые в связи с этим пришлось внести в устав Хомутининского сельского поселения Увельского муниципального района Челябинской области и в соответствии с которыми ранее применявшаяся мажоритарная система выборов в Совет депутатов — представительный орган данного муниципального образования — была заменена пропорциональной избирательной системой со связанными списками кандидатов, были обжалованы в Конституционный Суд России региональным уполномоченным по правам человека И.И. Болтушенко и гражданином Ю.А. Гурманом, которому было отказано в регистрации кандидатом в депутаты в порядке самовыдвижения. В жалобе заявители указали, что проведение выборов на основе пропорциональной избирательной системы не позволяет гражданам, не состоящим в политических партиях и не поддерживающим выдвинутые ими списки кандидатов в депутаты, непосредственно реализовать свое право избирать и быть избранными в органы местного самоуправления, участвовать в выдвижении кандидатур, в том числе своих собственных и голосовать за них.

КС РФ рассмотрел эту жалобу и пришел к однозначному выводу: «Признать положения части 3 статьи 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и частей 2 и 3 статьи 9 Закона Челябинской области «О муниципальных выборах в Челябинской области» не соответ-

²¹ См.: Федеральный закон «О внесении изменений в статью 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 22. Ст. 2770.

ствующими Конституции Российской Федерации, ее статьям 3, 19 (часть 1), 32 (части 1 и 2), 130, 131 (часть 1) и 132, в той мере, в какой этими положениями в системе действующего правового регулирования не исключается возможность применения пропорциональной избирательной системы (в том числе как элемента смешанной избирательной системы) на выборах в представительные органы сельских поселений с малочисленным населением и малым числом депутатов, чем создается риск искажения волеизъявления избирателей, отступления от принципа свободных и справедливых выборов и нарушения равенства избирательных прав граждан»²².

В результате данного решения ст. 23 Федерального закона № 131-ФЗ была дополнена ч. 3.2. следующего содержания: «Выборы депутатов представительных органов поселений (за исключением городских округов) с численностью населения менее 3000 человек, а также представительных органов поселений (включая представительные органы городских округов) с численностью менее 15 депутатов проводятся по одномандатным и (или) многомандатным избирательным округам»²³. Таким образом, государству пришлось отказаться от «притязаний» на распространение пропорциональной избирательной системы на все уровни муниципальных образований.

Но сам факт применения данного вида избирательной системы на уровне местного самоуправления убедительно свидетельствует, что местное самоуправление не может рассматриваться только в контексте представительства населения муниципальных образований в целях решения вопросов местного значения: «Политические партии в силу своего конституционно-правового статуса в рамках действующего законодательства Российской Федерации не ставят перед собой в качестве основной цели участие в решении вопросов местного значения исходя из интересов населения с учетом исторических и иных местных традиций. Напротив, политические партии, участвуя в решении вопросов местного значения, должны исходить из общенациональных (общегосударственных) интересов и обеспечивать их соблюдение при осуществлении местного самоуправления, равно как и при осуществлении государственной власти. Именно эта функция возложена на них федеральным законодателем»²⁴.

Действительно, широко распространившееся явление возникновения на местном уровне публичной власти (точнее, на уровне городских округов и муниципальных районов) фракций политических партий²⁵ явно означает, что местное самоуправление как

²² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 07.07. 2011 № 15-П «По делу о проверке конституционности положений части 3 статьи 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и частей 2 и 3 статьи 9 Закона Челябинской области «О муниципальных выборах в Челябинской области» в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и граждан И.И. Болтушенко и Ю.А. Гурмана» // СЗ РФ. 2011. № 29. Ст. 4557.

²³ Федеральный закон от 16.10. 2012 № 173-ФЗ «О внесении изменений в статью 35 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и статью 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 43. Ст. 5786.

²⁴ *Борисов И.Б., Игнатов А.В.* Некоторые конституционно-правовые аспекты организации выборов по пропорциональной системе в представительные органы муниципальных образований // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 9. С. 62.

²⁵ Что произошло после принятия Федерального закона от 20.03.2011 № 38-ФЗ «О внесении изменений в статьи 35 и 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с применением пропорци-

уровень публичной власти включено в сферу государственных дел, причем настолько, что государство распространяет единые принципы взаимодействия с политической системой общества на данный уровень публичной власти. Данный пример — наглядная иллюстрация того факта, что местное самоуправление представляет собой часть системы публичного управления в государстве.

В целом приведенные примеры убедительно свидетельствуют, что **как только публичный интерес объективируется правом** (а предметом правовых исследований может быть только объективированный правом интерес, в иных случаях это объект изучения других наук: социологии, политологии и т.д.), **он становится общим для всей системы публичной власти, и баланс этих интересов основан на принципе внутреннего непротиворечия**. Это особенно верно применительно к уровню местного самоуправления: ст. 76 Конституции России допускает противоречия федеральных законов и законов субъектов, и в ряде случаев в ситуации противоречия между федеральным законом и нормативным правовым актом субъекта, изданным вне пределов ведения Российской Федерации, совместного ведения РФ и субъектов РФ, действует нормативный правовой акт субъекта (т.е. допустимо смещение баланса публичного интереса в сторону региона).

Однако в отношении местного самоуправления нет ни одной подобной предпосылки: ст. 43 Федерального закона № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» устанавливает систему муниципальных правовых актов во главе с уставом муниципального образования: ч. 2 ст. 43 содержит положение о том, что устав муниципального образования и оформленные в виде правовых актов решения, принятые на местном референдуме (сходе граждан), являются актами высшей юридической силы в системе муниципальных правовых актов, имеют прямое действие и применяются на всей территории муниципального образования.

При этом согласно ч. 6 ст. 44 Федерального закона № 131-ФЗ основаниями для отказа в государственной регистрации устава муниципального образования, муниципального правового акта о внесении изменений и дополнений в устав муниципального образования могут быть противоречия устава Конституции России, федеральным законам, принимаемым в соответствии с ними конституциям (уставам) и законам субъектов федерации. Согласно ч. 3 ст. 208 Кодекса административного судопроизводства прокурор в пределах своей компетенции, а также Президент Российской Федерации, Правительство Российской Федерации, законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ, высшее должностное лицо субъекта РФ (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ), орган местного самоуправления, глава муниципального образования могут обратиться в суд с административным иском о признании нормативного правового акта, в том числе принятого местным референдумом, не действующим полностью или в части. Это может иметь место, если они полагают, что принятый нормативный правовой акт не соответствует иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, нарушает их компетенцию или права, свободы и законные интересы граждан²⁶.

Таким образом, при коллизии формализованного муниципального и государственного публичного интересов заинтересованные силы ищут баланс, на основе которого

ональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов».

²⁶ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8.03.2015 № 21-ФЗ (в ред. от 3.07.2016) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

противоречие решается и интерес становится общим; и при определении такого рода баланса далеко не всегда за основу берутся интересы только и исключительно государства. В связи с этим возникающий вопрос о понятии «публичный интерес» в контексте интереса муниципального предстает не только как интерес общества, но **интерес общества, санкционированный (признанный и публично выраженный) властью**. На разных уровнях публичной власти он трансформируются в различающиеся, даже взаимоисключающие потребности. Задача государства — найти и юридически закрепить механизмы, которые позволили бы выстраивать баланс таких интересов, подчинение их общему благу.

В целом, все приведенные выше аргументы свидетельствуют, что понятия «государственный интерес» и «публичный интерес» соотносятся как общее и целое, при этом муниципальный интерес — это неотъемлемая часть более широкого публичного интереса. И если «внутри» публичного интереса возникает противоречие (какая-то муниципальная общность противопоставляет себя в своих интересах государству), то очевидно, что задача государства — либо найти компромисс (или иным образом разрешить противоречие) и узаконить его и тем самым сделать «противоречащий» интерес частью интереса государственного, либо запретить публичное проявление такого «противоречащего» интереса, т.е. установить запрет на существование такого муниципального интереса как противоправного.



Библиография

- Барабашев Г.В. Местное управление и самоуправление в зарубежных странах/ Мишин А.А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М.: Белые Альвы, 2013. С. 231–251.
- Безруков А.В. Государственная и муниципальная власть в системе единой публичной власти России // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 6. С. 23–28.
- Борисов И.Б., Игнатов А.В. Некоторые конституционно-правовые аспекты организации выборов по пропорциональной системе в представительные органы муниципальных образований // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 9. С. 56–63.
- Васильев В.И. Местное самоуправление: история и современная практика // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 5–15.
- Дедов Д.И. Общее благо как система критериев правомерного регулирования экономики. М.: Юрист, 2003. 276 с.
- Конфликт интересов на государственной и муниципальной службе, в деятельности организаций: причины, предотвращение, урегулирование / отв. ред. А.Ф. Ноздрачев. М.: ИНФРА-М, 2016. 224 с.
- Косаренко Н.Н. Категория «интерес» в системе публичного и частного права // Государство и гражданское общество. 2007. № 3. С. 153–162.
- Костюков А.Н. Новейшая эволюция муниципального права // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 12. С. 28–32.
- Кряжков А.В. Публичный интерес: понятие, виды и защита // Государство и право. 1999. № 10. С.91–99.
- Мазаев В.Д. Публичная собственность в России: конституционные основы. М.: Городец, 2004. 384 с.
- Пешин Н.Л. Новые тенденции муниципальной реформы: перераспределение полномочий между уровнями публичной власти // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 12. С. 62–68.
- Саурин А.А. Право собственности в Российской Федерации: конституционно-правовые пределы реализации и ограничения. М.: Статут, 2014. 351 с.
- Современные проблемы организации публичной власти / отв. ред. С.А. Авакьян. М.: Юстицинформ, 2014. 596 с.

Соловьев С.Г. Цели российского местного самоуправления и правовой институт перераспределения муниципальных полномочий // Государственная власть и местное самоуправление. 2016. № 4. С. 16–21.

Тотьев К.Ю. Публичный интерес в правовой доктрине и законодательстве// Государство и право. 2002. № 9. С. 19–25.

Correlation between State and Municipal Interests as Public Authority Interests



Anatoliy N. Rykov

First Deputy, Head, City Administration, Sochi Municipality, Candidate of Juridical Sciences. Address: 26 Sovetskaya Str., Sochi 354000, Krasnodar Area, Russian Federation. E-mail: a.n.rykov@gmail.com



Abstract

The paper features the question of possible correlation of the notions of “state interest” and “public interest” as a common and comprehensive on the basis of the comparative legal method, as well as the methods of synthesis and induction. In turn, state interest is postulated as an integral part of a wider interest. The analysis of the current Russian practice of economic relations between the state and local authorities shows how the state compulsorily turns part of the public (in a broad sense) interest in the principle of targeted use of municipal property, including the availability of an exhaustive on-site inventory of property intended to address issues of local importance. However, as soon as this public interest changed — namely, the state agreed with the possibility of redistribution of powers between the municipal and regional (sub-entities of the Russian Federation) levels of public authority, which, of course, often involves the redistribution of the object-matter composition of municipal property related to it: the corresponding lists of property, that were rigidly assigned to municipalities, were excluded from federal legislation. The mechanisms of mutual relations of the state and local authorities seems to be convincing evidence that the public interests of the state and local self-government are united, in fact, local self-government bodies today are the lowest level of a unified system of state (or, with the consideration of the need for their formal separation, — public) power with common functions and tasks being solved both at the top (federal and regional) and at lower (municipal-territorial or municipal-settlement) levels. Moreover, despite the formal separation, the levels of local government and state power in terms of the forms and methods of exercising public power do not differ at all. The considered practice, on the whole, leads to the conclusion that as soon as a public interest is objected to by law (and the only subject of legal research is this is an objectified interest in law, in other cases it is an object for studying other sciences: sociology, political science, and so on.) — it becomes common to the entire system of public authority and it is necessary to find a balance of state-legal and municipal-legal interests on the basis of internal non-contradiction (combination).



Keywords

state power, local government, public interest, autonomy of local self-government bodies, municipal formation, public interest.

Citation: Rykov A.N. (2017) Correlation between State and Municipal Interests as Public Authority Interest. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–18 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.18



References

Barabashev A.V. (2013) *Mestnoe upravlenie i samoupravlenie v zarybeznykh stranah* [Local Government and Self-Government Abroad / Mishin A.A. *Konsitucionnoe pravo zarubezhnykh stran* [Constitutional Law in Foreign States]. Moscow: Belye Alvy, pp. 231–251.

- Bezrukov A.V. (2015) Gosudarstvennaia i municipalnaya vlast v sisteme edinoi publichoi vlasti Rossii [The State and Municipal Authorities within a System of United Public Power in Russia]. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 6, pp. 23–28.
- Borisov I.B., Ignatov A.V. (2011) Nekotorye konstitucionno-pravovye aspekty organizatscii vyborov po proporcionalnoi sisteme v predstavitelnye organy munitcipalnykh obrazovaniy [Some Constitutional Aspects of Elections to Municipalities]. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 9, pp. 56–63.
- Dedov D.I. (2003) *Obschestvennoe blago kak sistema kriteriev pravomernogo regulirovaniya ekonomiki* [Bien Public as a System of Criteria of Orthodox Regulating Economy]. Moscow: Jurist, 276 p. (in Russian)
- Glazyrin N.G., Nozdrachev A.F. et al. (2016) *Konflikt interesov na gosudarstvennoi i municipalnoi sluzhbe: prichiny, predotvraschenie, uregulirovanie* [Conflict of Interests within State and Municipal Service: Causes, Prevention, Settlement]. Moscow: INFRA-M, 224 p. (in Russian)
- Kosarenko N.N. (2007) Kategorija “interes” v sisteme publichnogo i chastnogo prava [Category of Interest in Public and Private Law]. *Gosudarstvo i grazhdanskoe obschestvo*, no 3, pp. 153–162.
- Kostiukov A.N. (2014) Noveyshaya evolutcia municipalnogo prava [Recent Evolution of Municipal Law]. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 12, pp. 28–32.
- Kryazhkov V.A. (1999) Publichnyi interes: poniatie, vidy zaschita [Public Interest: Concept, Sorts and Protection]. *Gosudarstvo i pravo*, no 10, pp. 91–99.
- Mazaev V.D. *Publichnaya sobstvennost v Rossii: konstitcionnye osnovy* [Public Property in Russia: Constitutional Basic]. Moscow: Gorodetz, 384 p. (in Russian)
- Peshin N.L. (2016) Novye tendentsii munitcipalnoi reformy: pereraspredelenie polnomochiy mezhdu urovniami publichnoi vlasti [New Trends of Municipal Reform: Redistributing Powers between Levels of Public Power]. *Konstitucionnoe i munitcipalnoe pravo*, no 12, pp. 62–68.
- Saurin A.A. (2014) *Publichnaya sobstvennost v Rossiyskoi Federatsii* [Public Property in the Russian Federation]. Moscow: Statut, 351 p. (in Russian)
- Soloviov S.G. (2016) Tseli rossiyskogo mestnogo samoupravleniya i pravovoi institut pereraspredeleniya municipalnykh polnomochiy [Aims of Russian Local Self-Government and Legal Institute of Redistributing Municipal Powers]. *Gosudarstvennaya vlast i mestnoe samoupravlenie*, no 4, pp. 16–21.
- Sovremennyye problemy organizatscii publichnoi vlasti* [Modern Issues of Organizing Public Power (2014)]. Ed. by S. Avakian. Moscow: Justitzinform, 596 p. (in Russian)
- Totiev K.Yu. (2002) Publichnyi interes v pravovoi doctrine izakonodatelstve [Public Interest in Legal Doctrine and Legislation]. *Gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 19–25.
- Vassiliev V.I. (2015) Mestnoe samoupravlenie: istoriya i sovremennaya praktika [Local Self-Government: a History and Modern Practice]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 5–15.

Публичная форма собственности как инструмент конституционно-правового регулирования экономики



В.Д. Мазаев

профессор кафедры конституционного и административного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: vmazaev9@mail.ru



Аннотация

В работе показывается правовое значение форм собственности для установления конституционной модели современной экономики, для обеспечения баланса частной и публичной сфер деятельности, поддержки перспективных и традиционных экономических укладов. С точки зрения методологии исследования в статье используются методы междисциплинарного анализа, а также приемы конституционной экономики. В статье особое внимание уделяется раскрытию социально-правовой природы публичной собственности. На основании анализа российского законодательства и практики Конституционного Суда Российской Федерации показывается качественное развитие правового содержания публичной собственности, доказывается самостоятельное регулятивное значение этого института. В последнее десятилетие с помощью публичной собственности законодатель предметно формирует публичное имущество, разграничивает собственность между разными уровнями власти, связывает границы своей власти над объектами имущества функциями и полномочиями органов власти, а также принципами целевого назначения и единства природы государственной и муниципальной собственности. Автор выделяет ряд проблем в регулировании вопросов публичной собственности, в том числе необходимость разработки более ясных критериев разграничения и перераспределения объектов публичного имущества, особенностей регулирования отдельных имущественных объектов, особенно объектов национального (публичного) достояния. Констатируется, что появление значительного объема нормативного материала по вопросам публичной собственности требует его систематизации и упорядочения в специальном федеральном законе. К важнейшим проблемам относится также появление различных квази-публичных форм собственности (формально частноправовых), с помощью которых государство значительно увеличивает свое присутствие в хозяйственной жизни (например, публично-правовые компании). Эти формы вносят дисбаланс в принципы свободы и равной правовой защиты участников экономической деятельности, а также являются экономически менее эффективными. В связи с этим предлагается расширить понимание публичной собственности, включив в нее собственность, находящуюся под прямым фактическим контролем государства. Это позволит обосновать потребность в новых правовых критериях определения государственного участия в хозяйственной сфере.



Ключевые слова

конституционная форма собственности, частная собственность, публичная собственность, субъекты публичной собственности, объекты публичной собственности, конституционные принципы экономической системы.

Библиографическое описание: Мазаев В.Д. Публичная форма собственности как инструмент конституционно-правового регулирования экономики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 19–33.

JEL: K00; УДК:342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.19.33

Постановка проблемы. В современной России важнейшей задачей является выбор стратегии и тактики ускоренного экономического развития в рамках рыночной парадигмы и в условиях замедления мирового экономического роста и экономических санкций. В центре решения этой задачи стоят вопросы структурной модернизации экономической модели и, в частности, правовых институтов и форм воздействия на экономическое развитие. К числу общих проблем российской экономической реальности следует отнести перегруженность государственного сектора и неэффективность государственной собственности¹. В связи с этим встает вопрос о роли государственной собственности, иных форм публичной собственности и их соотношении с частной формой собственности. Обоснованно ли публичная собственность занимает весомое положение в современном рыночном хозяйстве и в чем ее истинное назначение? В противном случае сложно опровергнуть устоявшийся довод ведущих цивилистов о политизированности формы собственности как таковой и об использовании публичной формы собственности как инструменте ограничения, сдерживания частной формы, создания неравных правовых условий в их соотношении на рынке². С другой стороны, стоит вопрос о переоценке роли частной собственности, о расширении участия общественных, публичных форм собственности в хозяйственной деятельности, об увеличении их видового многообразия³. Еще одним мотивом актуализации темы является обоснование необходимости появления новых форм собственности в хозяйственном обороте, например, собственности публично-правовых компаний⁴. Все эти вопросы так или иначе связаны с конституционной формой публичной собственности, ее назначением и правовым содержанием.

Значение формы собственности для конституционной экономической модели. Форма собственности есть политико-экономическое понятие, которое отражает особенности взаимоотношений субъектов в процессе хозяйствования, характеристик осуществления господства над объектами имущества и, в конечном счете, роли разных видов собственности в экономической модели.

В гражданском законодательстве принцип равенства участников, неприкосновенности собственности, свободы договора признается базовым в регулировании всех хозяйственных отношений независимо от состава участников гражданско-правовых отноше-

¹ По данным Федеральной антимонопольной службы, важнейшим фактором негативного влияния на российскую экономику является высокая степень участия государства в экономике. Так, по итогам 2015 года вклад государства и государственных компаний в ВВП России может составить около 70%, тогда как в 2005 году эта доля составляла около 35%. См.: Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации. ФАС РФ. 2016. С. 5–7. [Электронный ресурс]: //URL: <http://fas.gov.ru/about/list-of-reports/report.html?id=1653> (дата обращения: 6.06.2017). При таком росте государственного участия полностью не выполнена ни одна мера главного раздела Стратегии социально-экономического развития страны до 2020 «Новая модель экономического роста». См.: Белановский С.А. и др. Анализ факторов реализации документов стратегического планирования верхнего уровня. СПб., 2016. С. 38–50; Абрамов А., Радыгин А., Чернова М., Энтов Р. Государственная собственность и характеристики эффективности // Вопросы экономики. 2017. №4. С. 6,7, 26.

² Наиболее последовательно эту позицию отстаивают Е.А. Суханов и К.И. Скловский; см., напр.: Суханов Е.А. Гражданское право России — частное право. М., 2008. С. 180–181; Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. М., 2010. С. 223.

³ См., напр.: Мозолин В.П. Модернизация права собственности в экономическом измерении // Журнал российского права. 2011. №1. С. 28–30.

⁴ См., напр.: Серова О.А. Право собственности публично-правовых компаний // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 2. С. 15–22; Бакирова Е.Ю., Китаева А.Е. Право собственности государственной корпорации через призму конституционного разграничения форм собственности // Власть закона. 2014. № 1. С. 66–71.

ний, т.е. и форм собственности (ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации)⁵. Для правил гражданского оборота наиболее предметным и понятным являются право собственности с соответствующим набором правомочий собственника и средства защиты этого права⁶. Конституционное право собственности как субъективное право является универсальным и распространяется на все формы собственности⁷. Поэтому значение формы собственности в хозяйственном обороте не имеет столь принципиального значения. Оно косвенно представляется в виде различий правовых статусов субъектов отношений собственности и особенностей объектов права собственности⁸.

В конституционном законодательстве закрепление открытого перечня форм собственности является политико-правовым актом, в основе которого лежат экономическая реальность и потребность общества в признании и равной правовой защите различных способов хозяйствования. На наш взгляд, конституционное назначение формы собственности отражается в следующем:

1) признание частных и общественных сторон в развитии экономической системы данного общества, право на их свободное и конкурентное существование при равной правовой защите⁹;

2) признание многообразия способов хозяйствования как философско-правовой базы современного демократического хозяйствования, а с другой стороны — поддержка тех форм экономической деятельности, которые наиболее соответствуют задачам, социально-экономическим потребностям, а также особенностям социально-экономического менталитета данного государства. Классическим примером служит закрепление в Конституции Российской Федерации на первом месте в перечне форм собственности частной собственности как инструмента преобразования, преодоления доминирования общественных форм собственности в советское время (ч. 2 ст. 8);

3) поддержка исторически сложившихся видов хозяйствования с целью обеспечения прав социальных (национальных, этнических) общностей, непосредственно связанных с ними. Характерным примером являются конституции стран Латинской Америки, где закрепляется общинная собственность индейских племен¹⁰. В России конституционное законодательство также устанавливает правовую форму признания разных видов традиционного хозяйствования за коренными малочисленными народами. Тем самым подтверждается многообразие форм собственности и необходимость обеспечения особенностей проживания отдельных социальных общностей¹¹;

⁵ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 28.03.2017) // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.

⁶ Более подробно о подходах к понятию и форме собственности см., напр.: Рыженков А.Я., Черно морец А.Е. Очерки теории права собственности (прошлое и настоящее). Волгоград, 2005. С. 409–460; Винницкий А.В. Публичная собственность. М., 2013. С. 85–96.

⁷ В решении Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности части третьей статьи 5 Федерального закона «О государственной поддержке средств массовой информации и книгоиздания в Российской Федерации» от 22.11.2000 № 14-П сформулировано, что равная правовая защита собственности относится ко всем формам собственности // СЗ РФ. 04.12.2000. № 49. Ст. 4861.

⁸ См.: Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М., 2017.

⁹ См.: Ильин И.А. Путь духовного обновления / Ильин И.А. Собрание сочинений: в 10 т. Т. 1. М., 1993. С.276–277; Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 2003. С. 217.

¹⁰ Подробнее об особенностях экономической модели стран Южной Америки см.: Сорокова Е.А. Конституционно-правовое регулирование экономической сферы в странах Южной Америки: дис... к. ю. н. М., 2010. С.138–150.

¹¹ См., напр.: Кряжков В.А. Право коренных малочисленных народов на традиционное природопользование (на примере охоты) // Государство и право.2016. № 11. С. 32–42.

4) установление особых правовых режимов отдельных наиболее значимых для общества имущественных объектов;

5) учреждение конституционного статуса субъектов отношений собственности.

Таким образом, назначение формы собственности в конституционном регулировании состоит в формировании экономической модели, способной обеспечить баланс между частной и общественной средами хозяйственной деятельности, в том числе посредством поддержки наиболее перспективных способов хозяйствования, а также тех форм, которые являются исторически традиционными и обеспечивающими самобытность социальных и национальных групп в данном государстве.

Особая роль публичной формы собственности в построении экономической модели. Вопросы определения понятия. Нельзя не заметить, что в конституционном законодательстве большинства государств публичная форма собственности играет особую роль. Посредством ее устанавливаются те способы хозяйствования, которые призваны выражать общественные или государственные интересы, особое положение отдельных социальных групп, особенности и значимость отдельных объектов имущества. В последнее десятилетие в российской научной литературе проведен основательный анализ различных сторон публичной собственности¹². Вместе с тем отношение к данному понятию остается неоднозначным¹³. Наиболее неопределенным остается представление о понятии «публичная собственность», о правовом содержании и границах распространения, о субъектах и особенностях управления и т.д. При том что существуют разные, но взаимосвязанные аспекты данного понятия: субъективное право, правовой институт, совокупность имущества, способ экономической деятельности. В данной работе акцент делается на последнем значении публичной собственности.

На первый взгляд, понятие «публичная собственность как форма собственности» не имеет жестких рамок и обладает большой долей условности. Это объясняется тем, что:

1) в Конституции Российской Федерации учреждаются только две формы собственности — государственная и муниципальная. Эти формы в качестве научного обобщения можно отнести к публичной, если исходить из критерия субъектного состава (публично-властные образования);

2) если исходить из приоритета целевого назначения формы собственности, то частную собственность можно отнести к способу удовлетворения частного интереса, а публичную — к средству общественного служения. В этом случае трудно достигнуть чистоты обособления рассматриваемого понятия. Частная собственность может служить и достижению общественного блага, например, эффективный частный собственник и одновременно добросовестный налогоплательщик может быть надлежащим источником бюджетных средств, частный собственник может активно осуществлять социально значимые проекты или поддержку отдельным нуждающимся сообществам и гражданам¹⁴. В то же время государственная или муниципальная формы собственности могут

¹² Например: Винницкий А.В. Указ. соч.; Талапина Э.В. Публичное право и экономика. М., 2011; Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М., 2006; Она же. Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М., 2009.

¹³ См., напр.: Бородач М.В. Методологические превратности практической реализации норм Конституции России о формах собственности, или «Публична ли публичная собственность?»//Конституционное и муниципальное право. 2014. № 12; Згонников П.П. Правовые позиции по вопросам соотношения собственности и права собственности//Современное право. 2016. № 2.

¹⁴ Современной тенденцией развития частной собственности является ее социализация, расширение публично-правовых обязанностей. См., напр.: Бухонова Л.Р. Конституционно-правовое регулиро-

служить интересам бюрократического партийно-хозяйственного аппарата, отдельных элит, олигархических кланов, национальных групп¹⁵;

3) в слове «публичный» применительно к собственности также акцент делается на открытости, доступности для общества, широких групп субъектов участвовать во владении, пользовании какими-либо материальными благами. В этом подходе главным является некий экономический плюрализм участников отношений собственности, а также открытость управления и распоряжения имущественными объектами. Так, в нашем гражданском законодательстве появилось понятие публичного акционерного общества, где согласно ст. 7 Федерального закона «Об акционерных обществах»¹⁶ и ст. 97 ГК нет единого собственника контрольного пакета акций, собственность расплывлена по многочисленным акциям.

На наш взгляд, понятие «публичность» применительно к конституционной форме собственности, прежде всего, указывает на два решающих аспекта: а) принадлежность вещей публично-властным субъектам и б) целевое назначение собственности, направленное на достижение общественного (и/или публичного) интереса. Согласно этим характеристикам, публичная собственность ближе всего к природе государственной и муниципальной форм собственности. Исходя из этого, публичную форму собственности можно считать собирательным понятием, характеризующим общие признаки указанных конституционных форм собственности. В этом контексте содержание данного понятия раскрывается в узком смысле слова.

Конституционно-правовое назначение публичной формы собственности. В качестве основной научной посылки следует сформулировать следующее: данное понятие является более качественным явлением, нежели собирательный термин и требует более высокого уровня конституционно-правового регулирования. Для пояснения этого тезиса можно представить следующие характеристики и доводы.

I. Оно дает представление о единой политико-экономической природе государственной и муниципальной форм собственности. Это предполагает законодательное закрепление универсальных подходов к статусу публичного имущества как единому народно-хозяйственному комплексу и, соответственно, к методикам и критериям его использования и распоряжения, к единству бюджетного и налогового процессов, к формам контроля и юридической ответственности собственников.

Конституционный Суд Российской Федерации (далее — КС РФ) подтвердил единство природы государственной собственности, несмотря на гражданско-правовую самостоятельность субъектов этой формы собственности. Эта природа обусловлена «особенностями государственной собственности, ее предназначением как экономической основы для осуществления функций государства и реализации полномочий органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹⁷.

вание частной собственности в современном мире. Тенденции и перспективы: автореф. дис... к. ю. н. М., 2016. С. 11–12.

¹⁵ По мнению ведущего специалиста по институциональной экономике, государственная собственность в условиях диктатуры может иметь сходство с частной собственностью. См.: Траутинн Э. Экономическое поведение и институты. М., 2001. С. 51.

¹⁶ Федеральный закон «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 № 208-ФЗ (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2017) // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

¹⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30.06.2006 № 8-П «По делу о проверке конституционности ряда положений части 11 статьи 154 Федерального закона от 22.08.2004 № 122-ФЗ» // СЗ РФ. 2006. № 28. Ст. 3117.

При этом следует, что признаки единства государственной и муниципальной форм собственности не означают поглощения их публичной формой¹⁸. У каждой конституционной формы есть предназначение. Так, муниципальная собственность есть собственность населения муниципального образования, которая используется для решения вопросов местного значения (ч. 2 ст. 130 Конституции). Она, хотя и относится к публичной, но имеет собственную негосударственную природу и способы реализации.

II. Посредством формы публичной собственности признается наличие экономической основы публичной власти. Как таковая, идея взаимосвязи государственного суверенитета и публичной собственности в Конституции России не выражена. Но в доктринальном плане можно выделять основы экономического суверенитета государства в целом, экономическую основу публичной власти субъектов и муниципальных образований как признак их конституционной самостоятельности. В ряде позиций КС РФ отражена идея взаимосвязи публичной собственности и самостоятельности субъектов публичной власти. Так, в п. 3 Определения КС РФ от 19.05.2009 № 596-О-О указано, что объективной спецификой объекта публичной собственности (средства федерального бюджета) является поддержание экономического суверенитета государства¹⁹.

Российский законодатель и судебная практика расширяют представление о государственной и муниципальной формах собственности как имущественной, экономической основе публичной власти. Изначально эта идея заложена в конституционной трехуровневой модели публичной власти и трех видах публичной собственности. В ст. 214 и 215 ГК РФ закреплены общие положения об имущественной базе этих уровней власти. Далее в Федеральном законе от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»²⁰ и в Федеральном законе от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»²¹ закреплены специальные главы: гл. IV.2. (экономическая основа деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации в Федеральном законе от 06.10.1999 № 184-ФЗ); гл. 8 (экономическая основа местного самоуправления в Федеральном законе от 06.10.2003 № 131-ФЗ).

КС РФ подтвердил признание самостоятельной роли публичной собственности как материальной основы обеспечения функций государства и местного самоуправления, а также полномочий их органов. Эти положения, например, отражены в решениях относительно правового режима бюджетных средств различных уровней²²; государственного и муниципального имущества²³. Так, в Постановлении КС РФ от 22.06.2009 №10-П отмечено, что государственная собственность используется как материальная основа

¹⁸ Так, М.В. Бородач пишет о необходимости выделения лишь двух форм собственности (публичной и частной). См.: *Бородач М.В.* Указ. соч. С.13–14.

¹⁹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2009. № 6.

²⁰ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

²¹ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

²² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17.06.2004 № 12-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 155, пунктов 2 и 3 статьи 156 и абзаца двадцать второго статьи 283 Бюджетного кодекса Российской Федерации // СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.

²³ См.: п. 2.1. Постановления Конституционного Суда РФ от 30.06.2006 № 8-П по делу о проверке конституционности ряда положений части 11 статьи 154 Федерального закона от 22.08.2004 № 122-ФЗ // СЗ РФ. 2006. № 28. Ст. 3117.

осуществления программ экономического, социального, культурного развития, обеспечения прав и свобод человека и гражданина²⁴.

III. Исходя из природы публичной собственности, законодатель установил жесткую взаимосвязь между властными полномочиями и публичным имуществом органов публичной власти. Так, в ст. 26.3 Федерального закона от 6.10.1999 №184-ФЗ (ред. от 07.06.2017) «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» закрепляется принцип финансирования полномочий, отнесенных к компетенции субъекта за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации²⁵. Та же формула закреплена и в ст. 50 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ (ред. от 07.06.2017) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»²⁶.

IV. Принцип жесткой взаимосвязи публичной собственности и властных полномочий сопровождается закреплением целевого назначения данного имущества. На наш взгляд, принцип целевого назначения является определяющим в оценке публичного способа хозяйствования. Так, если законодатель допускает, например, возможность органов власти субъекта Федерации выполнять за счет своего бюджета полномочия совместного ведения, прямо не закрепленные за ними в законе, но в то же время запрещает нецелевое использование бюджетных средств.

В решениях Конституционного Суда России подтвержден принцип целевого назначения публичного имущества. По вопросу принадлежности муниципального имущества указывается, что в муниципальной собственности может находиться имущество, прямо указанное в ст. 50 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Но при этом «федеральный законодатель, перечисляя имущество, которое может находиться в собственности муниципальных образований, не ограничивает их в возможности иметь в собственности и иное имущество, если оно предназначено для осуществления возложенных на них полномочий»²⁷.

V. Использование природы публичной собственности при регулировании разграничения и перераспределения публичной имущества по уровням власти. Так, по вопросу разграничения государственной собственности в Постановлении Конституционного Суда от 30.06.2006 № 8-П выражена позиция о праве федерального законодателя разграничивать объекты публичного имущества исходя из единой природы государственной собственности²⁸. В п. 11 ст. 154 Федерального закона от 22.08.2004 № 122-ФЗ («о монетизации льгот») установлена, по существу, разновидность административной процедуры передачи объектов собственности от одного субъекта к другому, из одного вида публичной собственности в другой. На наш взгляд, административный порядок передачи является элементом ограничения конституционного права собственности субъектов публичной власти. Вместе с тем в Постановлении Конституционного Суда от 30.06.2006 № 8-П и в его Определении от 07.12.2006 № 542-О положения указанной процедуры признаны не противоречащими Конституции России. Как некий реверанс конституци-

²⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности пункта 4 части второй статьи 250, статьи 321.1 Налогового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 3 статьи 41 Бюджетного кодекса Российской Федерации ...»// СЗ РФ. № 27. 06.07.2009. Ст. 3383.

²⁵ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

²⁶ СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

²⁷ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20.12.2010 № 22-П// СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 264.

²⁸ СЗ РФ. 2006. № 28. Ст. 3117.

онному субъективному праву публичной собственности, Суд сделал оговорку и указание законодателю, в котором увязал данный порядок передачи с необходимостью волеизъявления субъекта РФ или органов местного самоуправления на такую передачу²⁹.

VI. Использование публичной формы собственности как способа защиты особо ценных и значимых для общества объектов имущества, формирование специальных правовых режимов принадлежности уникальных имущественных объектов. В ч. 1 ст. 9 Конституции России закреплен особый режим использования и охраны земли и природных ресурсов как основе жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории. Согласно ч. 2 ст. 9 Конституции, этот режим может осуществляться в рамках всех конституционных формах собственности. Федеральный законодатель пошел по пути закрепления общего конституционно-правового режима данных объектов на всей территории страны³⁰. Вместе с тем законодатель и Конституционный Суд распространили публичную форму собственности (прежде всего, федеральную) на эти объекты. Так, согласно Лесному кодексу, лесной фонд (это практически 90% леса и земли под ним) стали относиться к федеральной собственности. Согласно Постановлению Конституционного Суда от 9.01.1998 № 1-П по делу «О проверке конституционности Лесного кодекса Российской Федерации» закреплена формула, что лесной фонд ввиду его жизненно важной многофункциональной роли и значимости для общества в целом представляет собой публичное достояние многонационального народа России и как таковой является федеральной собственностью особого рода³¹. Данный подход использовался и в отношении других природных ресурсов (например, недр, объектов животного мира³²). На наш взгляд, Конституционный Суд Российской Федерации ввел новое понятие — «федеральная собственность особого рода», которая вызвана необходимостью усиления конституционной защиты наиболее значимых для многонационального народа объектов. В то же время с позиции других субъектов права собственности возникает вопрос о содержании нового понятия, пределах и границах использования.

VII. Форма публичной собственности наиболее органично взаимосвязана с объектами публичной собственности. Определение структуры публичной собственности, выделение, обособление в ее рамках тех или иных объектов являлось и является важнейшей политико-экономической и правовой задачей³³. Этот процесс охватывает и решение таких вопросов, как формирование, разграничение, перераспределение объектов публичной собственности. И в конечном счете эта проблема касается дифференциации правового регулирования их использования и распоряжения.

На сегодняшний день картина отграничения (обособления) объектов публичного имущества размыта, она разнесена по множеству законодательных и нормативных правовых актов разного уровня публичной власти. Вместе с тем к наиболее ясным элементам регулирования этого вопроса можно отнести:

²⁹ См.: СЗ РФ. 2006. № 28. Ст. 3117; СЗ РФ. 2007. № 10. Ст. 1260.

³⁰ См.: *Петухова Е.П.* Конституционно-правовой режим природных ресурсов: автореф. дис... к. ю. н. М., 2015. С. 10–11.

³¹ См.: СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 429.

³² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 07.06.2000 № 10-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»// СЗ РФ. 2000. № 25. Ст. 2728.

³³ Наиболее подробно о развитии концепции объектов публичной собственности см.: *Винницкий А.В.* Указ. соч. С. 22–84.

1) основной границей внешнего обособления публичных объектов от частных выступают функции и полномочия публично-властных образований. Эта граница устанавливается «самоограничением» государства в частной сфере;

2) во внутренней структуре публичного имущества³⁴ критерием разграничения объектов также являются властные полномочия (и публичный интерес). Однако этот критерий охватывает не все объекты, относимые к публичной собственности. Например, природные ресурсы, в том числе лесной фонд, который относится к федеральной собственности особого рода по критерию уникальности для интересов всего многонационального народа. Кроме того, связь с полномочиями не всегда полно и точно выражена. Так, согласно п. 11 ст. 154 Федерального закона от 22.08.2004 № 122-ФЗ³⁵ установлено, что в федеральной собственности может находиться: а) имущество, необходимое для обеспечения осуществления федеральными органами государственной власти полномочий в рамках их компетенции, в том числе имущество федеральных государственных унитарных предприятий и федеральных государственных учреждений; б) имущество, необходимое для обеспечения стратегических интересов России в области обороны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан; в) имущество, необходимое для обеспечения деятельности федеральных органов государственной власти, государственных служащих, работников федеральных государственных унитарных предприятий и федеральных государственных учреждений, включая нежилые помещения для размещения указанных органов, предприятий и учреждений.

Данная модель используется применительно и к имуществу субъектов федерации, и к муниципальной собственности. Однако посредством указанной модели можно любое имущество определить в качестве публичного.

Наиболее подробно перечень публичного имущества в увязке с полномочиями дается в федеральных законах об общих принципах организации органов государственной власти субъектов федерации и об общих принципах организации местного самоуправления. Следует признать, что принцип взаимосвязи полномочий органов публичной власти и необходимых ресурсов для их осуществления стал наиболее устойчивым критерием разграничения. Но подобный подход также нуждается в серьезном утонении, так как эти перечни чрезмерно изменчивы и нестабильны.

Если все же исходить из социального назначения объектов публичного имущества, то в структуре публичной собственности следует выделять: 1) национальное достояние (например, природные ресурсы, леса (лесной фонд), воды и т.д.) — федеральную собственность особого рода; 2) имущество, необходимое для обеспечения экономической основы деятельности публично-властных органов; 3) публичное имущество, с помощью которого обеспечивается решение отдельных функций властных органов, в том числе с целью получения прибыли и участия в хозяйственной деятельности.

Подобный подход в основном соответствует общеевропейской тенденции развития теории публичного имущества³⁶ и представлениям российских дореволюционных специалистов о природе и назначении государственного имущества. Так, И.И. Янжул вы-

³⁴ Следует заметить, что по вопросу содержания публичного имущества существуют множество неоднозначных подходов, которые не являются предметом рассмотрения данной статьи.

³⁵ Федеральный закон «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов ...» // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

³⁶ См.: Винницкий А.В. Указ. соч. С. 109–110.

делял два подхода к государственному имуществу. В широком смысле это всякое имущество, движимое или недвижимое, принадлежащее государству как нравственному лицу, как юридическому субъекту и/или находящееся во всеобщем пользовании всех жителей государства, или же вверенное правительству как представителю страны (например, крепости, дороги, правительственные здания, водные пути сообщения и т.д.). В узком смысле к государственному имуществу относятся те объекты, которые способны приносить доход казне (например, земля, леса, вещные права на пользование частным имуществом, всякого рода капиталы, принадлежащие правительству)³⁷.

Указанное выделение объектов публичного имущества по степени значимости для всего общества и государства требует большой ясности критериев разграничения и способов регулирования. Любая неопределенность в этом вопросе ведет к искажению границ и повышению риска огосударствления большей части имущественных объектов. Так, выделение в качестве особого вида публичной собственности лесного фонда, недр и т.д. до сих пор не сняло вопросов, почему именно федеральная собственность является исключительной гарантией обеспечения уникальности данных объектов, почему эта уникальность не может обеспечиваться государственной собственностью Федерации и субъектов Федерации совместно и т.д.?

VIII. Отдельной проблемой в регулировании отношений публичной собственности является имущество, принадлежащее на праве собственности государству и муниципальным образованиям, которое прямо или косвенно используется для извлечения прибыли, реализации ведомственных (частных) интересов и называется публично-частным³⁸. В российской правовой системе этот вопрос не урегулирован и, может быть, не имеет большой перспективы. Но он важен, чтобы, например, понять, как урегулировать статус подобного имущества, как оценивать его использование, как относиться к нему субъектам частной хозяйственной деятельности и гражданам. Например, государственные и муниципальные учреждения вправе оказывать услуги, часть из них бесплатные, а часть платные. Результаты ряда исследований нормативной базы и практики оказания этих услуг показывают, что остаются неясными критерии отнесения услуг, оказываемых как на безвозмездной, так и на возмездной основе. В результате население недовольно необоснованной ценой на публичные услуги и не понимает природы публичных функций и собственности³⁹.

IX. Особой проблемой являются объекты публичной собственности, которые выходят в гражданский оборот в тех или иных организационно-правовых формах, относящихся по ГК РФ к частной собственности. Например, государственные корпорации, государственные компании, единые хозяйствующие субъекты, публично-правовые компании наделяются публичным имуществом, публично-целевым назначением деятельности, обеспечиваются всей мощью федерального государства, в том числе материальной поддержкой в трудные минуты, а также делегированием части властных полномочий (отдельным публично-правовым компаниям). Все это позволяет говорить об огосударствлении гражданского оборота с использованием частноправовых форм. Ряд исследователей предлагает более точно определиться с этими формами, в том числе предлагает расширить виды форм собственности, включив в них собственность по-

³⁷ См.: Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах. 4-е изд. СПб., 1904. С.59–60.

³⁸ Подробнее о данной категории см.: Винницкий А.В. Указ. соч. С.34–40, 108–110.

³⁹ См., напр.: Институт муниципальных услуг в России: современное состояние и направление развития / под ред. С.В. Кабышева, Н.Н. Чучелиной. М., 2014. С. 296–310.

добных субъектов⁴⁰. Нельзя не согласиться с А.В. Винницким, что право собственности указанных юридических лиц носит производный характер от публичной собственности, их имущество полностью подконтрольно публичным образованиям, обеспечивает выполнение части их функций и его можно назвать квази-публичной собственностью⁴¹.

Развивая данную позицию, стоит заметить, что значительная часть госсектора также может относиться к форме публичного хозяйствования. Согласно Докладу ФАС, существенное увеличение доли государства и государственных компаний в экономике страны развивает государственно-монополистические тенденции, что является общим отрицательным фактором дальнейшего развития экономики⁴². Расширение государственного сектора есть реальное доминирование государственного интереса и государственно-властных полномочий по его управлению в экономике. Его чрезмерное увеличение, во-первых, искажает баланс частного и публичного секторов, делает размытыми границы взаимодействия частного и публичного в деятельности органов власти на рынке; во-вторых, не обеспечивает равной правовой защиты всех форм собственности в хозяйственном обороте, должных границ участия публичных субъектов в частной сфере, ясности их статуса среди участников рынка.

Поэтому, чтобы представить подлинную картину экономико-правового воздействия государства на экономику, следует доктринально расширить понятие публичной формы собственности, включив в нее не только объекты, находящиеся на праве собственности публично-властных субъектов, но и все вещные и обязательственные права, которые позволяют осуществлять доминирующий контроль за экономическими субъектами на рынке, а также те субъекты хозяйственной деятельности (имущественные комплексы), которые находятся под прямым контролем государства. На наш взгляд, стоит прислушаться к позиции зарубежных экономистов, что даже «государственный контроль, несомненно, — худшая форма собственности»⁴³.

Х. Конституционная форма публичной собственности является основным инструментом обеспечения баланса между частным и публичным. Для частной формы собственности достаточно признания ее неприкосновенности и обеспеченности принципом верховенства права⁴⁴. Публичную форму, ее границы и объемы устанавливает государство. В этом смысле оно свободно в своем праве (в рамках Конституции) устанавливать параметры публичного хозяйства с учетом конституционных принципов рыночной экономики.

Несомненно, что в конституционных нормах не устанавливается конкретного рецепта оптимального для данного времени и состояния экономики соотношения частного и публичного. Вместе с тем, конституционные положения в сфере экономики позволяют соотносить действующий правовой механизм регулирования рынка с политико-экономическими реалиями. По мнению экономистов, как правило, компании с

⁴⁰ См.: Серова О.А. Указ. соч. С. 15,16, 20–22.

⁴¹ См.: Винницкий А.В. Указ. соч. С.140–141.

⁴² См.: ФАС РФ. Доклад о состоянии конкуренции в Российской Федерации. 2016. С. 7.

⁴³ См.: Джонсон С. Компании с участием государства невыгодны для инвесторов // Ведомости. 25.09.2016. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vedomosti.ru/finance/articles/2016/09/23/658291-gosudarstvennaya-sobstvennosti-hudshaya> (дата обращения: 10.06.2017)

⁴⁴ См.: Гаджиев Г.А. Право и экономика: междисциплинарные подходы в науке и образовании / IV Московский юридический форум. 6.04.2017. С.21–22. [Электронный ресурс]: // URL:http://www.ksrf.ru/ru/News/Documents/report_%D0%93%D0%B0%D0%B4%D0%B6%D0%B8%D0%B5%D0%B2_2017.pdf (дата обращения: 2.07.2017)

государственным участием, государственные компании, госкорпорации являются менее эффективными, нежели частные⁴⁵. Вопрос, насколько они менее эффективны, чем частные при решении данных государственных задач, считается неоднозначным. Однако имеются объективные показатели оценки места той или иной формы или разновидности государственной собственности. Например, ряд экономистов выделяет прямую и косвенную государственную собственность⁴⁶. В результате анализа деятельности предприятий они делают вывод, что косвенная государственная собственность более эффективна на рынке, чем прямая. Данный вывод подтверждает идею, что для поддержания результативного баланса частного и публичного в отношениях собственности необходим постоянный экономический мониторинг, «взвешивание» значения и объема каждой из форм собственности в общем экономическом порядке.

Выводы и постановочные вопросы.

1. Конституционная форма собственности являются необходимым элементом правового регулирования российской экономической модели, обеспечения необходимого баланса между частной и публичной сторонами хозяйственной деятельности.

2. Расширение государственного участия в экономике обуславливают появление различных новых форм и способов хозяйствования, увеличение публичного в частном секторе. Это, в свою очередь, предполагает уточнение конституционно-правовых границ присутствия государства в хозяйственной деятельности, сдерживание публичного в гражданском обороте. Гражданское законодательство в состоянии нивелировать особенности (и привилегии) статуса субъектов публичного права собственности.

3. Развитие правового содержания, широкое использование политико-экономической природы конституционной формы публичной собственности в федеральном и региональном законодательстве, в позициях Конституционного Суда, а также отсутствие системного подхода к нормативному регулированию публичной собственности позволяют говорить о необходимости упорядочения регулирования данных отношений. Прежде всего это касается формирования, разграничения, перераспределения объектов публичного имущества, критериев оценки использования, механизма управления, статуса субъектов публичного права в хозяйственной деятельности и т.д. В связи с этим следует поддержать идею о разработке и принятия федерального закона о статусе публичной собственности (или о государственном и муниципальном имуществе).

4. До сих пор остается нерешенной проблема использования категории «федеральная собственность особого рода». Подобное обособление собственности, называемой «национальное (публичное) достояние», в составе государственной формы собственности требует уточнения его правового содержания. В связи с этим необходима постановка вопроса, насколько федеральная государственная власть способна обеспечить рациональное использование уникальных объектов национального достояния, установить неординарность правового режима их использования?

5. Расширение содержания конституционной формы публичной собственности дает понятие о реальном публичном способе хозяйствования, о тех границах и формах, в которых происходит действительное взаимоотношение частной и публичной сторон хозяйственной деятельности. Данный подход направлен на упорядочение правового

⁴⁵ Например: Джонсон С. Указ. соч.; Абрамов А., Радыгин А., Чернова М., Энтов Р. Указ. соч. С. 8.

⁴⁶ Прямая собственность предполагает, что распоряжение акциями (долями), находящимися в федеральной собственности, осуществляется непосредственно уполномоченными органами государственной власти. В случае косвенной собственности государство владеет акциями компании через иные организации (или цепочку организаций). См.: Там же. С. 14.

регулирования участия государства в частной сфере, выставление правовых «реперов» вмешательства государства в хозяйственный оборот с использованием частноправовых форм, снижение роли «притворных частных форм» публичного хозяйствования, повышение степени защищенности частных субъектов, определенность в гражданском законодательстве.



Библиография

Абрамов А., Радыгин А., Чернова М., Энтов Р. Государственная собственность и характеристики эффективности // Вопросы экономики. 2017. № 4. С. 5–38.

Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М.: Аграф, 2003. 635 с.

Андреева Г.Н. Институт собственности в конституциях зарубежных стран и Конституции Российской Федерации. М.: Норма, 2009. 368 с.

Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М.: Наука, 2006. 268 с.

Бакирова Е.Ю., Китаева А.Е. Право собственности государственной корпорации через призму конституционного разграничения форм собственности // Власть закона. 2014. № 1. С. 66–71.

Бородач М.В. Методологические превратности практической реализации норм Конституции России о формах собственности, или «Публична ли публичная собственность?» // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 12. С. 10–14.

Бухонова Л.Р. Конституционно-правовое регулирование частной собственности в современном мире. Тенденции и перспективы: автореф. дис... к. ю. н. М., 2016. 36 с.

Винницкий А.В. Публичная собственность. М.: Статут, 2013. 732 с.

Згонников П.П. Правовые позиции по вопросам соотношения собственности и права собственности // Современное право. 2016. № 2. С. 57–61.

Институт муниципальных услуг в России: современное состояние и направление развития / под ред. С.В. Кабышева, Н.Н. Чучелиной. М.: Городец, 2014. 400 с.

Кряжков В.А. Право коренных малочисленных народов на традиционное природопользование (на примере охоты) // Государство и право. 2016. № 11. С. 32–42.

Петухова Е.П. Конституционно-правовой режим природных ресурсов: автореф. дис... к. ю. н. М., 2015. 25 с.

Серова О.А. Право собственности публично-правовых компаний // Законы России: опыт, анализ, практика. 2017. № 2. С. 15–22.

Суханов Е.А. Вещное право: научно-познавательный очерк. М.: Статут, 2017. 560 с.

Янжул И.И. Основные начала финансовой науки. Учение о государственных доходах. 4-е изд.. СПб: Типография М. Стасюлевича, 1904. 205 с.

Public Form of Property as an Instrument of Constitutional Law Regulation of the Economy



Vladimir D. Mazaev

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



Abstract

The work shows the legal significance of the forms of ownership for establishing the constitutional model of the modern economy, for ensuring the balance of private and public spheres of activity, supporting promising and traditional economic structures. Using the methods of interdisciplinary

analysis, as well as the methods of the constitutional economy, special attention is paid to the disclosure of the socio-legal nature of public property. Based on the analysis of Russian legislation and the practice of the Constitutional Court of the Russian Federation, the qualitative development of the legal content of public property is shown, and the independent regulatory significance of this institution is proved. In the past decade, through the public ownership, the legislator lawfully forms public property, divides the property into different levels of power, connects the boundaries of its power over the objects of property with functions, powers of the authorities, the principle of special-purpose designation and the principle of the unity of nature of state and municipal property. There are a number of issues in regulating aspects of public property, including the need to develop more clear criteria for the delineation and redistribution of public property objects, the peculiarities of the regulation of certain property objects, especially the objects of the national (public) property. It is stated that the appearance of a significant amount of regulatory material on issues of public property requires its systematization and streamlining in a special federal law. The emergence of various quasi-public forms of property (formally private law), through which the state significantly increases its presence in the economic life (for example, public-law companies), also belongs to the most important problems. These forms introduce an imbalance in the principles of freedom and equal legal protection of participants in economic activity, and are also economically less effective. In this regard, it is proposed to expand the understanding of public property by including in it the property that is under the direct actual control of the state. This will make it possible to justify the need for new legal criteria for determining state participation in the economic sphere.



Keywords

constitutional form of property; private property; public property; subjects of public property; objects of public property; constitutional principles of the economic system.

Citation: Mazaev V.D. (2017) Public Form of Property as an Instrument of Constitutional Law Regulation of Economy. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 19–33 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.19.33



References

- Abramov A., Radygin A., Chernova M., Entov R. (2017) Gosudarstvennaya sobstvennost i chaharakteristiki effektivnosti [The State Ownership and its Efficiency]. *Voprosy ekonomiki*, no 4, pp. 6,7, 26.
- Alekseev N.N. (2003) *Russkyi narod i gosudarstvo* [Russian People and the State]. Moscow: Agraf, p. 217 (in Russian)
- Andreeva G.N. (2006) *Ekonomicheskaya konstitutcia v zarybeznykh stranah* [The Economic Constitution in Foreign Countries]. Moscow: Nauka, 268 pp. (in Russian)
- Andreeva G.N. (2009) *Instituty sobstvennosti v konstitutciyakh zarubezhnykh stran and Rossyiskoi Federacii* [The Institution of Property in Constitutions of Foreign Countries and Constitution of the Russian Federation]. Moscow: Norma, 368 p. (in Russian)
- Bakirova E.Yu., Kitaeva A.E. (2014) *Pravo sobstvennosti gosudarstvennykh korporatsiy cherez prizmy konstitucionnogo razdelehiya form sobstvennosti* [Right of Ownership of State Corporations through the Prism of the Constitutional Separation of Forms of Ownership] *Vlast zakona*, no 1, pp. 66–71.
- Mozolin V.P. (2011) Modernizatsia prav sobstvennost iv ekonomicheskom izmerenii [Modernization of Property Rights in Economic Measurement]. *Zhurnal rossyiskogo prava*, no 1, pp. 28–30.
- Petukhova E.P. (2015) *Konstitucionno-pravovoy regime prirodnkh resursov* [The Constitutional Regime of Natural Resources]. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary. Moscow, p. 10–11.
- Ryzhenkov A.Y., Chernomorets A.E. (2005) *Ocherki teorii prava sobstvennosti* [The Essays on the Theory of Property Rights]. Volgograd: Panorama, pp. 409–460 (in Russian)
- Serova O.A. (2017) *Pravo sobstvennosti publichno-pravovykh kompaniy* [The Right of Ownership of Public Law Companies]. *Zakony Rossii*, no 2, pp. 15–22
- Sklovsky K.I. (2010) *Sobstvennost v chastnom prave* [The Property Law]. Moscow: Statute, 223 p. (in Russian)
- Sukhanov E.A. (2008) *Grazhdanskoye pravo Rossii: chastnoy epravo* [The Civil Law of Russia: Private Law]. Moscow: Statut, pp. 180–181

- Sukhanov E.A. (2017) *Pravo sobstvennosti* [The Property Law]. Moscow: Statut, 390 p. (in Russian)
- Talapina E.V. (2011) *Publichnoe pravo i ekonomika* [Public Law and Economy]. Moscow: Wolters Kluwer, 365 p. (in Russian)
- Vinnitsky A.V. (2013) *Publichnaya sobstvennost* [The Public Property]. Moscow: Statute, 351 p. (in Russian)
- Zgonnikov P.P. (2016) *Provovye pozitsii po sootnosheniu sobstvennosti i prava sobstvennosti* [Legal Positions on Correlation between Property and Property Rights]. *Sovremenoye pravo*, no 2, pp. 57–61.

Виды незаконных банкротств в Российской Федерации: некоторые проблемы правового регулирования



О.В. Добровлянина

доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического факультета Пермского государственного национального исследовательского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 614000, Российская Федерация, Пермь, ул. Букирева, 15. E-mail: odobr1@mail.ru



К.С. Кондратьева

доцент кафедры гражданского и предпринимательского права национального исследовательского университета “Высшей школы экономики” — Пермь, кандидат юридических наук. Адрес: 614000, Российская Федерация, Пермь, ул. Студенческая, 38. E-mail: ksepua-9@mail.ru



К.В. Патырбаева

доцент кафедры философии Пермского государственного национального исследовательского университета, кандидат философских наук, магистр юриспруденции. Адрес: 614000, Российская Федерация, Пермь, ул. Букирева, 15. E-mail: philosmatem@mail.ru



Аннотация

В статье содержится классификация видов и способов совершения незаконных банкротств, проанализированы нормы о юридической ответственности за незаконные банкротства по административному и уголовному законодательству. Целью исследования был комплексный анализ особенностей административно-правового и уголовно-правового регулирования незаконных банкротств в Российской Федерации для определения недостатков нормативно-правового регулирования по этому вопросу. Кроме того, в работе рассмотрены особенности уголовного законодательства в сфере банкротства и проблемы привлечения к ответственности за преступления в сфере банкротства в зарубежных странах. При написании статьи были использованы методы аналитический, системный, сравнительно-правовой, технико-юридический. Анализ практики и комментирования законодательных положений о незаконных банкротствах показал, что в доктрине отсутствует единый подход к классификации незаконных банкротств, не систематизированы способы их совершения, нет федеральных нормативных стандартов анализа финансового состояния должника арбитражным управляющим; в связи с высокой латентностью этих преступлений их трудно выявлять. При изучении иностранных источников выявлен интерес юристов и экономистов к изучению негативных экономических явлений и процессов, которые приводят к банкротству организации. Отсутствие в доктрине терминологического единообразия обозначения банкротств, совершенных с нарушением уголовного и административного законодательства, способствовало составлению авторами типологии незаконных банкротств. К незаконным банкротствам относятся неправомерные и криминальные банкротства, которые в свою очередь подразделяются в зависимости от составов на преднамеренное банкротство, фиктивное банкротство, а также реальное банкротство, в рамках которого совершены неправомерные действия. На основе обобщения материалов судебной практики сделаны выводы об основных способах незаконных банкротств. Определены проблемы привлечения виновных в криминальных банкротствах к уголовной ответственности. Выявлены недостатки правового регулирования.



Ключевые слова

преднамеренное банкротство, фиктивное банкротство, реальное банкротство, неправомерные действия при банкротстве, незаконные банкротства, неправомерные и криминальные банкротства, уголовная ответственность, административная ответственность.

Библиографическое описание: Добровлянина О.В., Кондратьева К.С., Патырбаева К.В. Виды незаконных банкротств в Российской Федерации: некоторые проблемы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 34–49.

JEL: K149; УДК: 343.535.2

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.34.49

В условиях экономического кризиса проблема банкротства юридических лиц приобретает особую актуальность. Вследствие негативного воздействия совокупности внутренних и внешних факторов возрастают риски как правомерных, так и незаконных банкротств. Это обуславливает необходимость своевременного выявления преступлений в данной сфере, и, как следствие, важность комплексного анализа уголовно-правовых и административно-правовых норм о незаконных банкротствах с целью определения недостатков нормативно-правового регулирования по этому вопросу.

В современной юридической и экономической литературе вопросам банкротства уделяется большое внимание. Х. Одж и С. Де Прайкер¹, Р. Чаран и Дж. Усим², Дж. Эверетт и Дж. Уотсон³, П. Помпеи Дж. Билдербик⁴ анализируют экономические аспекты банкротства юридических лиц.

Так, например, в работе Х. Оджа и С. Де Прайкер рассматриваются негативные экономические явления и процессы, которые приводят к банкротству организации. Авторы стремятся определить взаимосвязи между особенностями компании, ее внутренними процессами и «провалами», приводящими в конечном счете к банкротству⁵. По их мнению, наиболее распространенными негативными процессами, приводящими к банкротству, являются провал «стартапов», провал стремительного роста компании, провал компании вследствие отсутствия должной экономической активности. Выводы, сделанные учеными, имеют практическую ценность, состоящую в том, что позволяют скорректировать стратегию развития компании и предотвратить банкротство⁶.

Отечественные ученые уделяют значительное внимание проблемам банкротства юридических лиц. Общую правовую характеристику посягательств в сфере несостоятельности (банкротства) в Российской Федерации предлагает Д.С. Токарев⁷. О фиктив-

¹ См.: Ooghe H., De Prijcker S. Failure processes and causes of company bankruptcy: a typology // Management Decision. 2008. Vol. 46. Issue 2. P. 223–242.

² См.: Charan R., Useem J. Why companies fail — CEOs offer every excuse but the right one: their own errors. Here are ten mistakes to avoid // Fortune. 2002. Vol. 145. No. 11. P. 50–62.

³ См.: Everett J., Watson J. Small business failure and external risk factors // Small Business Economics. 1998. Vol. 11. No. 4. P. 371–390.

⁴ См.: Pompe P., Bilderbeek J. The prediction of bankruptcy of small and medium-sized industrial firms // Journal of Business Venturing. 2005. No. 6. P. 847–868.

⁵ См.: Ooghe H., De Prijcker S. Op. cit. P. 242.

⁶ Ibidem.

⁷ См.: Токарев Д.С. Правовая характеристика посягательств в сфере несостоятельности (банкротства) // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2009. № 19. С. 61–65.

ности и преднамеренности банкротства в России, а также о предложениях по усовершенствованию законодательства в этой сфере пишет Е.В. Кравчук⁸. Анализ причин и факторов преднамеренного банкротства дан в работе А.А. Островской⁹. Механизмы преступного поведения, связанного с преднамеренным банкротством, и особенности квалификации данного преступления, рассматриваются В.В. Сверчковым и С.С. Вороновым¹⁰. Привлечение к ответственности за нарушение законодательства о банкротстве затрнуто в работах М.М. Азизова, Д.Н. Лозовского и С.В. Фидельского, Д.Е. Лепихина, А.В. Макарова, Е.В. Христенко, В.В. Безталанова и Д.В. Мирошниченко¹¹. Вопросы о соотношении уголовной и административной ответственности за правонарушения в сфере экономики освещены Р.А. Карташовым¹². Вопросы эффективности исполнения арбитражными управляющими своих обязанностей в процессе выявления признаков преднамеренного банкротства поднимает И.В. Арзякова¹³. Особенности уголовного законодательства в сфере банкротства и проблемы привлечения к ответственности за преступления в сфере банкротства в зарубежных странах рассматриваются в работах В.И. Морозова, С.Л. Цыганкова, Е.В. Христенко¹⁴.

Основным законодательным актом, регулирующим институт несостоятельности (банкротства) является Федеральный закон № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкрот-

⁸ См.: Кравчук Е.В. Фиктивность и преднамеренность банкротства в России. М., 2013. 160 с.

⁹ См.: Островская А.А. Проблема преднамеренного банкротства // Экономические системы. 2013. № 6. С. 53–54.

¹⁰ См.: Сверчков В.В., Воронов С.С. Преднамеренное банкротство юридического лица или индивидуального предпринимателя: механизм преступного поведения и особенности квалификации // Юридическая наука и практика. Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 21. С. 156–160.

¹¹ См.: Азизов М.М. Объективная сторона преступления, предусмотренного статьей 196 Уголовного кодекса Российской Федерации (преднамеренное банкротство) // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2011. № 2. С. 144–150; Он же. Понятие и признаки преднамеренного банкротства // Бизнес в законе. 2010. № 5. С. 128–129; Лозовский Д.Н. Некоторые аспекты возбуждения уголовных дел о преступлениях, связанных с преднамеренным банкротством / Актуальные проблемы уголовной и уголовно-процессуальной политики Российской Федерации. Омск, 2014. С. 132–135; Лозовский Д.Н., Фидельский С.В. К вопросу об особенностях возбуждения уголовных дел о преступлениях, связанных с преднамеренным банкротством // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1. 2013. № 4. С. 208–211; Лепихин Д.Е. Проблемы конструирования объективной стороны преднамеренного банкротства // Вестник Удмуртского университета. 2012. № 2–4. С. 104–107; Макаров А.В. Проблемы привлечения к уголовной ответственности за криминальные банкротства // Социально-экономические явления и процессы. 2011. № 3–4. С. 378–380; Христенко Е.В. Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство / Институты и механизмы инновационного развития: мировой опыт и российская практика. Курск, 2011. С. 289–291; Безталанов В.В., Мирошниченко Д.В. Ответственность за совершение неправомерных действий в процессе банкротства // Вестник образовательного консорциума. Среднерусский университет. Серия: Юриспруденция. 2014. № 3. С. 26–27.

¹² См.: Карташов Р.А. К вопросу о соотношении уголовной и административной ответственности за правонарушения в сфере экономики // Вестник Московского государственного областного университета. Серия: Юриспруденция. 2010. № 3. С. 58–62.

¹³ См.: Арзякова И.В. Проблема эффективности деятельности арбитражного управляющего при выявлении признаков преднамеренного банкротства // Бизнес в законе. 2011. № 6. С. 245–248.

¹⁴ См.: Морозов В.И., Цыганков С.Л. Особенности уголовной ответственности за преступления в сфере банкротства в зарубежных странах. [Электронный ресурс]: // URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-ugolovnoy-otvetstvennosti-za-prestupleniya-v-sfere-bankrotstva-v-zarubezhnyh-stranah.pdf> (дата обращения: 15.04.2017); Христенко Е.В. Ответственность за преднамеренное и фиктивное банкротство / Институты и механизмы инновационного развития... С. 289–291.

стве)» от 26.10.2002 (далее — Закон о банкротстве)¹⁵. Определение банкротства юридического лица как признанной арбитражным судом неспособности должника отвечать по денежным обязательствам перед кредиторами, а также по обязательствам, связанным с выплатой выходных пособий и (или) оплатой труда работников и с уплатой обязательных платежей, дается в ст. 2 Закона о банкротстве.

Закон о банкротстве не закрепляет типологии банкротств, и в экономической и юридической литературе существуют различные подходы к выделению их видов. При этом для терминологического обозначения банкротств, совершенных с нарушением законодательства, авторы используют различные понятия. Так, Т.А. Нормова и С.Н. Хабаху указывают, что в зависимости от причин несостоятельности можно выделить подложное (злостное) и неосторожное (простое) банкротства. Примерами подложного (злостного) банкротства в российской практике являются фиктивное и преднамеренное банкротства¹⁶. О.В. Сергиенко выделяет реальное и несанкционированное банкротства¹⁷; И.П. Николаева и А.С. Палювина говорят о тех же видах банкротств. К несанкционированным банкротствам они относят умышленное, фиктивное и заказное банкротства¹⁸.

В финансовой практике специалистами антикризисного управления выделяются реальное банкротство, когда компания неспособна восстановить платежеспособность вследствие действительных потерь капитала, как собственного, так и заемного; техническое (временное, условное) банкротство, когда неплатежеспособность компании является следствием существенной просрочки оплаты ее задолженности; криминальное банкротство, когда компания объявляется банкротом, не будучи в реальности таковой (фиктивное банкротство) или когда в результате умышленных неправомерных действий руководителя или собственника компания утрачивает платежеспособность и становится банкротом (преднамеренное банкротство)¹⁹.

Отсутствие в доктрине терминологического единообразия обозначения банкротств, совершенных с нарушением уголовного и административного законодательства, способствовало составлению авторами настоящего исследования типологии незаконных банкротств. Предлагаемая нами классификация составлена с учетом действующего уголовного и административного законодательства, отражает составы правонарушений и преступлений, предусмотренных данным законодательством.

Полагаем, что к незаконным банкротствам целесообразно отнести банкротства, содержащие признаки правонарушений и преступлений. Это неправомерные и криминальные банкротства, которые, в свою очередь, подразделяются в зависимости от составов на преднамеренное банкротство, фиктивное банкротство, а также реальное банкротство, в рамках которого совершены неправомерные действия. Неправомерное банкротство отличается от криминального прежде всего размером нанесенного ущерба.

В случае преднамеренного банкротства умышленно совершаются действия по созданию ситуации банкротства юридического лица, которое в ином случае сохранило бы

¹⁵ СЗ РФ.2002. № 43. Ст. 4190.

¹⁶ См.: Нормова Т.А., Хабаху С.Н. Проблемы финансовой несостоятельности организации // Экономика. Право. Печать. Вестник КСЭИ. 2012. № 1–2. С. 46–49.

¹⁷ См.: Сергиенко О.В. Факторы несостоятельности коммерческих организаций в условиях современной экономики // Наука о человеке: гуманитарные исследования. 2015. № 3. С. 136–144.

¹⁸ См.: Николаева И.П., Палювина А.С. Банкротство: причины, особенности и последствия в России // Известия Волгоградского государственного технического университета. 2014. № 17. Т. 20. С. 31–39.

¹⁹ См.: Львова О.А. Банкротство в системе рыночных отношений: автореф. дис... канд. эконом. наук. М., 2012.

платежеспособность. При фиктивном банкротстве юридическое лицо заведомо ложно объявляет о своей несостоятельности (банкротстве). Неправомерные действия совершаются в преддверии либо в процессе реального (действительного) банкротства.

Основными целями незаконных банкротств, как правило, являются уклонение от уплаты долгов; смена собственника имущества; хищение имущества, в том числе денежных средств. Чаще всего правонарушители стремятся к достижению всех этих целей, поскольку создается возможность незаконно обогатиться за счет получения имущественных прав либо невыплаты долговых обязательств.

Законодательством России за незаконные банкротства предусмотрены уголовная и административная ответственность. Применение норм уголовного или административного права об ответственности обусловлено степенью общественной опасности деяния. В случае если причиненный ущерб менее 2 250 000 руб., то применяются нормы Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации²⁰ (далее — КоАП РФ). Лица, совершившие административные правонарушения по ч. 1 ст. 14.12 КоАП РФ (фиктивное банкротство), ч. 2 ст. 14.12 КоАП РФ (преднамеренное банкротство), ст. 14.13 КоАП РФ (неправомерные действия при банкротстве), подвергаются административному наказанию в виде штрафа или дисквалификации.

Уголовная ответственность за незаконные банкротства предусмотрена ст. 196 Уголовного кодекса Российской Федерации²¹ (далее — УК РФ) (преднамеренное банкротство), ст. 197 УК РФ (фиктивное банкротство), ст. 195 УК РФ (неправомерные действия при банкротстве) и наступает при наличии крупного ущерба.

Существуют следующие способы совершения незаконных банкротств:

а) Преднамеренное банкротство

В уголовном и административном законодательстве России под преднамеренным банкротством понимаются действия или бездействие руководителя или учредителя (участника) юридического лица, в результате которых наступает неспособность данного юридического лица удовлетворять имущественные требования кредиторов.

Если ущерб, причиненный такими действиями или бездействием, составляет менее 2 250 000 руб., то ответственность наступает по ч. 2 ст. 14.12 КоАП РФ, которая в качестве санкции за преднамеренное банкротство, не содержащее признаков уголовно наказуемого деяния, предусматривает наложение административного штрафа на граждан в размере от одной до трех тысяч рублей; на должностных лиц — от пяти до десяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок от одного года до трех лет. При причинении крупного ущерба в размере 2 250 000 руб. и более наступает уголовная ответственность по ст. 196 УК РФ. В этом случае преднамеренное банкротство наказывается либо штрафом в размере от двухсот до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до трех лет, либо принудительными работами на срок до пяти лет, либо лишением свободы на срок до шести лет со штрафом в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до восемнадцати месяцев либо без такового.

На основе анализа обвинительных приговоров по уголовным делам о преднамеренном банкротстве за период 2010–2016 гг. сделаем выводы об основных способах совершения данного преступления.

²⁰ См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 № 195-ФЗ (ред. от 05.04.2016) // Российская газета. 2001. № 256.

²¹ См.: Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 № 63-ФЗ (ред. от 30.03.2016) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

Способ 1: Отчуждение («вывод») имущества юридического лица

1) Заключение экономически нецелесообразных сделок по отчуждению основных средств юридического лица.

Так, Георгиевский городской суд Ставропольского края в 2016 г. вынес обвинительный приговор по делу № 1-133/16 в отношении Т.В. Филатовой, совершившей отчуждение имущества юридического лица, учредителем которого она являлась, на заведомо экономически нецелесообразных условиях, тем самым лишив общество возможности в полной мере удовлетворить требования кредиторов²².

Другой пример — в 2015 г. Вологодский городской суд вынес приговор по делу № 1-889/2015 в отношении подсудимого Д.Н. Евстюничева, который будучи директором общества «Стелс» и уклоняясь от исполнения кредитных обязательств, принял решение о выводе активов предприятия — продаже недвижимого имущества, являющегося единственным источником дохода предприятия, по заведомо заниженной цене²³.

2) Передача денежных средств без правовых оснований (вывод денежных средств).

Так, Октябрьской районный суд Уфы 19.05.2015 вынес обвинительный приговор по делу № 1-89/2015 в отношении О.Ю. Степанкина. Обвиняемый без каких-либо правовых обоснований при наличии кредиторской задолженности перед иными кредиторами вывел имущество возглавляемого им предприятия в виде денежных средств на сумму 6862550 руб. путем передачи их третьим лицам и тем самым создал условия для преднамеренного банкротства²⁴.

3) Вывод денежных средств предприятия путем использования фиктивных платежных документов под предлогом списания денежных средств с целью выдачи заработной платы и выплаты платежей социального характера.

Так, Эжвинский районный суд Сыктывкара вынес обвинительный приговор по делу № 1-4/2015 в отношении С.Н. Губаренко, который под предлогом выдачи заработной платы использовал фиктивные платежные документы для списания денежных средств с расчетного счета юридического лица и перечисления их на свой лицевой счет²⁵.

4) Переуступка права требования долга.

Так, Трубчевский районный суд Брянской области в 2016 г. вынес обвинительный приговор № 1-48/2016 по ст. 196 УК РФ в отношении М.М. Зайцева, который будучи членом Совета директоров и генеральным директором общества «Картофельная Нива» и одновременно являясь учредителем общества «Биотерра» с долей в уставном капитале 50%, совершил преднамеренное банкротство данных организаций. М.М. Зайцев поговору с лицом, занимающим должности председателя Совета директоров общества «Картофельная Нива» и генерального директора общества «Биотерра», умышленно совершал сделки, явно противоречащие рыночным отношениям, экономической целесообразности, нормам и обычаям делового оборота. В ущерб обществу «Биотерра», обществу «Картофельная Нива» и кредиторам, М.М. Зайцев и указанное лицо отчуждали

²² См.: Приговор по делу № 1-133/16 Георгиевского городского суда Ставропольского края (апрель 2016 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-georgievskij-gorodskoj-sud-stavropolskij-kraj-s/act-523695312/9> (дата обращения: 15.04.2017)

²³ См.: Приговор по делу № 1-889/2015 Вологодского городского суда (сентябрь 2015 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/> (дата обращения: 15.04.2017)

²⁴ См.: Приговор по делу № 1-89/2015 Октябрьского районного суда Уфы (май 2015 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/CL7nYa5Idgla/> (дата обращения: 15.04.2017)

²⁵ См.: Приговор по делу № 1-4/2015 Эжвинского районного суда Сыктывкара (март 2015 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/n8YSVku5I1Np/> (дата обращения: 15.04.2017)

имущество этих организаций и переуступали право требования долга. Суд признал М.М. Заичева виновным в совершении преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ²⁶.

Способ 2. Вывод трудовых ресурсов

Так, Новошахтинский районный суд Ростовской области в 2016 г. вынес обвинительный приговор по делу № 1-18/2016 в отношении Я.И. Егорова, который осуществил вывод основных средств компании путем их продажи по нерыночным ценам и вывод сотрудников предприятия, переведя их на работу в аффилированную компанию, тем самым, по сути, лишив компанию основного источника дохода, что привело компанию к неплатежеспособности и банкротству. Я.И. Егоров был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ²⁷.

б) Фиктивное банкротство

В соответствии с уголовным и административным законодательством РФ фиктивное банкротство представляет собой заведомо ложное публичное объявление руководителем или учредителем (участником) юридического лица о несостоятельности данного юридического лица либо индивидуальным предпринимателем или гражданином о своей несостоятельности. Как верно отмечает А.М. Прилуцкий, признаком фиктивного банкротства является «наличие у должника возможности удовлетворить требования кредиторов в полном объеме на дату обращения должника в арбитражный суд с заявлением о признании его несостоятельным (банкротом)»²⁸.

Если ущерб, причиненный такими действиями или бездействием, составляет менее 2 250 000 руб., ответственность наступает по ч. 1 ст. 14.12 КоАП РФ, которая в качестве санкции за фиктивное банкротство, не содержащее признаки уголовно наказуемого деяния, предусматривает наложение административного штрафа на граждан в размере от одной до трех тысяч рублей; на должностных лиц — от пяти до десяти тысяч рублей или дисквалификацию на срок от шести месяцев до трех лет. При наличии крупного ущерба в размере 2 250 000 и более руб. наступает уголовная ответственность по ст. 197 УК РФ. В этом случае фиктивное банкротство наказывается штрафом в размере от ста до трехсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо принудительными работами на срок до пяти лет, либо лишением свободы на срок до шести лет со штрафом в размере до восьмидесяти тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до шести месяцев либо без такового.

Анализ статистически дает основание говорить, что количество зарегистрированных преступлений, предусмотренных ст. 197 УК РФ, невелико²⁹. Основной целью в большинстве фиктивных банкротств является уклонение от кредиторской задолженности, что подтверждается мнением специалистов. Например, как отмечают Н.Н. Бартова и А.С. Сааков, предприятие фиктивно объявляется банкротом «в целях введения

²⁶ См.: Приговор по делу № 1-48/2016 Трубчевского районного суда Брянской области (июнь 2016 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-trubchevskij-rajonnyj-sud-bryanskaya-oblast-s/act-524160105/> (дата обращения: 15.04.2017)

²⁷ См.: Приговор по делу № 1-18/2016 Новошахтинского районного суда Ростовской области (февраль 2016 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/jMVDRpcjYZl5/> (дата обращения: 15.04.2017)

²⁸ Прилуцкий А.М. Специфика юридической ответственности по делам фиктивного или преднамеренного банкротства / Институты и механизмы инновационного развития: мировой опыт и российская практика... С. 341.

²⁹ См.: Статистические данные ГИАЦ МВД России по состоянию преступности (2005–2009 гг.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.crimpravo.ru/page/mvdstatistic> (дата обращения: 15.04.2017)

в заблуждение кредиторов для получения отсрочки или рассрочки причитающихся кредиторам платежей или скидки с долгов, а равно для неуплаты долгов... Тем самым недобросовестная организация передает все ценные активы в дружественные фирмы. И после того, как дело о банкротстве будет прекращено, долги аннулируются, а кредиторы смогут претендовать только на оставшуюся на балансе организации малую часть прежних ценностей»³⁰.

Так, в отношении В.Р. Хачатурьяна было возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ст. 197 УК РФ и ч. 1 ст. 325 УК РФ. Он совершил преступления, квалифицируемые как фиктивное банкротство, сокрытие официальных документов, совершенное из иной личной заинтересованности. В.Р. Хачатурьян вместе с соучредителем компании А.Р. Хачатурьян объявили компанию банкротом с целью уклонения от кредиторской задолженности. Армавирский городской суд Краснодарского края вынес обвинительный приговор: В.Р. Хачатурьян признан виновным, ему назначено наказание в виде штрафа³¹.

Фиктивное банкротство следует отличать от смежного состава преступления, предусмотренного ст. 195 УК РФ «Неправомерные действия при банкротстве». Диспозиция этой статьи описывает аналогичные по содержанию действия. Фиктивное банкротство отличается от неправомерных действий при банкротстве *обстановкой совершения преступления*. Неправомерные действия при банкротстве совершаются в преддверии либо в процессе реального (действительного) банкротства, в то время как при фиктивном банкротстве аналогичные действия совершаются для создания видимости банкротства. В действительности предприятие обладает средствами, чтобы отвечать по обязательствам.

Кроме того, весьма актуален вопрос о соотношении фиктивного банкротства (ст. 197 УК) с мошенничеством (ст. 159 УК), так как при невозможности вменить статью о фиктивном банкротстве мошенничество может выступать общим составом преступления, а наказание при мошенничестве в три раза «мягче». Нельзя игнорировать различие данных преступлений. Так, «при фиктивном банкротстве ущерб причиняется в результате невозвращения должного, тогда как мошенничество представляет собой посягательство на чужую собственность, при котором чужое имущество неправомерно изымается, либо незаконно приобретаются права на него»³².

в) Неправомерные действия при банкротстве

В соответствии с административным и уголовным законодательством России, неправомерные действия при банкротстве являются отдельным составом правонарушения или преступления (в зависимости от величины ущерба, причиненного этими действиями). Субъектом данного правонарушения или преступления могут быть индивидуальный предприниматель, руководитель или учредители юридического лица, председатель и члены совета директоров, арбитражные управляющие на любом этапе процедуры банкротства, руководитель и члены временной администрации кредитной организации и др.

³⁰ Барткова Н.Н., Сааков А.С. Нормативно-правовые основы выявления признаков преднамеренного (фиктивного) банкротства организации // Бухгалтер и закон. 2013. № 4. С. 19.

³¹ См.: Приговор по делу (номер изъят) Армавирского городского суда (август 2010 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/Rn5BnYuxqHbL/> (дата обращения: 15.04.2017)

³² Савельев Ю.М. Неправомерные банкротства: некоторые вопросы квалификации и правоприменения // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. 2014. № 2. С. 104.

Интересна ситуация, когда субъектом неправомерных действий при банкротстве является индивидуальный предприниматель или руководитель (учредитель) юридического лица. В соответствии с административным и уголовным законодательством неправомерными действиями при банкротстве, совершаемыми учредителем или руководителем юридического лица или индивидуальным предпринимателем являются:

сокрытие имущества или сведений о нем, передача имущества во владение иным лицам, отчуждение или уничтожение имущества, сокрытие, уничтожение или фальсификация бухгалтерских и иных учетных документов, отражающих экономическую деятельность юридического лица либо индивидуального предпринимателя, если эти действия совершены при наличии признаков банкротства юридического лица либо признаков неплатежеспособности индивидуального предпринимателя или гражданина;

неправомерное удовлетворение имущественных требований отдельных кредиторов за счет имущества должника — юридического лица руководителем юридического лица или его учредителем (участником) либо индивидуальным предпринимателем или гражданином заведомо в ущерб другим кредиторам либо принятие такого удовлетворения кредиторами, знающими об отданном им предпочтении в ущерб другим кредиторам;

незаконное воспрепятствование деятельности арбитражного управляющего либо временной администрации кредитной или иной финансовой организации.

Если ущерб, причиненный неправомерными действиями при банкротстве, составляет менее 2 250 000 руб., ответственность наступает по ст. 14.13 КоАП РФ, которая в качестве санкции предусматривает наложение административного штрафа или дисквалификацию. При наличии крупного ущерба уголовная ответственность наступает по ст. 195 УК РФ. Практике известны случаи, когда уголовное дело было возбуждено по признакам преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ (преднамеренное банкротство), но в ходе судебного заседания выяснялось, что в действительности было совершено преступление, предусмотренное ст. 195 УК РФ (неправомерные действия при банкротстве).

Так, Мелеузовским районным судом Республики Башкортостан было рассмотрено уголовное дело № 1-37/12 в отношении С.М. Максютова. В ходе рассмотрения дела суд пришел к выводу, что им совершено преступление, предусмотренное не ст. 196 УК РФ, а ст. 195 УК РФ. Подсудимый совершил действия по выводу активов предприятия (колхоза) в момент, когда у предприятия уже имелись признаки банкротства. Данные действия усугубили ситуацию и усилили неплатежеспособность предприятия. Хотя дело было прекращено по основанию истечения срока давности совершения преступления, данный пример свидетельствует о том, что необходимо четко разграничивать составы преступлений, предусмотренных ст. 195 и 196 УК РФ³³.

Неправомерные действия при банкротстве совершаются в процессе либо в преддверии реального (действительного) банкротства, тогда как в случае преднамеренного банкротства умышленно совершаются действия по созданию ситуации банкротства для предприятия, которое в ином случае сохранило бы свою платежеспособность.

Чаще всего уголовные дела, возбужденные по признакам преступления, предусмотренного ст. 195 УК РФ, завершаются постановлением обвинительного приговора. Так, Шаранский районный суд Республики Башкортостан, рассмотрев уголовное дело № 1-39/10, в 2010 г. вынес обвинительный приговор в отношении главы администрации муниципального района «...» (название района в приговоре изъято) С. (в приговоре

³³ См.: Приговор по делу № 1-37/12 Мелеузовского районного суда Республики Башкортостан (декабрь 2010 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/i82YwJE9JyWq/> (дата обращения: 15.04.2017)

ФИО подсудимого изъяты). Подсудимый, заведомо зная о кредиторской задолженности МУСП (название предприятия в приговоре изъято) и о введенной процедуре наблюдения в нарушение ст. 64 Закона о банкротстве, совершил действия по изъятию имущества. Он издал постановление Главы Администрации «Об изъятии имущества МУСП <.....>», издал постановление Главы Администрации «О создании нового МУСП<.....>», которому и было передано указанное имущество. Такие действия привели к существенному нарушению интересов кредиторов и государства в лице инспекции Федеральной налоговой службы России. В результате С. был признан виновным в совершении преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 286, ч. 1 ст. 195³⁴.

Преступления, предусмотренные ст. 195 УК РФ, совершаются довольно часто. Судебная практика по этому вопросу обширна. Так, Кировский районный суд Астрахани 19.09.2011 вынес приговор в отношении директора организации А.В. Сергунина и временного управляющего Ю.В. Харитонова, которые вступили между собой в сговор на неправомерное удовлетворение требования одного из кредиторов организации за счет имущества компании-должника³⁵. Тагилстроевский районный суд Нижнего Тагила Свердловской области 10.07.2012 вынес приговор в отношении Л.С. Бормашенко, которая умышленно совершила отчуждение имущества должника при наличии признаков банкротства, причинив тем самым кредиторам должника крупный ущерб на общую сумму 33 621 766,86 руб.³⁶

Дубёнский районный суд Республики Мордовия по делу № 1-1/2012 вынес приговор в отношении А.Н. Саушкина, который совершил передачу имущества во владение иным лицам и отчуждение имущества юридического лица при наличии признаков банкротства с причинением крупного ущерба, злоупотребил полномочиями, совершил подделку официальных документов, предоставляющих права и освобождающих от обязанностей³⁷.

Майкопский городской суд Республики Адыгея 21.04.2011 вынес приговор в отношении генерального директора общества «Березка» Н.Ю. Шефрукова, который заведомо зная о том, что общество «Березка» имеет признаки банкротства, совершил действия, направленные на сокрытие имущества общества «Березка» и сведений об его местонахождении. Н.Ю. Шефруков организовал пожар и списал оборудование с последующей сдачей металлолома с целью сокрыть содеянное, тогда как на самом деле оборудование было вывезено на территорию другой компании и отремонтировано³⁸.

Особенностью данных приговоров является то, что они, как правило, *выносятся по совокупности совершенных преступлений*. Неправомерные действия при банкротстве часто сопровождаются иными преступными действиями — злоупотреблением полно-

³⁴ См.: Приговор по делу № 1-39\10 Шаранского районного суда Республики Башкортостан (декабрь 2010 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-sharanskij-rajonnyj-sud-respublika-bashkortostan-s/act-100560457/> (дата обращения: 15.04.2017)

³⁵ См.: Приговор по делу (номер изъят) Кировского районного суда Астрахани (сентябрь 2011 г.) [Электронный ресурс] :// URL: <https://www.sudact.ru/regular/doc/51XYMdVSSnoZ/> (дата обращения: 15.04.2017)

³⁶ См.: Приговор по делу № (номер изъят) Тагилстроевского районного суда Нижнего Тагила (июль 2012 г.) [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/rML7BDuGEZbH/> (дата обращения: 15.04.2017)

³⁷ См.: Приговор по делу № 1 — 1/2012 Дубёнского районного суда Республики Мордовия (март 2012 г.) [Электронный ресурс]: / URL: <https://rospravosudie.com/> (дата обращения: 15.04.2017)

³⁸ См.: Приговор по делу (номер изъят) Майкопского городского суда Республики Адыгея в отношении (21.04.2011) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-majkopskij-gorodskoj-sud-respublika-adygeya-s/act-100820161/> (дата обращения: 15.04.2017)

мочиями, подделкой документов, сокрытием имущества организации, за счет которого в порядке, предусмотренном законодательством РФ о налогах и сборах, должно быть произведено взыскание недоимки по налогам и (или) сборам.

Существуют трудности при привлечении лиц, совершивших преступления, предусмотренные ст. 195–197 УК РФ, к уголовной ответственности. На сложность судебных разбирательств, связанных с преступлениями в сфере экономики, указывает В.Н. Жадан, подчеркивая, что «особенно сложны дела о преднамеренном банкротстве предприятий»³⁹.

Ю.М. Савельев отмечает прежде всего их высокую латентность (как и преступлений экономического характера в целом). По его мнению, существенную проблему представляет доказывание личной вины (прямого умысла) руководителя юридического лица⁴⁰. Следователь должен доказать факт, что действия, приведшие к появлению или росту неплатежеспособности, были совершены *с прямым умыслом*. Иначе говоря, руководитель юридического лица обязан был предвидеть, что его действия приведут к банкротству предприятия, а также он должен был осуществлять их намеренно и желать наступления несостоятельности. При этом руководитель, стремясь избежать ответственности за преступления в сфере банкротства, как правило, говорит следователю, что недостаточно сумел оценить рыночную ситуацию или же допустил профессиональные просчеты. Важно опровергнуть эти доводы на основании доказательств, иначе в итоге может быть постановлен оправдательный приговор.

Так, в 2012 г. Куюргазинским районным судом Республики Башкортостан вынесен оправдательный приговор по итогам рассмотрения материалов уголовного дела № 1-1/2012 в отношении М.В. Лященко, обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ст. 196 УК РФ. Суд пришел к выводу, что «стороной обвинения в судебном заседании, в нарушение требований о предмете доказывания, не доказан факт наличия состава преступления в действиях М.В. Лященко. Доводы стороны обвинения о наличии состава преступления в действиях подсудимого, о его виновности в совершении преступления при отсутствии достоверных доказательств, их подтверждающих, являются ничем иным, как предположением»⁴¹.

Одной из проблем привлечения к уголовной ответственности за незаконные банкротства является установление *крупного ущерба*. При этом *категория крупного ущерба является оценочной*, что затрудняет на практике применение норм уголовного законодательства о незаконных банкротствах. Кроме того, немало трудностей возникает при доказывании причинно-следственной связи между созданием или увеличением неплатежеспособности и причинением крупного ущерба.

В связи с практическими трудностями некоторые юристы предлагают изъять нормы, устанавливающие ответственность за преднамеренное банкротство, из КоАП РФ и УК РФ в силу того, что эти нормы являются фактически недействующими. В обоснование данной позиции приводятся оценки специалистов, согласно которым нормы об ответ-

³⁹ Жадан В.Н. Проблемы доказывания фактов преднамеренного банкротства предприятий // Проблемы в российском законодательстве. 2013. № 1. С. 197.

⁴⁰ См.: Савельев Ю.М. Неправомерные банкротства: некоторые вопросы квалификации и правоприменения // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. 2014. № 2. С. 104.

⁴¹ См.: Приговор по делу № 1-1/2012 Куюргазинского районного суда Республики Башкортостан (21.02.2012) [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-kuyurgazinskij-rajonnyj-sud-respublika-bashkortostan-s/act-104739111/> (дата обращения: 15.04.2017)

ственности за преднамеренное банкротство крайне редко применяются на практике⁴². Полагаем, что сегодня правоприменительная практика по незаконным банкротствам, в частности, по преднамеренному банкротству, достаточна, и в предлагаемых радикальных мерах нет необходимости, так как это спровоцирует рост таких преступлений.

По мнению С.Л. Цыганкова, одним из факторов, влияющих на то, что лица совершают преступления, связанные с незаконными банкротствами, является недостаточная проработанность механизма обнаружения и реагирования на признаки рассматриваемых преступлений⁴³.

Обязанность по выявлению признаков преднамеренного и фиктивного банкротства возложена на арбитражных управляющих, которые проводят проверку в два этапа:

первый этап предполагает анализ значений и динамики коэффициентов, которые характеризуют платежеспособность должника;

второй этап включает анализ сделок должника и действий органов управления должника за исследуемый период (2 года), которые могли привести к ухудшению показателей (проводится, если на первом этапе выявлено существенное ухудшение двух и более коэффициентов).

Заключение, составленное по итогам проверки, предоставляется собранию кредиторов и арбитражному суду. Если арбитражным управляющим устанавливается факт причинения крупного ущерба, то заключение направляется только в органы предварительного расследования.

В настоящее время есть как критики, так и сторонники оставления за арбитражным управляющим этой функции. И.В. Арзякова среди наиболее часто называемых в научной литературе аргументов «против» упоминает возможную недостаточность квалификации и опыта арбитражного управляющего, возможную заинтересованность и риски сговора арбитражного управляющего и должника⁴⁴.

По нашему мнению, поскольку именно арбитражные управляющие проводят комплексный финансовый анализ предприятия, это позволяет им получить картину экономического положения организации, а значит, и сделать аргументированное заключение о наличии признаков преднамеренного и фиктивного банкротства.

В то же время отметим проблему отсутствия федеральных стандартов анализа финансового состояния должника. Полагаем необходимым разработать такие стандарты и создать единую детально проработанную методику выявления признаков фиктивного и преднамеренного банкротства на основе существующих правил (в настоящее время арбитражные управляющие руководствуются «Временными правилами проверки арбитражным управляющим наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства», «Правилами проведения арбитражным управляющим финансового анализа»⁴⁵).

⁴² Институт банкротства: становление, проблемы, направления реформирования. М., 2005. С. 299.

⁴³ См.: Цыганков С.Л. Неотвратимость наказания и судебная практика применения норм, предусматривающих ответственность за преступления в сфере банкротства // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2014. № 2. С. 32.

⁴⁴ См.: Арзякова И.В. Проблема эффективности деятельности арбитражного управляющего при выявлении признаков преднамеренного банкротства // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2011. № 6. С. 245–248.

⁴⁵ См.: Постановление Правительства Российской Федерации от 27.12.2004 № 855 «Об утверждении Временных правил проверки арбитражным управляющим наличия признаков фиктивного и преднамеренного банкротства» // СЗ РФ. 2004. № 52 (часть 2). Ст. 5519; Постановление Правительства Российской Федерации от 25.06.2003 № 367 «Об утверждении Правил проведения арбитражным управляющим финансового анализа» // СЗ РФ. 2003. № 26. Ст. 2664.

Арбитражный управляющий, выявив признаки фиктивного или преднамеренного банкротства, направляет сведения в органы внутренних дел, в компетенцию которых входит проведение проверки сообщения о преступлении в рамках уголовного судопроизводства. Однако, как отмечает С.Л. Цыганков, органы внутренних дел неохотно принимают решения о возбуждении уголовного дела, в том числе при наличии в представленных материалах явных признаков преступления⁴⁶. При этом С.Л. Цыганков подчеркивает, что арбитражному суду необходимо при выявлении арбитражным управляющим признаков преднамеренного или фиктивного банкротства направлять частное определение об этих фактах в органы внутренних дел для проверки и принятия процессуального решения⁴⁷.

Необходимо усиление прокурорского надзора за законностью проверки сообщений о данных преступлениях, чтобы исключить возможность необоснованных постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела по этим вопросам. Кроме того, в юридической литературе справедливо отмечается, что одна из причин высокой латентности преступлений, связанных с незаконными банкротствами, «заключается в низком уровне взаимодействия между правоохранительными органами, призванными выявлять преступления в сфере экономики, и арбитражными управляющими, непосредственно занимающимися выявлением преступлений в сфере банкротства»⁴⁸. В качестве решения проблемы С.Л. Цыганков, к примеру, предлагает обязать сотрудников правоохранительных органов участвовать в процедуре проверки правомерности действий хозяйствующих субъектов в ходе процедуры банкротства наряду с арбитражными управляющими⁴⁹.

Все эти вопросы требуют внимания законодателя.



Библиография

Барткова Н.Н., Сааков А.С. Нормативно-правовые основы выявления признаков преднамеренного (фиктивного) банкротства организации // Бухгалтер и закон. 2013. № 4. С. 18–23.

Безталанов В.В., Мирошниченко Д.В. Ответственность за совершение неправомерных действий в процессе банкротства // Вестник образовательного консорциума. Среднерусский университет. Серия: Юриспруденция. 2014. № 3. С. 26–27.

Жадан В.Н. Проблемы доказывания фактов преднамеренного банкротства предприятий // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 1. С. 194–197.

Кравчук Е.В. Фиктивность и преднамеренность банкротства в России. М.: Юстицинформ, 2013. 160 с.

Лозовский Д.Н., Фидельский С.В. К вопросу об особенностях возбуждения уголовных дел о преступлениях, связанных с преднамеренным банкротством // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия 1: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. 2013. № 4 (130). С. 208–211.

Николаева И.П., Палювина А.С. Банкротство: причины, особенности и последствия в России // Известия Волгоградского государственного технического университета. 2014. № 17. Т. 20. С. 31–39.

Островская А.А. Проблема преднамеренного банкротства // Экономические системы. 2013. № 6. С. 53–54.

Прилуцкий А.М. Специфика юридической ответственности по делам фиктивного или преднамеренного банкротства / Институты и механизмы инновационного развития: мировой опыт и

⁴⁶ См.: Цыганков С.Л. Неотвратимость наказания и судебная практика применения норм, предусматривающих ответственность за преступления в сфере банкротства // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2014. № 2. С. 32.

⁴⁷ См.: Там же.

⁴⁸ Там же. С. 35.

⁴⁹ См.: Там же.

российская практика: сборник научных статей 4-й межд. науч.-практ. конф. Курск: Юго-Зап. гос. ун-т., 2014. С. 339–343.

Савельев Ю.М. Неправомерные банкротства: некоторые вопросы квалификации и правоприменения // Вектор науки ТГУ. Серия: Юридические науки. 2014. № 2 (17). С. 104–106.

Сергиенко О.В. Факторы несостоятельности коммерческих организаций в условиях современной экономики // Наука о человеке: гуманитарные исследования. 2015. № 3 (21). С. 136–144.

Цыганков С.Л. Неотвратимость наказания и судебная практика применения норм, предусматривающих ответственность за преступления в сфере банкротства // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2014. № 2(28). С. 32–35.

Charan R., Useem J. Why companies fail — CEOs offer every excuse but the right one: their own errors. Here are ten mistakes to avoid. *Fortune*. 2002. Vol. 145. No. 11. P. 50–62.

Everett J., Watson J. Small business failure and external risk factors. *Small Business Economics*. 1998. Vol. 11. No. 4. P. 371–390.

Ooghe H., De Prijcker S., Failure processes and causes of company bankruptcy: a typology. *Management Decision*. 2008. Vol. 46. Issue 2. P. 223–242.

Pompe P., Bilderbeek J. The prediction of bankruptcy of small and medium-sized industrial firms. *Journal of Business Venturing*. 2005. Vol. 20. No. 6. P. 847–868.

Types of Bankruptcy Fraud in the Russian Federation: Issues of Legal Regulation



Olga Dobrovlyanina

Associate Professor, Law Faculty, Perm State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 15 Bukireva St., Perm 614990, Russia. E-mail: odobr1@mail.ru



Ksenia Kondratieva

Associate Professor, Social and Humanitarian Faculty, Higher School of Economics (Perm), Candidate of Juridical Sciences. Address: 38 Studencheskia St., Perm 614000, Russia. E-mail: kcenua-9@mail.ru



Ksenia Patyrbaeva

Associate Professor, Philosophy Faculty, Perm State University, Candidate of Philosophical Sciences, Master of Law. Address: 15 Bukireva St., Perm 614990, Russia. E-mail: philosmatem@mail.ru



Abstract

The article provides a classification of bankruptcy fraud schemes and analyzes legal norms of administrative and criminal liabilities for bankruptcy fraud. The authors identify difficulties in prosecuting bankruptcy fraud. The article aims to carry out complex research on the specificity of administrative and legal regulations of bankruptcy fraud in the Russian Federation. There was analytical, system, comparative legal and technical legal method implemented. Results of the analysis of practice and scientific comment on legislative provisions in bankruptcy fraud revealed the lack of unified bankruptcy fraud classification and systematization of bankruptcy fraud schemes in the legal doctrine. There are no federal normative standards for the analysis of the debtor's financial situation by the arbitration manager. The high latency level of bankruptcy crimes entails difficulties in their identification. Conclusions: the authors of the article provide their own typology of bankruptcy frauds. Bankruptcy fraud involves illegal and criminal bankruptcies, which include deliberate bankruptcy, fictitious bankruptcy and actual bankruptcy involving wrongdoing. Analysis and generalization of judicial practice allowed to make evaluations about the main methods of committing bankruptcy fraud. We generalized the practice of imposing criminal liability for bankruptcy fraud and identified the problems of legal regulation and application of norms.



Keywords

deliberate bankruptcy, fictitious bankruptcy, real bankruptcy, wrongdoing in bankruptcy, unlawful bankruptcies, illegal and criminal bankruptcies, criminal liability, administrative liability.

Citation: Dobrovlyanina O.V., Kondratieva K.S., Patyrbaeva K.V. (2017) Types of Bankruptcy Fraud in the Russian Federation: Issues of Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 34–49 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.34.49



References

Aryakova I.V. (2011) Problema effektivnosti deyatel'nosti arbitrazhnogo upravlyayushchego pri vyvavlenii priznakov prednamerennogo bankrotstva [Arbitral Administrator Activities Efficiency Detecting Premeditated Bankruptcy Signs]. *Biznes v zakone*, no 6, pp. 245–248.

Azizov M.M. (2010) Ponyatie i priznaki prednamerennogo bankrotstva [The Concept and Attributes of Deliberate Bankruptcy]. *Biznes v zakone*, no 5, pp. 128–129.

Azizov M.M. (2011) Ob''ektivnaya storona prestupleniya, predusmotrennogo stat'yey 196 Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (prednamerennoe bankrotstvo) [The Objective Side of the Crime Provided for Article 196 of the Criminal Code of the Russian Federation (Deliberate Bankruptcy)]. *Aktual'nye problemy gumanitarnykh i estestvennykh nauk*, no 2, pp. 144–150.

Bartkova N.N., Saakov A.S. (2013) Normativno-pravovye osnovy vyvavleniya priznakov prednamerennogo (fiktivnogo) bankrotstva organizatsii [The Legal Basis for Revealing the Signs of Deliberate (Fictitious) Bankruptcy of Entity]. *Bukhgalter i zakon*, no 4, pp 18–23.

Bezalanov V.V., Miroshnichenko D.V. (2014) Otvetstvennost' za sovershenie nepravomernykh deystviy v protsesse bankrotstva [Responsibility for Unlawful Actions in the Process of Bankruptcy]. *Vestnik obrazovatel'nogo konsortsiuma. Srednerusskiy universitet. Seriya: Yurisprudentsiya*, no 3, pp. 26–27.

Charan R., Useem J. (2002) Why companies fail — CEOs offer every excuse but the right one: their own errors. Here are ten mistakes to avoid. *Fortune*, vol. 145, no 11, pp. 50–62.

Everett J., Watson J. (1998) Small business failure and external risk factors. *Small Business Economics*, no 4, pp. 371–390.

Kartashov R.A. (2010) K voprosu o sootnoshenii ugolovnoy i administrativnoy otvetstvennosti za pravonarusheniya v sfere ekonomiki [Issue of Correlation of Criminal and Administrative Liability for Violations in the Sphere of Economics]. *Vestnik Moskovskogo gosudarstvennogo oblastnogo universiteta. Seriya: Yurisprudentsiya*, no 3, pp. 58–62.

Khristenko E.V. (2011) Otvetstvennost' za prednamerennoe i fiktivnoe bankrotstvo [Responsibility for Deliberate and Fictitious Bankruptcy]. *Instituty i mekhanizmy innovatsionnogo razvitiya: mirovoy opyt i rossiyskaya praktika: materialy konferentsii. Kursk: Southwestern State University*, pp. 289–291.

Kravchuk E.V. (2013) *Fiktivnost' i prednamerennost' bankrotstva v Rossii* [Fictitiousness and Premeditation of Bankruptcy in Russia]. Moscow: Yustitsinform, 160 p. (in Russian)

Lepikhin D.E. (2012) Problemy konstruirovaniya ob''ektivnoy storony prednamerennogo bankrotstva [Issues of Constructing Objective Side of Deliberate Bankruptcy]. *Vestnik Udmurtskogo universiteta*, no 2–4, pp. 104–107.

Lozovskiy D.N. (2014) Nekotorye aspekty vobuzhdeniya ugolovnykh del o prestupleniyakh, svyazannykh s prednamerennym bankrotstvom [Aspects of the Initiation of Criminal Cases of Crimes Involving Intent Bankruptcy]. *Aktual'nye problemy ugolovnoy i ugolovno-protseessual'noy politiki Rossiyskoy Federatsii*. Omsk: Yuridicheskaya akademiya, pp. 132–135 (in Russian)

Lozovskiy D.N., Fidel'skiy S.V. (2013) K voprosu ob osobennostyakh vobuzhdeniya ugolovnykh del o prestupleniyakh, svyazannykh s prednamerennym bankrotstvom [On the Issue of the Features of the Initiation of Criminal Cases Involving Deliberate Bankruptcy Crimes]. *Vestnik Adygeyskogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya 1: Regionovedenie: filosofiya, istoriya, sotsiologiya, yurisprudentsiya, politologiya, kul'turologiya*, no 4, pp. 208–211.

Makarov A.V. (2011) Problemy privlecheniya k ugolovnoy otvetstvennosti za kriminal'nye bankrotstva [Criminal Prosecution for Criminal Bankruptcy]. *Sotsial'no-ekonomicheskie yavleniya i protsessy*, no 4, pp. 378–380.

- Nikolaeva I.P., Palyuvina A.S. (2014) Bankrotstvo: prichiny, osobennosti i posledstviya v Rossii [Bankruptcy: Causes, Features and Consequences in Russia]. *Izvestiya Volgogradskogo gosudarstvennogo tekhnicheskogo universiteta*, no 17, pp. 31–39.
- Normova T.A., Khabakhu S.N. (2012) Problemy finansovoy nesostoyatel'nosti organizatsii [Issues of Financial Insolvency]. *Ekonomika. Pravo. Pechat'*, no 1–2, pp. 46–49.
- Ooghe H., De Prijcker S. (2008) Failure Processes and Causes of Company Bankruptcy: a Typology. *Management Decision*, issue 2, pp. 223–242.
- Ostrovskaya A.A. (2013) Problema prednamerennogo bankrotstva [The Deliberate Bankruptcy]. *Ekonomicheskie sistemy*, no 6, pp. 53–54.
- Pompe P., Bilderbeek J. (2005) The Prediction of Bankruptcy of Small and Medium-Sized Industrial Firms. *Journal of Business Venturing*, no 6, pp. 847–868.
- Prilutskiy A.M. (2014) Spetsifika yuridicheskoy otvetstvennosti po delam fiktivnogo ili prednamerennogo bankrotstva [Specifics of Legal Responsibility for Cases of Fictitious or Deliberate Bankruptcy]. *Instituty i mekhanizmy innovatsionnogo razvitiya: mirovoy opyt i rossiyskaya praktika: sbornikstatey*. Kursk: Southwestern State University, pp. 339–343.
- Savel'yev Yu.M. (2014) Nepravomernye bankrotstva: nekotorye voprosy kvalifikatsii i pravoprimeneniya [Illegitimate Bankruptcy: Issues of Qualification and Law Enforcement]. *Vektor nauki. Seriya: Yuridicheskie nauki*, no 2, pp. 104–106.
- Sergienko O.V. (2015) Faktory nesostoyatel'nosti kommercheskikh organizatsiy v usloviyakh sovremennoy ekonomiki [Factors of Insolvency of Commercial Entities in a Modern Economy]. *Nauka o cheloveke: gumanitarnye issledovaniya*, no 3, pp. 136–144.
- Sverchkov V.V., Voronov S.S. (2013) Prednamerennoe bankrotstvo yuridicheskogo litsa ili individual'nogo predprinimatel'ya: mekhanizm prestupnogo povedeniya i osobennosti kvalifikatsii [Deliberate Bankruptcy of a Legal Entity or Individual Entrepreneur: Mechanism of Criminal Behavior and Characteristics of Qualification]. *Yuridicheskaya nauka i praktika*, no 21, pp. 156–160.
- Tokarev D.S. (2009) Pravovaya kharakteristika posyagate'l'stv v sfere nesostoyatel'nosti (bankrotstva) [Legal Characteristics of Encroachments in the Field of Insolvency (Bankruptcy)]. *Vestnik Yuzhno-Ural'skogo universiteta*. Seriya: Pravo, no 19, pp. 61–65.
- Tsygankov S.L. (2014) Neotvratimost' nakazaniya i sudebnaya praktika primeneniya norm, predusmatrivayushchikh otvetstvennost' za prestupleniya v sfere bankrotstva [Inevitability of Punishment and Judicial Practice of Applying Norms of Liability for Crimes in the Field of Bankruptcy]. *Yuridicheskaya nauka i pravookhranitel'naya praktika*, no 2, pp. 32–35.
- Zhadan V.N. (2013) Problemy dokazyvaniya faktov prednamerennogo bankrotstva predpriyatii [Proving Facts of Deliberate Bankruptcy of Enterprises]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*, no 1, pp. 194–197.

Правовой режим платежей за пользование недрами и обеспечение фискальных интересов Российского государства¹



А.А. Ялбулганов

профессор кафедры финансового, налогового и таможенного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: yalbulganov@mail.ru



Аннотация

В статье рассматривается российская система публично-правовых платежей за пользование недрами, включающая налоги, неналоговые платежи и соглашения о разделе продукции. Соглашение о разделе продукции является специальным налоговым режимом, установленным Налоговым кодексом Российской Федерации как система налогообложения при выполнении соглашения о разделе продукции. Проанализированы системы нормативно-правового регулирования платежей за пользование недрами, налога на добычу полезных ископаемых, а также рентная природа всех видов платежей за пользование недрами. Рассмотрены соотношения понятий природной и горной ренты, налоговых и иных инструментов изъятия горной ренты, вопросы доходности этих платежей. Изучены механизмы налогообложения добычи твердых полезных ископаемых и углеводородного сырья, определены базовые характеристики оптимизации правового регулирования в сфере налогообложения их добычи, дано толкование понятийной базы НДС, понятия «полезное ископаемое» в целях налогообложения, приводятся позиции судов и судебной доктрины. Важное место уделено лицензированию, которым подтверждается право обладателя лицензии пользоваться участком недр, определяются его границы, цель, сроки и условия использования. Приводится авторская классификация коэффициентов к базовой ставке налога на добычу полезных ископаемых, определяется их льготная природа; рассматривается значение дифференциации для налогоплательщиков; дана классификация всех видов дифференциации, они сгруппированы по виду полезного ископаемого, по их влиянию на базовую налоговую ставку, по цели применения, по связи с территорией добычи. Рассмотрены правовая природа и признаки регулярных и разовых платежей за пользование недрами, порядок их расчета, вопросы ответственности при уклонении от уплаты этих платежей, определены полномочия органов исполнительной власти при регулировании исчисления и уплаты платежей за пользование недрами, подготовлены предложения по ограничению полномочий Минприроды России и по расширению прав Правительства Российской Федерации в нормативном правовом регулировании платежей за пользование недрами, определены основные направления совершенствования законодательства в сфере налогообложения недропользования.

¹ Статья подготовлена в ходе исследования (№ проекта 17-01-0064) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2017–2018 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».



Ключевые слова

недра, Закон «О недрах», доходы федерального бюджета, платежи за пользование недрами, налог на добычу полезных ископаемых, горная рента, лицензирование, разовые платежи, регулярные платежи.

Библиографическое описание: Ялбулганов А.А. Правовой режим платежей за пользование недрами и обеспечение фискальных интересов Российского государства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 50–73.

JEL: K34; УДК: 34.096

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.50.73

Введение

Налоговый кодекс Российской Федерации (далее — НК РФ) закрепляет систему налогов и сборов, сформированную с учетом федеративного устройства Российской Федерации, которая состоит из федеральных, региональных и местных налогов и сборов. Однако есть несколько видов платежей, которые закреплены не самим НК РФ, а иными нормативными правовыми актами. Естественно, они не включены в действующую систему налогов и сборов. В российской правовой доктрине нет единства по вопросу их правовой природы и необходимости установления и исчисления вне системы налогов и сборов. В целях разграничения они чаще всего именуется фискальными сборами, публично-правовыми платежами, обязательными платежами, рентными доходами, природоресурсными и экологическими платежами. Наша статья посвящена комплексной характеристике платежей за пользование недрами.

В Российской Федерации действует сложная система платежей за пользование недрами². Прежде чем приступить к правовой характеристике видов платежей за пользование недрами, необходимо обозначить понятие недр, обратиться к системе нормативных правовых актов, регулирующих данные отношения, а также определиться с понятием платежей за пользование недрами. Недра являются природным объектом, полезные свойства которых используются для удовлетворения потребностей государства, муниципальных образований, юридических лиц и граждан. В преамбуле Закона Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-12 «О недрах»³ (далее — Закон о недрах) недра определяются как часть земной коры, расположенной ниже почвенного слоя, а при его отсутствии — ниже земной поверхности и дна водоемов и водотоков, простирающейся до глубин, доступных для геологического изучения и освоения. В ст. 1.2. Закона о недрах закреплено, что недра в границах ее территории, включая подземное пространство и содержащиеся в недрах полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, являются государственной собственностью. Законодатель воспроизводит в этой статье частично и конституционные положения, устанавливая, что вопросы владения, пользования и распоряжения недрами находятся в совместном ведении Российской Федерации и ее

² Законодатель в наименовании раздела 5 Закона о недрах использует понятие «при пользовании недрами», а в наименованиях видов платежей — понятие «за пользование недрами». Поэтому автор использует наименования «платежи при пользовании недрами» и «платежи за пользование недрами» как тождественные.

³ Закон Российской Федерации от 21.02.1992 № 2395-12 «О недрах» (ред. от 03.07.2016, вступ. в силу с 03.10.2016). Первоначальный текст: СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823. С учетом последних изменений Закон опубликован на официальном интернет-портале правовой информации // СПС КонсультантПлюс.

субъектов. Однако добытые из недр полезные ископаемые и иные ресурсы по условиям лицензии могут находиться в федеральной государственной собственности, собственности субъектов федерации, муниципальной, частной и в иных формах собственности. В основе механизма реализации права государственной собственности на недра лежит принцип платности недропользования.

Общая система платежей за пользование недрами

Данная система закреплена в Законе о недрах — разд. V «Платежи при пользовании недрами», ст. 39 «Система платежей при пользовании недрами». Согласно этой статье, при пользовании недрами уплачиваются следующие платежи:

А) 1) разовые платежи за пользование недрами при наступлении определенных событий, оговоренных в лицензии, включая разовые платежи, уплачиваемые при изменении границ участков недр, предоставленных в пользование; 2) регулярные платежи за пользование недрами; 3) сбор за участие в конкурсе (аукционе) (первая группа платежей за пользование недрами)⁴.

Б) Статья 39 Закона содержит бланкетную норму, которая указывает, что пользователи недр уплачивают другие налоги и сборы, установленные в соответствии с законодательством о налогах и сборах. НК РФ как акт законодательства о налогах и сборах устанавливает два вида обязательных платежей для пользователей недр — *налог на добычу полезных ископаемых* (далее — НДСПИ) и в системе специальных налоговых режимов — *систему налогообложения при выполнении соглашения о разделе продукции* (вторая и третья группа платежей за пользование недрами).

В) Платежи при пользовании недрами на условиях соглашений о разделе продукции. Соглашение о разделе продукции (далее — СРП) — это специальный налоговый режим, установлен главой 26.4 НК РФ, именуемый в НК РФ системой налогообложения при выполнении соглашения о разделе продукции. Системность проявляется в совокупности платежей, уплачиваемых инвестором при выполнении соглашения, предусматривающего условия раздела продукции.

В составе специального налогового режима инвестором⁵ уплачиваются налог на добавленную стоимость, налог на прибыль организаций, налог на добычу полезных ископаемых, платежи за пользование природными ресурсами, плата за негативное воздействие на окружающую среду, водный налог, государственная пошлина, таможенные сборы, земельный налог, акциз. Таким образом, пользователи недр, выступающие стороной соглашений о разделе продукции, являются плательщиками платежей в рамках выполнения СРП. Общий порядок применения соглашений закреплён в Федеральном

⁴ Правовая конструкция платежей за пользование недрами подробно рассматривались в работах Е.А. Суткевич. См. подробнее: Суткевич Е.А. Платежи за пользование недрами как разновидность обязательных публично-правовых платежей, схожих с налогами и сборами // Реформы и право. 2015. № 1. С. 10–13; Она же. Правовая природа платежей за пользование недрами в Российской Федерации // Реформы и право. 2012. № 3. С. 50–57; Она же. Особенности правовой природы разовых и регулярных платежей за пользование недрами в системе платежей при пользовании недрами по законодательству Российской Федерации // Финансовое право. 2011. № 2. С. 29–32. Кандидатская диссертация Е.А. Суткевич посвящена вопросам правового регулирования платежей за пользование недрами в Российской Федерации.

⁵ Инвестор — юридическое лицо или создаваемое на основе договора о совместной деятельности и не имеющее статуса юридического лица объединение юридических лиц, осуществляющее вложение собственных заёмных или привлечённых средств (имущества и (или) имущественных прав) в поиск, разведку и добычу минерального сырья и являющееся пользователем недр на условиях соглашения о разделе продукции (ст. 346.34 НК РФ).

законе «О соглашениях о разделе продукции». Этот закон принят в развитие законодательства в области недропользования и инвестиционной деятельности. Он устанавливает правовые основы отношений, возникающих в процессе осуществления российских и иностранных инвестиций в поиски, разведку и добычу минерального сырья на территории России, а также на ее континентальном шельфе и (или) в пределах ее исключительной экономической зоны на условиях соглашений о разделе продукции.

При заключении соглашений предусматривается раздел добытого минерального сырья между Российской Федерацией и пользователем недр в соответствии с данным Федеральным законом. Пользователь недр, являющийся стороной соглашения, освобождается от отдельных налогов и иных обязательных платежей в части и в порядке, которые установлены данным Федеральным законом и законодательством о налогах и сборах и иными законами (Законом о недрах). Взимание указанных налогов и платежей заменяется разделом продукции в соответствии с условиями соглашения о разделе продукции, заключенного в соответствии с Федеральным законом «О соглашениях о разделе продукции». Распределение продукции, полученной государством в результате раздела продукции в соответствии с условиями соглашения о разделе продукции, или ее стоимостного эквивалента между федерацией и ее субъектом, на территории которого расположен предоставляемый в пользование участок недр, осуществляется на основе договоров, заключаемых соответствующими органами исполнительной власти федерации и субъекта.

Согласно ст. 13 Федерального закона «О соглашениях о разделе продукции» при применении установленного режима подлежат уплате:

- 1) разовые платежи за пользование недрами при наступлении событий, определенных в соглашении и лицензии (бонусы);
- 2) ежегодные платежи за договорную акваторию и участки морского дна, уплачиваемые в порядке, установленном соглашением в соответствии с законодательством России на дату подписания соглашения;
- 3) сбор за участие в конкурсе (аукционе);
- 4) сбор за выдачу лицензии;
- 5) регулярные платежи за пользование недрами (ренталс);
- 6) компенсацию расходов государства на поиски и разведку полезных ископаемых, компенсацию ущерба, причиняемого в результате выполнения работ по соглашению коренным малочисленным народам в местах их традиционного проживания и хозяйственной деятельности.

Суммы указанных платежей и сроки их уплаты определяются условиями соглашения в соответствии с законодательством России на дату подписания соглашения. Таким образом, условия размеров и порядка уплаты платежей за пользование недрами при заключении СРП могут быть предметом договоренности сторон такого соглашения как особого публичного договора, допускающего элементы диспозитивности, но с учетом законодательства, действующего на момент подписания и вступления в силу СРП⁶.

Рента⁷. Применяется ли в России горная рента?

С экономической точки зрения платежи за пользование недрами принято считать рентными платежами, поскольку основу их уплаты составляет предоставление в поль-

⁶ Перчик А.И. Налогообложение нефтегазодобычи. Право. Экономика. М., 2004.

⁷ У истоков теории земельной и горной ренты стояли А. Смит, Д. Рикардо; ее фундаментальное изложение присутствует в работах К. Маркса, особенно в третьем томе «Капитала».

зование участков недр и получение дохода-ренты от их эксплуатации. Рента в классическом понимании — доход, регулярно получаемый владельцем от использования земли, имущества, капитала, не требующий от получателя дохода осуществления предпринимательской деятельности, затраты дополнительных усилий. Д. Стиглиц пишет, что термин «рента» первоначально обозначал плату за пользование землей, которую владелец получал лишь за то, что владел ею, а не за действия, которые он совершал. В конечном счете под термином «рента», по его мнению, стали понимать прибыль от владения какими-либо притязаниями⁸. В связи с получившей широкое теоретическое осмысление теорией земельной ренты экономическая наука в лице физиократов активно продвигала идею налога на ренту или налога с ценности земли. В России в начале XX в. в некоторых либеральных кругах были популярными идеи Г. Джорджа⁹, последователя физиократа Ф. Кэне. В СССР активная дискуссия вокруг вопросов о горной ренте развернулась в 1970-х гг., при этом высказывались различные точки зрения, порой противоречивые. Они относились к интерпретации марксистской теории земельной и горной ренты. Горная рента рассматривалась как потенциальный инструмент рационального использования и охраны недр¹⁰.

В современной научной литературе ренту, взимаемую за использование природных ресурсов, именуют природной рентой. При детальном рассмотрении рентных отношений в системе недропользования выделяют два самостоятельных вида ренты — природную и горную ренту. Первая — плата за право пользования недрами и последующего получения дохода (регулярные платежи за пользование недрами, которая находится в государственной собственности), вторая — доход, получаемый в связи с использованием недр и дифференциацией условий недропользования, с применением различных налоговых инструментов. Одним из основных налоговых инструментов изъятия горной ренты является НДС.

Специфика формирования горной ренты заключается в продуктивности недр, определяется преимущественно их природными возможностями, запасами полезных ископаемых, их ценностью, и, соответственно, доходностью для собственника. При эксплуатации собственник или недропользователь, который получает от собственника природного объекта право на добычу полезных ископаемых, несет затраты, а реализуя добытую продукцию, получает доход. Величина горной ренты может варьироваться в зависимости от различных ренгообразующих факторов — продуктивности, местоположения, условий и этапов разработки месторождений и т.д.¹¹ Недропользователь платит государству как за право пользования недрами, так и за каждый добытый из недр и экономически ценный вид полезного ископаемого, поступающий в собственность пользователя недр с момента извлечения, в размере части дохода от его реализации (горная рента).

Под экономической рентой при недропользовании понимается разность между стоимостью продукции и расходами, связанными с ее извлечением. Эти расходы состоят

⁸ Стиглиц Д. Цена неравенства общества грозит нашему будущему. М., 2015. С. 99.

⁹ Джордж Г. Великая общественная реформа (налог с ценности земли). М., 1901; Он же. Общественные задачи (с предисловием Л.Н. Толстого). М., 1907; Он же. Избранные речи и статьи. М., 1905.

¹⁰ См. напр.: Кантор Е. Горная рента при социализме // Экономические науки. 1966. С. 59–62; Пожарицкий К.Л. Критерии экономической эффективности геологоразведочных работ и их роль в хозрасчете // Советская геология. 1968. № 12. С. 3–13; Струмилин С.Г. О цене «даровых благ» природы // Вопросы экономики. 1967. № 8. С. 60–72 и др. Подробный обзор дискуссий см.: Ткачев Ю.А. Плата за недра. СПб., 1998. 168 с.

¹¹ См. Гаврилов В.П. Общество и природная среда. М., 2006. С. 188–189.

из затрат на геологоразведку, разработку месторождения и эксплуатационных издержек, а также из нормы прибыли или доли подрядчика, т.е. рента — оставшийся после всех выплат излишек¹². Платежи за пользование недрами также имеют рентный характер, они по правовой природе представляют вознаграждение, уплачиваемое пользователем недр собственнику недр — государству в связи с предоставлением участков недр в пользование.

Тем не менее в России отсутствует эффективная система рентных платежей. Эта система имеет разрозненный, беспорядочный характер, что наносит существенный ущерб государству и снижает результативность всей системы публично-правовых платежей. Сейчас государство, формально являясь собственником природных ресурсов, не получает весьма значительную часть ресурсной ренты и поэтому крайне неэффективно выполняет основную роль их собственника. В то же время рентные платежи имеют отличную от налогов природу, несмотря на сходство в их установлении. Хотя часть горной ренты изымается с применением налоговых и неналоговых инструментов, в конечном счете рента имеет форму природоресурсных платежей, которые взимаются в пользу государства и основаны на разнице между выручкой от реализации добытого сырья и полными капитальными и эксплуатационными затратами на его добычу.

Причины отсутствия эффективной системы рентных отношений следует искать в упущениях экономической политики 1990-х годов. По мнению академика Н.Я. Петракова, в процессе размежевания форм собственности «забыли» о полезных ископаемых, в результате чего компании, приватизировавшие горно- и нефтеперерабатывающее оборудование, де-факто получили бесплатный контроль над природными ресурсами, что привело к денационализации природной ренты. Фактическая приватизация рентного дохода стала одной из причин финансового банкротства и социального напряжения в регионах России¹³.

Доходы от платежей за пользование недрами

Насколько уместно в нынешних экономических реалиях рассуждать о «сырьевом проклятии»? Действительно ли доходы от добычи полезных ископаемых определяют современное экономическое состояние государства? Каковы возможности государства выполнять свои функции и социальные обязательства без доходов от налогообложения разведки, добычи, продажи и вывоза на внешние рынки полезных ископаемых? Вопросы риторические и конкретные, ответы на которых нужно искать в экономических и правовых реалиях. Нужно обратиться к статистике. С 2003 г. (после введения НДС) величина доходов рентного происхождения составила 1 380 млрд. руб. Так, в 2002 г. доход от НДС составил 275 млрд. руб. или около 12% налоговых доходов консолидированного федерального бюджета (95% величины НДС составляют поступления от углеводородного сырья)¹⁴. На сокращение налоговых поступлений по твердым полезным ископаемым повлияли ряд факторов: с введением НДС уменьшилась совокупная величина налоговых изъятий; по отдельным видам полезных ископаемых изменился

¹² Джонстон Д. Анализ экономики геологоразведки, рисков и соглашений в международной нефтегазовой отрасли. М., 2005. С. 7.

¹³ Петраков Н.Я. Русская рулетка: экономический эксперимент ценою 150 миллионов жизней. М., 1998. С. 40. См. также: Приватизация и право / под ред. А.Н. Козырина. М., 2012. 210 с.

¹⁴ См.: Гаврилов В.П. Указ. соч. С. 198.

объект налогообложения; широкое распространение получил метод налоговой оценки исходя из затрат на добычу полезного ископаемого¹⁵.

Если обратиться к статистике последних лет, то тенденция такова, что доходы федерального бюджета от НДПИ непрерывно растут. Так, в 2013 г. доход федерального бюджета от НДПИ составил 2 535 256 226,8 тыс. руб. (из которых углеводородное сырье — 2 514 552 213,8 тыс. руб.)¹⁶, в 2014 г. — 2 857 963 405,7 тыс. руб. (углеводородное сырье — 2 836 802 303,3 тыс. руб.)¹⁷, в 2015 г. — 3 159 991 920,4 тыс. руб. (3 130 438 710,4 тыс. руб. — НДПИ в виде углеводородного сырья)¹⁸. Доходы от платежей за пользование недрами в 2015 г. составили 40 802 569,5, из них 40 109 865,7 — доходы от разовых платежей за пользование недрами при наступлении событий, оговоренных в лицензии, при пользовании недрами на территории России. Оставшаяся сумма приходится на доходы от других видов платежей за пользование недрами — сборы за участие в конкурсе (аукционе) на право пользования участками недр и др. Доходы от регулярных платежей за пользование недрами учитываются в доходах от НДПИ, так как администратором доходов является ФНС России, за исключением регулярных платежей за добычу полезных ископаемых (роялти) при выполнении соглашений о разделе продукции.

Тенденция последних лет, когда доходы от НДПИ, платежей за пользование недрами, от пошлины на экспорт нефтегазовой продукции составляли существенную часть федеральных доходов, сохранится в ближайшие десятилетия.

НДПИ и правовой механизм налогообложения добычи полезных ископаемых

К базовым характеристикам НДПИ можно отнести следующие его свойства: федеральный налог;

обязательный, индивидуально безвозмездный платеж, взимаемый с организаций и индивидуальных предпринимателей, которым в пользование были предоставлены участки недр в соответствии с Законом о недрах;

правовое регулирование осуществляется на основании главы 26 НК РФ, введенной Федеральным законом от 08.08.2001 № 126-ФЗ.

Тот факт, что НДПИ одновременно является природоресурсным налогом и рентным платежом, вносит специфику и влияет на системность налогообложения недропользователей. К сожалению, оптимизация правового регулирования в сфере налогообложения добычи полезных ископаемых не привела к единому пониманию в определении основных элементов НДПИ: сохраняются трудности с толкованием понятийной базы налога, которая в целом сосредоточила в себе термины и понятия различных сфер общественных отношений. Так, например, термин «полезное ископаемое»¹⁹ неоднократно

¹⁵ Павлова Л.П., Юмаев М.М. Налогообложение твердых полезных ископаемых: практика и перспективы. М., 2010. С. 30–31.

¹⁶ Федеральный закон от 04.10.2014 № 280-ФЗ «Об исполнении федерального бюджета за 2013 год» // СЗ РФ. 2014. № 40. Ст. 5311.

¹⁷ Федеральный закон от 05.10.2015 № 276-ФЗ «Об исполнении федерального бюджета за 2014 год» // СЗ РФ. 2015. № 41. Ст. 5630.

¹⁸ Федеральный закон от 31.10.2016 № 377-ФЗ «Об исполнении федерального бюджета за 2015 год» // СЗ РФ. 2016. № 45. Ст. 6196.

¹⁹ К вопросу о содержании понятия «полезное ископаемое» исследователи обращаются регулярно. См., напр.: Голованов Г.Р. Характеристика содержания понятия «полезное ископаемое» (для целей опре-

используется в Законе о недрах и употребляется в нем прежде всего в значении природного ресурса, подлежащего охране и восстановлению. Однако легальное понятие «полезное ископаемое» содержится только в НК РФ (п. 1 ст. 337), причем сформулировано оно с учетом соответствия стандартам качества и понимается как продукция, что несет в себе иную, нежели в Законе о недрах, смысловую нагрузку. В пояснениях Высшего Арбитражного Суда поддерживается законодательный порядок определения полезного ископаемого (п. 1 ст. 337 НК РФ), со следующими пояснениями: положение п. 1 ст. 337 НК РФ о том, что добытым полезным ископаемым признается продукция, которая содержится в минеральном сырье и отвечает стандартам, означает, что вывод о наличии в добытом минеральном сырье полезного ископаемого может быть сделан только, когда в названном сырье содержится продукция, характеризующая определенными физическими свойствами (либо иными существенными природными свойствами) и (или) химическим составом, предусмотренными соответствующим стандартом.

В связи с этим в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда от 18.12.2007 № 64 подчеркивается, что при определении объекта НДС ПИ судам следует иметь в виду следующее: поскольку в силу абз. 2 п. 1 ст. 337 НК РФ не может быть признана полезным ископаемым продукция, полученная при дальнейшей переработке (обогащении, технологическом переделе) полезного ископаемого и являющаяся продукцией обрабатывающей промышленности, то не признается, по общему правилу, полезным ископаемым и продукция, в отношении которой были осуществлены предусмотренные соответствующими стандартами технологические операции, не являющиеся операциями по добыче (извлечению) полезного ископаемого из минерального сырья (например, операции по очистке от примесей, измельчению, насыщению и т.д.)²⁰.

Заметим, что понятие полезного ископаемого в НК РФ содержит ряд терминов, не раскрытых ни в налоговом, ни в экологическом, ни в природоресурсном законодательстве и относящихся к числу дискуссионных понятий («минеральное сырье», «горнодобывающая промышленность», «разработка карьеров», «полезные компоненты», «отходы» и др.). Поэтому, отдавая должное понятию полезного ископаемого, предложенному М.А. Германовой, отметим, что ее дефиниция имеет те же недостатки, что и легальное определение, приведенное в НК РФ. М.А. Германова предлагает следующее определение: «Полезное ископаемое — это содержащиеся в недрах природные минеральные образования, углеводороды и подземные воды, химический состав и физические свойства которых позволяют использовать их в сфере материального производства и потребления непосредственно или после переработки, в том числе продукция горнодобывающей промышленности и разработки карьеров, содержащаяся в фактически добытом (извлеченном) из недр (отходов, потерь) минеральном сырье (породе, жидкости и иной смеси), первая по своему качеству соответствующая национальному стандарту, региональному стандарту, международному стандарту, а в случае отсутствия указанных стандартов для отдельного добытого полезного ископаемого — стандарту организации»²¹. Как и где в

деления объекта налогообложения по налогу на добычу полезных ископаемых) // Финансовое право. 2007. № 1; Павлова Л.П., Юмаев М.М. Указ. соч. С.33–36.

²⁰ Постановление Пленума ВАС РФ от 18.12.2007 № 64 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Налогового кодекса Российской Федерации о налоге на добычу полезных ископаемых, налоговая база по которым определяется исходя из их стоимости» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 1. Анализу данного Постановления посвящена статья: Голованов Г.Р. Новый подход Высшего Арбитражного Суда РФ к применению налога на добычу полезных ископаемых // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 3.

²¹ Германова М.А. Объект НДС ПИ: коллизии правового регулирования // Право и экономика. 2016. № 4. С. 55–59.

таком случае должно быть закреплено понятие «природные минеральные образования», «углеводороды», где и как должна определяться граница и пределы «переработки» сырья?

Обычно все полезные ископаемые в целях налогообложения классифицируются на углеводородное сырье, твердые полезные ископаемые и подземные воды. Налогообложение всех видов полезных ископаемых имеет специфику и является одной из причин вариативности исчисления налога²². Одним из примеров вышесказанного является ситуация с газовым конденсатом: до 2006 г. газовый конденсат из газоконденсатных и нефтегазоконденсатных месторождений облагался налогом на добычу полезных ископаемых по разным ставкам. Только через три года законодатель понял, что это один и тот же продукт налогообложения, и его стали облагать НДС по единой ставке²³.

Оформление лицензии при предоставлении недр в пользование. Лицензирование подтверждает право обладателя лицензии пользоваться участком недр, определяет его границы, цель, сроки и условия использования. Права и обязанности пользователя недр возникают с даты государственной регистрации лицензии на пользование участком недр, при предоставлении права пользования участком недр на условиях соглашения о разделе продукции — с даты вступления такого соглашения в силу. Согласно позиции Федеральной налоговой службы России, единственным критерием придания организации или индивидуальному предпринимателю статуса налогоплательщика НДС и основанием постановки его на учет в этом качестве является лицензия на пользование недрами независимо от указанного в ней целевого назначения разрешенных работ²⁴. Плательщиками НДС также будут признаваться и лица, занимающиеся недропользованием на основании выданных разрешений, но только если при такой деятельности у них будет возникать объект налогообложения (т.е. добытое полезное ископаемое). Кроме того, пользователи недр подлежат постановке на учет в качестве плательщика НДС при осуществлении любого вида пользования недрами, в том числе не только непосредственно при добыче, но и, например, при осуществлении геологического изучения недр. Итак, статус плательщика НДС возникает у пользователя недр с момента выдачи ему лицензии. Отсутствие лицензии на пользование недрами у лица означает, что оно не является плательщиком НДС, а добыча полезных ископаемых при отсутствии у пользователя лицензии считается самовольным использованием участком недр и возникающие при этом правоотношения регулируются не налоговым законодательством, а иными отраслями права.

После вхождения Республики Крым в состав Российской Федерации в ст. 334 НК РФ были внесены изменения, в соответствии с которыми организации признаются налогоплательщиками НДС на основании лицензий и иных разрешительных документов, действующих в порядке, установленном ст. 12 Федерального конституционного закона от 21.03.2014 № 6-ФКЗ «О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов — Республики Крым и города федерального значения Севастополя»²⁵. Согласно изменениям, разрешительные документы, выданные государственными органами Украины, действовали на территории Республики Крым и города федерального значения Севастополя и не требовали

²² Павлова Л.П., Юмаев М.М. Указ. соч. С.20–23.

²³ Германова М.А. Указ. соч. С. 55–59.

²⁴ Письмо ФНС России от 06.12.2013 № ГД-4-3/22016 «О налоге на добычу полезных ископаемых» // Документы и комментарии. 2014. № 2.

²⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 05.08.2000 № 117-ФЗ // СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

подтверждения со стороны государственных органов РФ до 01.01.2017²⁶. В соответствии с Федеральным законом от 29.06.2015 № 161-ФЗ «Об особенностях правового регулирования отношений в сфере пользования недрами в связи с принятием в Российскую Федерацию Республики Крым и образованием в составе Российской Федерации новых субъектов — Республики Крым и города федерального значения Севастополя», после 01.01.2017 недропользователи должны обращаться с заявкой для оформления на такие участки недр лицензий на пользование недрами в соответствии с российскими правилами.

Объектом налогообложения НДПИ по ст. 336 НК РФ являются полезные ископаемые: добытые из недр на территории и за пределами территории России; извлеченные из отходов (потерь) добывающего производства, если такое извлечение подлежит отдельному лицензированию. Таким образом, объектом налогообложения выступает добытое полезное ископаемое (далее — ДПИ). Согласно ст. 337 НК РФ видами ДПИ являются горючие сланцы, уголь, торф, углеводородное сырье и товарные руды.

В зависимости от характеристик добытого минерального сырья часть его, как правило, образует добытое полезное ископаемое, другая выходит за пределы допустимых характеристик добытого сырья в целях налогообложения, т.е. не является объектом НДПИ. Критерием определения продукции служат главным образом качественные характеристики, которые в целом определяют «полезность» добытого ископаемого как продукции, в том числе физические свойства, иные существенные природные свойства продукции или химический состав, предусмотренный соответствующим стандартом.

Проблема нераскрытости понятия полезности природных ресурсов актуальна для всех видов природоресурсных платежей. Американский исследователь экономики природных ресурсов Д. Саймон сделал попытку определить критерии, по которым можно установить их полезность. В частности, по Д. Саймону практическая полезность природных ресурсов определяется следующим: «а) какие виды сырья могут служить определенной цели при данных технологиях; б) доступность материалов различного качества; в) издержки добычи и переработки сырья; г) потребность в различных видах сырья; д) потребность в различных видах сырья при данном уровне технологий; е) возможность вовлечения в производство вторичных ресурсов по каждому виду материалов; ж) издержки на повторное использование; з) издержки на транспортировку самих материалов и создаваемых с их участием услуг и продуктов; и) действующие социальные и институциональные установления»²⁷. Концепция Саймона способствует современному пониманию роли природных ресурсов в хозяйственной деятельности. Мы должны осознать, что роль нефти и газа и, соответственно, доходы от них со временем будут снижаться с учетом возрастания роли атомной энергии и энергии Солнца. Правда, для России, как мы уже отмечали, это не актуально, инвестирование альтернативной энергетики бесперспективно при больших запасах углеводородов. Однако роль атомной энергии не пренебрегается, это направление российской экономики переживает новый виток развития.

Налоговая база по НДПИ определяется налогоплательщиком самостоятельно в отношении каждого добытого полезного ископаемого (в том числе полезных компонентов, извлекаемых из недр попутно при добыче основного полезного ископаемого), а налоговая база определяется как стоимость ДПИ или количество ДПИ в натуральном

²⁶ СЗ РФ. 2014. № 12. Ст. 1201.

²⁷ Саймон Д. Неисчерпаемый ресурс. Челябинск, 2012. С. 93.

выражении. Статья 339 НК РФ предусматривает два метода определения количества ДПИ: прямой и косвенный. Прямой метод — метод с применением измерительных средств и устройств, определяющих количество ДПИ. Косвенный метод может применяться только когда невозможно использовать прямой метод. Косвенный метод предусматривает определение количества ДПИ расчетно, по данным о содержании добытого полезного ископаемого в извлекаемом из недр (отходов, потерь) минеральном сырье, например, вычитание из нефти-брутто содержащихся в ее составе механических примесей, воды и хлористых солей, определяемых лабораторными анализами. Иными методами определять количество ДПИ нельзя. Если метод не содержит признаков ни прямого, ни косвенного методов, такой метод не подлежит применению²⁸. Не допускается определение налоговой базы по НДС иным способом, например, исходя из выручки, поступившей на расчетный счет налогоплательщика, из данных о количестве отгруженного полезного ископаемого, содержащихся в счетах-фактурах²⁹.

Некоторые специалисты предлагают сократить или даже отказаться от применения расчетного метода определения стоимости ДПИ в отношении твердого минерального сырья, предлагая перейти к специфическим налоговым ставкам, считая их оптимальными при налогообложении металлических полезных ископаемых и иных видов твердого сырья экспортно-ориентированного характера³⁰.

В действующем законодательстве о налогах и сборах РФ метод определения количества добытого полезного ископаемого, который применяется налогоплательщиком, утверждается в учетной политике налогоплательщика для целей налогообложения. Он должен применяться в течение всего времени добычи полезного ископаемого и может быть изменен только в случае корректировки технического проекта разработки месторождения в результате перехода на иную технологию добычи полезных ископаемых (п. 2 ч. 2 ст. 339 НК РФ)³¹.

Льготы и коэффициенты к базовой налоговой ставке налога на добычу полезных ископаемых (опыт классификации). По мнению проф. А.Н. Козырина, сущность налоговой льготы состоит в снижении налогового бремени, такие льготы не носят индивидуального характера, т.е. не предоставляются отдельно взятым налогоплательщикам. По его мнению, налоговые льготы являются одной из форм реализации регулирующей (стимулирующей) функции налогообложения, представляют собой инструмент налоговой политики, применяемый для решения наиболее важных социальных и экономических задач государства. Основанием предоставления налоговой льготы может быть необходимость развития отдельных производств и промыслов, важных для государства, оперативного проведения антикризисных мероприятий в экономике³².

²⁸ Например, определение ДПИ по данным, содержащимся в счетах-фактурах, было признано незаконным Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа в Постановлении от 31.05.2006 по делу № А26-7280/2005-211

²⁹ Германова М. А. Коллизии права и спорные моменты в определении налоговой базы по НДС // Вестник арбитражной практики. 2015. № 4. С. 31.

³⁰ Павлова Л.П., Юмаев М.М. Указ. соч. С. 44–45.

³¹ Вопрос расчета количества и стоимости ДПИ является актуальным, спорным. Например, ФАС Северо-Западного округа в Постановлении от 30.08.2004 № А21-1318/04-С1 признало правомерность косвенного метода определения количества ДПИ по актам приема-передачи нефти с организацией, которая производила разделение нефтяной эмульсии на нефть и воду// СПС КонсультантПлюс.

³² Козырин А.Н. Налоговые льготы. Большая Российская энциклопедия. Т. 21. М., 2013. С. 722–723.

Налоговой льготой следует признавать и обнуление налоговой ставки. Снижение или обнуление налоговой ставки является самой распространенной формой налоговой льготы для НДС. Так, например, применительно к НДС ставка 0% применяется при добыче сверхвязкой нефти (пп. 9 ч. 1 ст. 342 НК РФ). По НДС также предусматриваются налоговые вычеты, которые применяются к сумме налога на нефть, добытую на территории Республики Татарстан или Республики Башкортостан. И, конечно, еще одним видом налоговых льгот по НДС являются коэффициенты к базовой налоговой ставке по НДС.

К сожалению, несовершенство норм законодательства о налогах и сборах на практике зачастую приводит к неоднозначным ситуациям. Оценка стоимости ДПИ является одним из самых спорных моментов. Особенно сложен вопрос о затратах, подлежащих или не подлежащих включению в расчетную стоимость ДПИ — например, это затраты, связанные с перевозкой добытого полезного ископаемого до склада готовой продукции. НК РФ предусматривает, что материальные расходы, понесенные налогоплательщиком в рамках добычи полезных ископаемых, необходимо учитывать при исчислении их расчетной стоимости³³.

Однако определения того, какие именно действия относятся к добыче полезных ископаемых, НК РФ не содержит. В Методических указаниях по контролю за технической обоснованностью расчетов платежей при пользовании недрами указано, что под первичной обработкой полезных ископаемых понимаются технологические операции по доведению до требуемого стандартами и техническими условиями качества, предусмотренные проектом ведения работ по добыче полезных ископаемых, в том числе сортировка и доставка до склада готовой продукции или на перерабатывающие производства³⁴. Таким образом, к процессу добычи полезного ископаемого можно отнести операции по доставке его до склада готовой продукции, но только если они предусмотрены проектом работ по добыче полезных ископаемых³⁵.

Дифференциация НДС применяется при налогообложении добычи углеводородного сырья. Дифференцированные подходы налогообложения недропользования в наибольшей степени способствуют изъятию рентных доходов. Дифференциация направлена на уравнение налогоплательщиков и может достигаться различными способами: введением льгот, в том числе коэффициентов и нулевых налоговых ставок, исключений из перечня объектов налогообложения. При введении НДС дифференциация не предусматривалась, однако теперь законодатель осознал ее необходимость. Во-первых, уравнение налогоплательщиков позволит реализовать фискальную функцию НДС более эффективно, так как бремя его уплаты будет перераспределяться в зависимости от различных факторов, что привлекательно для налогоплательщиков. Во-вторых, диф-

³³ В Определении от 03.02.2017 № 305-КГ16-19560 по делу № А40-142656/2015 Верховный суд России указал на необходимость распределения между всеми добытыми полезными ископаемыми общей суммы расходов, которые понес налогоплательщик в налоговом периоде, пропорционально доле каждого ДПИ в общем количестве. К аналогичному выводу пришел Верховный суд в Определении от 03.02.2017 № 305-КГ16-19562 по делу № А40-242055/2015 // СПС КонсультантПлюс.

³⁴ Методические указания по контролю за технической обоснованностью расчетов платежей при пользовании недрами (утв. Постановлением Госгортехнадзора РФ от 10.12.1998 № 76 (№ РД-07-261-98). Документ опубликован не был // СПС КонсультантПлюс.

³⁵ Данная позиция подтверждается судебной практикой: Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 03.08.2004 № Ф09-3084/04-АК, Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 27.06.2007 № Ф09-10368/06-СЗ, Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 29.12.2008 № Ф03-5937/2008.

дифференциация позволит реализовать регулируемую функцию НДС и стимулировать налогоплательщиков осуществлять добычу определенных полезных ископаемых на определенных участках недр в зависимости от потребностей государства. Установление нулевой налоговой ставки по НДС на определенный период стимулировало бы налогоплательщиков заняться разработкой сложных месторождений, т.е. действовать в публичных интересах. Например, добыча полезных ископаемых на арктической территории России, за Полярным кругом, на континентальном шельфе, добыча сверхвязкой нефти и иных трудноизвлекаемых запасов.

Путем введения налоговых льгот и понижающих коэффициентов можно также реализовать потенциал экологической функции НДС. Необходимо стимулировать налогоплательщиков применять более безопасные для окружающей среды методы добычи, сделать налог экологически ориентированным, возможно, путем применения льгот, а также с применением иных инструментов — различных понижающих или повышающих коэффициентов к налоговой ставке. Льготы можно применить к отдельным элементам налога либо по налогу в целом, на постоянной или временной основе, по отдельным субъектам и т.д.

НК РФ предусматривает обязательное применение коэффициентов к налоговой ставке по НДС, установленной ст. 342 НК РФ. Нормативного определения коэффициентов в НК РФ не установлено. Коэффициенты представляют собой значение, применяемое к базовой налоговой ставке по НДС с целью корректировки налоговой ставки в зависимости от определенных факторов (например, территория добычи полезного ископаемого, цена ДПИ и т.д.). Обязательность и порядок применения коэффициентов к налоговой ставке НДС установлены НК РФ.

Говоря о правовой природе коэффициентов, нужно обратиться к судебным актам по делам, касающимся данного вопроса. Судебная практика пытается возместить пробелы законодателя. Она сформулировала следующие позиции: введением понижающего коэффициента преследовалась цель дифференцированного подхода к налогоплательщикам при налогообложении с целью стимулирования налогоплательщиков к максимальной выработке разрабатываемых месторождений полезных ископаемых³⁶; коэффициент $K_{\text{в}}$, используемый при определении налоговой ставки по НДС на нефть, является понижающим и корректирующим ставку налога в сторону уменьшения, что свидетельствует о применении налоговой льготы³⁷; применение понижающего коэффициента к общеустановленной ставке НДС признается льготой, обязанность подтверждать правомерность применения которой возложена на налогоплательщика³⁸. Таким образом, арбитражные суды различных уровней единогласно рассматривают коэффициенты к базовой ставке НДС как разновидность налоговой льготы. Однако необходимо обратить внимание, что не все коэффициенты понижают налоговую ставку, а значит, их применение не всегда порождает налоговую выгоду и не может рассматриваться как налоговая льгота.

Как было указано выше, одной из проблем НДС является его дифференциация. Она необходима для соблюдения баланса публичных и частных интересов. Дифференциация достигается путем введения налоговых льгот (как пониженных и нулевых ставок, так и коэффициентов). В настоящее время целесообразно введение льгот для

³⁶ Определение ВАС РФ от 25.11.2013 № ВАС-15920/13 // СПС КонсультантПлюс.

³⁷ Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 14.01.2009 по делу № А72-3068/2008 // СПС КонсультантПлюс.

³⁸ Решение Арбитражного суда Москвы от 3.09.2015 по делу № А40-10501/15 // СПС КонсультантПлюс.

налогоплательщиков, добывающих полезные ископаемые в труднодоступных районах с суровыми климатическими условиями, с применением новых технологий, безопасных для окружающей природной среды, а также для природных объектов, в той или иной мере затронутых процессом разведки и добычи углеводородов и твердых полезных ископаемых. Введение такой льготы сможет реализовать упомянутую выше экологическую функцию НДС.

Коэффициенты к базовой ставке НДС могут быть классифицированы по нескольким критериям: вид полезного ископаемого; влияние на базовую налоговую ставку (понижающие и повышающие); цель применения (уравнивание налогоплательщиков и пополнение бюджета, направленность на стимулирование разработки месторождений и отсутствие такой направленности); связь с территорией добычи полезного ископаемого. Коэффициенты к базовой ставке НДС позволяют реализовать его рентные начала. Однако дифференциация может реализовываться более качественно с учетом и других рентных показателей при налогообложении НДС, например, при определении налоговой базы, с учетом более высокой прибыли получаемой от разработки лучших по качеству месторождений полезных ископаемых, как углеводородов, так и твердых полезных ископаемых. В настоящее время все коэффициенты применяются к налоговой ставке, а не к налоговой базе, что объясняется более внятным подходом, позволяющим определить сумму налога для уплаты. Дифференцированный подход следует применять, учитывая прибыль от разработки лучших по качеству месторождений.

Действующая система регулирования НДС нуждается в дальнейшем реформировании, особенно в части дифференциации отдельных элементов налога. Система налогов и сборов РФ может претерпевать изменения. Однако это должно происходить только в целях повышения эффективности самой этой системы, но ни в коем случае не в ущерб налогоплательщикам (путем необоснованного повышения налогового бремени).

Регулярные платежи

Регулярные платежи за пользование недрами взимаются за предоставление пользователям недр исключительных прав на поиск и оценку месторождений полезных ископаемых; разведку полезных ископаемых; геологическое изучение и оценку пригодности участков недр для строительства и эксплуатации сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых; строительство и эксплуатацию подземных сооружений, не связанных с добычей полезных ископаемых, за исключением инженерных сооружений неглубокого залегания (до 5 м), используемых по целевому назначению.

В соответствии с нормами Закона о недрах права и обязанности пользователя недр возникают с даты государственной регистрации лицензии на пользование участком недр. Таким образом, Закон устанавливает четкую связь факта выдачи лицу указанной лицензии с приобретением этим лицом статуса недропользователя и обязанности плательщика платежей, установленных законом. Соответственно, отсутствие лицензии на пользование недрами у лица означает, что оно не является плательщиком платежей за пользование недрами³⁹.

³⁹ Данная позиция нашла отражение и в судебной практике. См. например: Постановление ФАС Центрального округа от 28.01.2005 № А09-8557/04-13. Выдачу, оформление и регистрацию лицензий на пользование недрами осуществляет Федеральное агентство по недропользованию (Роснедра). См. Постановление Правительства РФ от 17.06.2004 № 293 (ред. от 07.07.2016) «Об утверждении Положения о Федеральном агентстве по недропользованию» // СПС КонсультантПлюс.

Регулярные платежи за пользование недрами взимаются с пользователей недр отдельно по каждому виду работ, осуществляемых в Российской Федерации, на ее континентальном шельфе и в исключительной экономической зоне и за пределами РФ на территориях, находящихся под ее юрисдикцией (а также арендуемых у иностранных государств или используемых на основании международного договора, если иное не установлено международным договором)⁴⁰. Многие исследователи полагают, что регулярные платежи за пользование недрами по природе и юридическим признакам тяготеют к налогам⁴¹. Такой же позиции придерживается и автор статьи.

Регулярные платежи за пользование недрами по набору постоянных существенных элементов юридического состава, экономическим и правовым функциям близки к налогам, их правовая природа тождественна. Регулярным платежам присущи признаки, характерные налогам и вытекающие из их легального определения, содержащего в НК РФ. В частности, регулярные платежи являются обязательными платежами в силу обязанности по их уплате, установленной в ст. 43 Закона о недрах. Их уплата индивидуально безвозмездна, так как строго юридически не приводит к возникновению у государства корреспондирующей обязанности либо встречного обязательства совершить в пользу плательщика юридически значимое действие (право пользования участком недр уже предоставлено). Регулярные платежи по аналогии с налогами представляют собой денежную форму отчуждения принадлежащих лицам, признаваемым пользователями недр, на праве собственности (либо ином вещном праве) денежных средств и уплачиваются в целях финансового обеспечения деятельности государства и муниципальных образований.

Анализ законодательства и доктрины применительно к регулярным платежам позволяет утверждать, что они представляют собой обязательные публично-правовые платежи, рассчитываемые специально уполномоченным федеральным органом государственной власти и являющиеся одним из обязательных условий пользования недрами на лицензионном участке недр. Регулярные платежи призваны стимулировать недропользователя к надлежащему выполнению условий пользования недрами. Плательщиками регулярных платежей выступают юридические лица и индивидуальные предприниматели, признаваемые пользователями недр в установленном порядке, в связи с чем обязанность по своевременному и правильному внесению соответствующих платежей возникает с момента государственной регистрации лицензии на пользование недрами.

Систематическая неуплата регулярных платежей за пользование недрами может быть также расценена лицензирующим органом как нарушение существенного условия лицензии, влекущее досрочное прекращение права пользования недрами. Иные санкции действующим законодательством в отношении регулярных платежей за пользование недрами не предусмотрены⁴².

⁴⁰ См.: Постановление Правительства РФ от 28.04.2003 № 249 (ред. от 22.04.2009) «О порядке и условиях взимания регулярных платежей за пользование недрами с пользователей недр, осуществляющих поиск и разведку месторождений на континентальном шельфе Российской Федерации и в исключительной экономической зоне Российской Федерации, а также за пределами Российской Федерации на территориях, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации»; Письмо ФНС России от 25.03.2014 № ГД-4-3/5368@ «О регулярных платежах за пользование недрами» // СПС КонсультантПлюс.

⁴¹ См. например: Суткевич Е.А. Про платежи за пользование недрами как разновидность обязательных публично — правовых, схожих с налогами и сборами / Финансовое, налоговое и таможенное право: вопросы теории и практики / под ред. Т.Н. Трошкиной. М., 2014. С. 258–266.

⁴² См., напр.: Суткевич Е.А. Про платежи за пользование недрами как разновидность обязательных публично-правовых, схожих с налогами и сборами. С. 258–266.

На сегодняшний день правовую основу взимания регулярных платежей за пользование недрами составляют Закон РФ о недрах (ст. 43) и Приказ Минприроды России от 07.03.2014 № 134 «Об утверждении порядка определения конкретных размеров ставок регулярных платежей за пользование недрами». Особенности установления и взимания регулярного платежа обусловлены статусом данного платежа. Законом о недрах установлены минимальные и максимальные ставки регулярного платежа за пользование недрами за 1 кв. км площади участка недр в год. Размеры регулярных платежей определяются в зависимости от экономико-географических условий, размера участка недр, вида полезного ископаемого, продолжительности работ, степени геологической изученности территории и степени риска. В лицензии определяется целевое назначение, виды, объем и сроки работ, а также выделяются этапы проведения указанных работ, в том числе фиксируется условие об обязательности внесения сумм регулярных платежей по определенным ставкам. Размер ставки регулярного платежа за пользование недрами устанавливается федеральным органом управления государственным фондом недр или его территориальными органами, а в отношении участков недр местного значения — полномоченными органами исполнительной власти соответствующих субъектов федерации отдельно по каждому участку недр, на который в установленном порядке выдается лицензия на пользование недрами.

Вышеупомянутый Порядок, утвержденный Приказом Минприроды России, устанавливает принципы определения размера ставки регулярного платежа за пользование недрами по каждому участку недр, на который в установленном порядке выдается лицензия на пользование недрами. Этот порядок действует и в отношении недр континентального шельфа Российской Федерации, ее исключительной экономической зоны или за пределами федерации на территориях, находящихся под ее юрисдикцией, а также арендуемых у иностранных государств или используемых на основании международного договора (если иное не установлено международным договором), в пределах минимальных и максимальных ставок, установленных законодательством о недрах и предназначен для использования Роснедрами, его территориальными органами при определении размеров ставок регулярных платежей за пользование участками недр. В отношении участков недр местного значения размеры ставок регулярных платежей определяются органами государственной власти субъектов федерации. Таким образом, с момента государственной регистрации лицензии, юридический факт возникновения права пользования участком недр не только обуславливает обязанность пользователя недр в последующем уплатить регулярные платежи, но и порождает ее вне зависимости от непосредственного проведения работ на участке недр (за исключением обязанности по внесению регулярных платежей за разведку полезных ископаемых, которая возникает с момента постановки запасов соответствующих полезных ископаемых на баланс).

Обязательным параметром измерения объекта обложения регулярными платежами в одном случае выступает единица измерения площади участка недр, в другом — единицы массы или объема, определяющие количество подлежащего хранению в подземном сооружении полезного ископаемого, что предопределяет различия в способах формирования облагаемой базы. Порядок исчисления регулярных платежей в ст. 43 Закона о недрах не урегулирован, вследствие чего значительно усложняется процесс правоприменения как у плательщиков, так и у налоговых органов — администраторов платежа. Исчислить сумму регулярного платежа пользователь недр может только посредством заполнения формы расчета регулярных платежей за пользование недрами, руководствуясь Порядком ее заполнения.

Порядок исчисления регулярных платежей как самостоятельный элемент обложения выводится на основе анализа положений п. 5, 6 и 7 Порядка заполнения расчета регулярных платежей⁴³. При проведении пользователем недр работ в целях поиска, оценки и разведки месторождений полезных ископаемых сумма платежа исчисляется как произведение ставки, установленной в приложении к лицензии, и величины базы обложения (в виде облагаемой площади лицензионного участка недр). При строительстве и эксплуатации пользователем недр подземных сооружений сумма платежа исчисляется как произведение ставки (соответствующей виду полезного ископаемого, подлежащего хранению) и величины базы обложения (в виде количества полезного ископаемого, подлежащего хранению, указанного в проектной документации на строительство и эксплуатацию подземного сооружения).

Таким образом, несмотря на налоговую природу регулярных платежей, как в правовом, так и в экономическом его значении, большинство механизмов и гарантий защиты прав и интересов налогоплательщиков не распространяется на пользователей недр. Прежде всего, речь идет о правовых механизмах, способствующих надлежащему исполнению обязанности по уплате регулярных платежей, включая момент возникновения, изменения и прекращения обязанности, особенности ее исполнения, установления и использования льгот, отсрочки по уплате, зачет и возврат излишне уплаченных денежных средств, меры принудительного изъятия и др.

В правовой науке всегда отмечалась важность правовой формализации любых публичных денежных взиманий, она должна строиться на закреплении основных параметров исчисления соответствующих платежей. Законодатель должен стремиться как можно точнее регламентировать все обязательные элементы уплаты регулярных платежей и их содержание, в особенности, объект обложения и порядок формирования облагаемой базы, которые непосредственно влияют на окончательный размер отчуждаемых денежных сумм плательщиками — пользователями недр в законе, не перекладывая эти вопросы на органы исполнительной власти.

Возникает естественный вопрос о необходимости включения регулярных платежей в систему налогов и сборов. Многие специалисты поддерживают идею о введении налога на добавленный доход (НДД) с нефтедобывающих предприятий, указывая, что НДД будет облагаться разницей между стоимостью проданной нефти и затратами на ее извлечение, что существенно отличает его от НДС⁴⁴. На наш взгляд, не стоит исключать проработку вопросов в двух вариантах, о включении регулярных платежей в систему налогов и сборов в составе НДС, расширив объект налога и другие его существенные элементы, а также как самостоятельного налога. Первый вариант нам представляется более органичным.

Оба варианта систематизации регулярных платежей позволят значительно упорядочить процедуру их взимания и уплаты, распространив на механизм их уплаты меры присущей для обязательных фискальных платежей финансово-правовой ответственности, сделать порядок уплаты более понятным и доступным как для контролирующих органов, так и для плательщиков. Тем самым законодательно будет обеспечено соблюде-

43 Приказ МНС РФ от 11.02.2004 № БГ-3-21/98@ «Об утверждении формы расчета регулярных платежей за пользование недрами и порядка его заполнения» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 03.03.2004 № 5606) // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2004. № 12. 22.03.

44 Обзор по данному вопросу см. подробнее: Костилова Е.Г. Налог на добавленный доход в России: перспективы реформирования налогообложения добывающей отрасли // Финансовое право. 2013. № 12. С. 25–30.

ние гарантий защиты конституционных прав каждого плательщика — недропользователя⁴⁵, а государство на праве собственника недр на законных основаниях сможет изъять причитающуюся ему часть рентного дохода.

Разовые платежи

Согласно ст. 40 Закона о недрах пользователи недр, получившие право на пользование недрами, уплачивают разовые платежи за пользование недрами при наступлении событий, оговоренных в лицензии (далее — разовые платежи за пользование недрами). Минимальные (стартовые) размеры разовых платежей за пользование недрами устанавливаются в размере не менее 10% от величины суммы НДС в расчете на среднегодовую мощность добывающей организации, за исключением разовых платежей за пользование недрами, устанавливаемых в отношении нефти и (или) газового конденсата. Минимальные (стартовые) размеры разовых платежей за пользование недрами, устанавливаемые в отношении нефти и (или) газового конденсата, устанавливаются в размере не менее чем 5% величины суммы НДС в расчете на среднегодовую мощность добывающей организации по нефти и (или) газовому конденсату соответственно.

Минимальный (стартовый) размер разового платежа может устанавливаться как сумма расходов этого лица на поиск и оценку такого месторождения полезных ископаемых. Это правило действует только в случае проведения аукциона на право пользования участком недр федерального значения, содержащим месторождение полезных ископаемых, открытое в процессе геологического изучения юридическим лицом с участием иностранных инвесторов или иностранным инвестором, в отношении которых Правительством Российской Федерации принято решение об отказе в предоставлении права пользования данным участком недр для разведки и добычи полезных ископаемых.

На сегодняшний день стартовый размер разового платежа обязательно рассчитывается лицензирующим органом и определяется по каждому участку недр, предоставляемому в пользование, и фиксируется в лицензии на пользование недрами с указанием на порядок и сроки уплаты владельцем лицензии. Методика расчета минимального (стартового) размера разового платежа за пользование недрами установлена Приказом Минприроды России от 30.09.2008 № 232 (ред. от 17.03.2015) «Об утверждении Методики по определению стартового размера разового платежа за пользование недрами»⁴⁶. Окончательные размеры разовых платежей за пользование недрами устанавливаются по результатам конкурса или аукциона и фиксируются в лицензии на пользование недрами.

При изменении границ участков недр, предоставленных в пользование, а также при внесении изменений в лицензию в части установления возможности добычи попутных полезных ископаемых, пользователь недр уплачивает разовый платеж в размере, который определяется в установленном Правительством России порядке. Не допускается установление в лицензии размера разовых платежей за пользование недрами ниже установленных условиями конкурса (аукциона), а также каждого из этих платежей, ниже заявленных в конкурсных предложениях победителя. Уплата разовых платежей произ-

⁴⁵ См. подробнее: *Суткевич Е.А.* Правовая природа платежей за пользование недрами в Российской Федерации // Реформы и право. 2012. № 3. С. 50–57; *Она же.* Особенности правовой природы разовых и регулярных платежей за пользование недрами в системе платежей при пользовании недрами по законодательству Российской Федерации // Финансовое право. 2011. № 2. С. 29–32.

⁴⁶ Первоначальный текст документа опубликован в издании «Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти». № 3. 19.01.2009 // СПС КонсультантПлюс.

водится в порядке, установленном в лицензии на пользование недрами. Уплата разовых платежей может быть произведена частями в случаях и порядке, установленных Правительством России⁴⁷. Таким образом, разовые платежи за пользование недрами сгруппированы в зависимости от способа предоставления права пользования: в результате конкурсов (аукционов) на право пользования недрами и разовые платежи, уплачиваемые при предоставлении права пользования недрами без конкурсов (аукционов). У этих групп платежей имеются отдельные нормативные методики их расчета (одна утверждена на уровне приказа Минприроды России, другая — на уровне постановления Правительства России)⁴⁸.

Размеры разовых платежей за пользование недрами, а также порядок их уплаты при выполнении соглашений о разделе продукции устанавливаются в соглашении о разделе продукции. Разовые платежи за пользование недрами при наступлении определенных событий, оговоренных в лицензии, зачисляются в федеральный бюджет и бюджеты субъектов РФ в соответствии с бюджетным законодательством. В случае прекращения, в том числе досрочного, права пользования недрами уплаченные пользователями недр разовые платежи не подлежат возврату, за исключением ряда случаев.

Согласно наименованию платежей, события, знаменующие собой момент уплаты разовых платежей, должны быть оговорены в лицензии. Такими событиями могут быть подписание соглашения, открытие месторождения, начало его разработки, достижение определенного уровня добычи и др. При таком подходе эти события могут наступить на любой стадии геологоразведочного процесса: на стадии поиска и оценки месторождения либо на стадии разведки и добычи полезных ископаемых⁴⁹.

Если правовая конструкция регулярных платежей допускает возможность включения их в систему федеральных налогов и сборов, то с разовыми платежами это схема не работает. На наш взгляд, применительно к правовому регулированию разового платежа требуется комплексный подход, что и демонстрирует современный законодатель, передавая ряд полномочий по установлению разового платежа Правительству России. Основания уплаты разовых платежей и объект платежа должны быть установлены в Законе о недрах, а не в лицензии, несмотря на использование в наименовании разовых платежей формулировки «при наступлении определенных событий, оговоренных в лицензии».

Как уже отмечалось, по Закону о недрах уплата разовых платежей производится в порядке, установленном в лицензии на пользование недрами. В этом случае, исполняя обязанность по уплате разовых платежей, недропользователи должны руководствоваться в том числе положениями индивидуального правового акта — лицензии на право пользования участком недр, а не только закона или иного нормативного правового акта, так как ряд обязательных элементов их уплаты (окончательный размер, порядок и сроки уплаты), адресованный плательщику, устанавливается на уровне лицензии⁵⁰.

⁴⁷ См.: Постановление Правительства РФ от 6.08.2015 № 802 «Об условиях и порядке рассрочки разового платежа за пользование недрами при наступлении определенных событий, оговоренных в лицензии» // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁸ Постановление Правительства РФ от 04.02.2009 № 94 (ред. от 03.11.2016) «О порядке определения размера разовых платежей за пользование недрами на участках недр, которые предоставляются в пользование без проведения конкурсов и аукционов» (вместе с «Правилами определения размера разовых платежей за пользование недрами на участках недр, которые предоставляются в пользование без проведения конкурсов и аукционов») // СЗ РФ. 2009. № 7. Ст. 843.

⁴⁹ См.: Перчик А.И. Указ. соч. С. 222.

⁵⁰ Суткевич Е.А. Особенности правовой природы... С. 29–32.

Расчет разовых платежей за пользование недрами на основе лицензии на пользование недрами не является оптимальным в механизме платного недропользования, так как вызывают вопросы обоснованность и эффективность методик расчетов разовых платежей. В научной литературе отмечается проблема занижения разовых платежей, которая может возникнуть вследствие нечеткости нормативных формулировок ряда важных понятий⁵¹. Такого рода занижения необоснованно приводят к сокращению поступлений в бюджет. К числу причин необъективности подсчетов разовых платежей допустимо отнести вопрос о соотношении законодательства о недрах и законодательства о налогах и сборах в части регулирования налогообложения добычи полезных ископаемых. За основу расчета разовых платежей положен подход, учитывающий доходы от будущей добычи полезных ископаемых на предоставляемых в пользование участках недр.

Кроме того, специалисты обращают внимание на неоправданно завышенный стартовый размер разовых платежей, что является одной из основных причин отсутствия интереса нефтяных компаний к участкам недр, выставленным на аукционы. Размер минимального разового платежа дифференцируется в зависимости от того, какой участок выставляется на аукцион (конкурс) — поисковый с прогнозными или перспективными ресурсами либо участок с выявленными запасами. Однако размер минимального стартового размера разового платежа, рассчитываемый по нормативной методике, не дифференцируется в зависимости от вида пользования и цели предоставления участка (с целью поиска и оценки либо геологического изучения, а также разведки и добычи). Понятно, что при таком раскладе средняя стоимость запасов и ресурсов по стартовому платежу оказывается одинаковой как на поисковых участках, так и на участках с месторождениями. Риски, как геологические, так и финансовые, несравнимы на поисковых участках и участках, предоставленных для разведки.

В таком случае разовые платежи за пользование недрами фактически представляют собой единовременную плату (не являются сбором в общеизвестном понимании)⁵² за получение права на работы на участке недр, соответствующих видам пользования недрами, результатом которых может быть геологическая информация о запасах полезных ископаемых, подтверждающая возможность последующей добычи на месторождении.

Разовые платежи за пользование недрами направлены на изъятие горной ренты, а не на компенсацию затрат государства при отсутствии совершения в пользу недропользователей каких-либо юридически значимых действий со стороны государства, поэтому они не могут иметь компенсационного характера. Разовые платежи потому невозможно взимать в составе государственной пошлины. Основной параметр расчета минимального значения разового платежа — это среднегодовая мощность добывающей организации (среднегодовая добыча полезного ископаемого), которая рассчитывается с учетом запасов полезного ископаемого и его прогнозных ресурсов, содержащихся на участке

⁵¹ См.: Денисов М.Н., Лазарев В.Н. О методике определения стартового размера разового платежа за пользование недрами // Минеральные ресурсы России. Экономика и управление. 2011. № 2. С. 41; Богданов С.Д. Расчет размеров разовых платежей за право пользования участками недр, предоставляемых без проведения конкурсов и аукционов // Нефть. Газ. Право. 2009. № 5. С. 27; Богданов С.Д., Фионина Н.П. Различные подходы обоснования размеров стартового платежа за право пользования недрами // Нефть. Газ. Право. 2008. № 5. С. 23.

⁵² См.: Богданова Е. Правовая природа сбора / Развитие налогового законодательства России: вопросы теории и практики. М., 2005. С. 47–54; Денисова А.Ю. Понятие сбора как публичного платежа в российском законодательстве и доктрине // Публично-правовые исследования: электронный журнал. 2015. № 2. С. 66–85.

недр в момент его предоставления в пользование и переведенных в более высокие категории с использованием специальных формул.

Таким образом, размер минимального разового платежа соразмерен усредненному значению выручки, которую потенциально можно будет получить после реализации среднегодового количества добытых полезных ископаемых, а не стоимости затрат государства в связи с предоставлением участка недр в пользование, в том числе затрат на региональное геологическое изучение недр. Государству экономически нецелесообразно самостоятельно осваивать месторождения полезных ископаемых. Кроме того, уплачиваются разовые платежи (как и регулярные) уже после предоставления права пользования недрами, т.е. после государственной регистрации лицензии. Встает вопрос, всегда ли индивидуальная возмездность публично-правового платежа подтверждается его направленностью на компенсацию расходов государства за совершение юридически значимых действий при предоставлении права пользования недрами.

В то же время ни разовые, ни регулярные платежи за пользование недрами по своей сути (основанию уплаты) не являются сборами в их легальном и доктринальном понимании, поскольку уплата разовых и регулярных платежей не связана с совершением уполномоченными органами в пользу плательщика (пользователя недр) юридически значимых и иных действий, включая предоставление специальных прав или выдачу лицензии. На момент возникновения обязанности по уплате разовых и регулярных платежей плательщик уже является владельцем лицензии, т.е. пользователем недр.

В новой редакции НК РФ под сбором понимается обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в отношении плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешений (лицензий), либо уплата которого обусловлена осуществлением в пределах территории, на которой введен сбор, отдельных видов предпринимательской деятельности. С учетом новой законодательной формулировки можно выделить один из новых признаков сбора как выдачу разрешений (лицензий) на какую-либо деятельность. Однако не стоит забывать, что разовые платежи означают для государства легальный и справедливый способ изъятия горной ренты.

Разовые платежи за пользование недрами представляют собой самостоятельную разновидность обязательных публично-правовых платежей, уплачиваемых пользователями недр за право использовать участок недр в соответствии с целевым назначением и видами работ по лицензии⁵³. При этом неуплата разовых платежей за пользование недрами обеспечивается специальными мерами государственного принуждения, устанавливаемыми в лицензии, в виде прекращения права пользования недрами, как правило, без взыскания недоимки и без применения мер финансово-правовой (начисление и взыскание пени) либо административной ответственности (наложение штрафа) (п. 3 ч. 1 ст. 20 Закона о недрах).

В целях совершенствования правового регулирования уплаты разовых платежей за пользование недрами законодательно необходимо четко определить объекты обложения разовыми платежами и порядок их исчисления, а также те элементы разовых платежей, которые могут устанавливаться на уровне подзаконных нормативных правовых актов и на уровне индивидуально-распорядительного акта — лицензии на пользование недрами. При этом необходимо понимать отличие разовых платежей за пользование

⁵³ См.: *Суткевич Е.А.* Особенности правовой природы... С. 29–32.

недрами по российскому законодательству от зарубежных аналогов (бонусов), которые, как правило, являются одним из условий соглашения сторон (концессии либо контракта) и устанавливаются в процессе переговоров⁵⁴. В таких специальных договорах обязанность уплачивать бонусы может быть вообще не предусмотрена.

Однако в действующем законодательстве России о недрах концессионная (либо контрактная) форма регулирования отношений недропользования не предусмотрена. Несмотря на свое «концессионное» происхождение, разовые и регулярные платежи за пользование недрами по законодательству России концессионными не являются, так как условия их уплаты устанавливаются в специальном государственном разрешении — лицензии, а не в договоре⁵⁵.

В Законе о недрах может быть предусмотрено право только Правительства России как высшего органа исполнительной власти конкретизировать содержание указанных элементов посредством принятия собственных нормативных правовых актов. Однако в настоящее время помимо Правительства правом осуществлять нормативное правовое регулирование отдельных вопросов исчисления и уплаты платежей за пользование недрами законодательством РФ о недрах наделен также федеральный орган управления государственным фондом недр, осуществляющий функции по нормативно-правовому регулированию отношений недропользования, в лице Минприроды России. Здесь уместно поднять вопрос об эффективности правовых норм. В Законе о недрах может быть предусмотрен механизм расчета минимального значения разового платежа за пользование недрами без отсылок к законодательству о налогах и сборах, регулирующему налогообложение добычи полезных ископаемых. Таким образом, наиболее действенным механизмом правового регулирования регулярного и разового платежа видится законодательное закрепление элементов этих платежей в Законе о недрах, с правом Правительства России через принятие постановления устанавливать корректирующие или поправочные коэффициенты, влияющих на размер ставок. Данный механизм позволит оперативно учитывать все особенности недропользования и конъюнктурные моменты.



Библиография

Гаврилов В.П. Общество и природная среда М.: Наука, 2006. 212 с.

Германова М.А. Объект НДПИ: коллизии правового регулирования // Право и экономика. 2016. № 4. С. 55–59.

Голованов Г.Р. Характеристика содержания понятия «полезное ископаемое» (для целей определения объекта налогообложения по налогу на добычу полезных ископаемых) // Финансовое право. 2007. № 1. С. 27–36.

Денисова А.Ю. Понятие сбора как публичного платежа в российском законодательстве и доктрине // Публично-правовые исследования: электронный журнал. 2015. № 2. С. 66–85.

Джонстон Д. Анализ экономики геологоразведки, рисков и соглашений в международной нефтегазовой отрасли. М.: Олимп-Бизнес, 2005. 464 с.

Козырин А.Н. Налоговые льготы / Большая Российская энциклопедия. Т. 21. М., 2013. С. 722–723.

Козырин А.Н. Закон в налоговом праве: принципы законотворческих процедур // Реформы и право. 2015. № 3. С. 3–13.

⁵⁴ См. подробнее: Джонстон Д. Анализ экономики геологоразведки, рисков и соглашений в международной нефтегазовой отрасли М., 2005.

⁵⁵ См. также: Суткевич Е.А. Правовая природа платежей... С. 50–57; она же. Особенности правовой природы... С. 29–32.

Костикова Е.Г. Налог на добавленный доход в России: перспективы реформирования налогообложения добывающей отрасли // *Финансовое право*. 2013. № 12. С. 25–30.

Львов Д. С. Перспективы долгосрочного социально-экономического развития России // *Вестник Российской академии наук*. 2003. Т. 73. № 8. С. 675–697.

Павлова Л.П., Юмаев М.М. Налогообложение твердых полезных ископаемых: практика и перспективы. М.: Право ТЭК, 2010. 272 с.

Перчик А.И. Налогообложение нефтегазодобычи. Право. Экономика. М.: Нестор Академик Паблшерз, 2004. 464 с.

Саймон Д. Неисчерпаемый ресурс. Челябинск: Социум, 2012. 797 с.

Стиглиц Д. Цена неравенства общества грозит нашему будущему. М.: Эксмо, 2015. 512 с.

Суткевич Е.А. Платежи за пользование недрами как разновидность обязательных публично-правовых платежей, схожих с налогами и сборами // *Реформы и право*. 2015. № 1. С. 10–13.

Суткевич Е.А. Правовая природа платежей за пользование недрами в Российской Федерации // *Реформы и право*. 2012. № 3. С. 50–57.

Legal Status of Payments for Subsoil Use and Securing Fiscal Interests of the Russian State



Alexander A. Yalbulganov

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



Abstract

The paper features the current Russian Federation system of obligatory public law payments for using subsoil represented by taxes, non-tax payments and agreements on production-sharing agreement. Production-sharing agreement is seen as a special tax regime specified in Chapter 26.4 of the Russian Federation Tax Code as a taxation system to execute the production-sharing agreement. The system approach is seen in the aggregate payments made by the investor to carry out the production-sharing agreement. The author studies the systems of the legal regulation of payments for using subsoil, tax on the extraction of natural resources and annuity typical of all the types of relevant payments. The paper explores the balance of the concepts of natural resource and mining rents, tax and other instruments to withdraw mining rent, profitability of the payments. It contains analysis of legal mechanisms of the taxation of extracting solid natural resources and hydrocarbon crude; interprets the concepts of severance tax, natural resource in terms of taxation and case practice. A special attention is given to the guidelines of licensing applied to confirm the right of the licensee to use the subsoil area, to specify its borders, aim and terms and conditions of use. Author proposes his own classification of the coefficients to base tax rate for the natural resource extraction tax and their incentives. It is presented classification of any type of differentiation; the various payments are grouped up by natural resource, their influence on the base tax rate, aim of application, on the association with the territory where natural resources are extracted. The paper also studies the legal nature and characteristics of regular and one-time payments, the issues of liability to evade the payments, the powers of the executive bodies regulating the payments for using subsoil. It is provided author's recommendations to limit the powers of the Russian Federation Natural Resource Ministry (Minprirody) and to broaden instead it, the rights of the Government of the Russian Federation to perform the legal regulation of the payments for using subsoil. It is identified overall trends in the development of the Russian legislation on natural resource taxation.



Keywords

subsoil, Law on Subsoil, federal budget revenues, subsoil use payments, tax on extracting natural resources, mining rent, licensing, one-time payments, regular payments.

Citation: Yalbulganov A.A. (2017) Legal Status of Payments for Subsoil Use and Securing Fiscal Interests of the Russian State. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–73 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.50.73



References

- Denisova A.Yu. (2015) Ponyatie sbora kak pyblichno-pravovogo platezha v rossiyskom zakonodatelstve i doktrine [The Concept of Duty as Public Payment in Russian Legislation and Doctrine]. *Publichno-pravovye issledovaniya: elektronnyi zhurnal*, no 2, pp. 66–85.
- Gavrilov V.P. (2006) *Obschestvo i prirodnyaya sreda* [The Society and Ecology]. Moscow: Nauka, 212 p. (in Russian)
- Germanova M.A. (2016) Obiekt NDPI: kollizii pravovogo regulirovaniya [Object of NDPI: Collisions of Legal Regulation]. *Pravo i ekonomika*, no 4, pp. 55–59.
- Golovanov G.R. (2007) Kharakteristika sodержaniya poniatia “poleznye iskopaemye” [On the Concept of Term “Useful Minerals”]. *Finansovoe pravo*, no 1, pp. 27–36.
- Johnston D. (2005) *Analiz ekonomiki geologorazvedki, riskov i soglasheniy v mezhdunarodnoi neftegazovoi otrasli* [Analysis of Geological Study, Risks and Agreements in International Oil and Gas Sector]. Moscow: Olimp-Biznes, 464 p. (in Russian)
- Kostikova E.G. (2013) Nalog na dobavlennyi dohod v Rossii: perspektivy reformirovaniya nalogo-oblozheniya dobyvaiushei otrasli [Tax on Capital Gains in Russia]. *Finansovoe pravo*, no 12, pp. 25–30.
- Kozyrin A.N. (2013) Nalogovye Igoty [Tax Preferences]. *Bolshaya Rossyiskaya Encyclopedia*. Moscow: Bolshaya Rossyiskaya Encyclopedia Publishers, vol. 21, pp. 722–723.
- Kozyrin A.N. (2015) Zakon v nalogovom prave: principy zakonotvorcheskih procedur [The Legislation in Tax Law: Principles of Law-Making]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 3–13.
- Lvov D.S. (2003) Perspektivy dolgosrochnogo socialno-ekonomicheskogo razvitiya Rossii [Prospects of Long-Term Social and Economic Development of Russia]. *Vestnik Rossyiskoi akademii nauk*, no 8, pp. 675–697.
- Pavlova L.P., Yumaev M.M. (2010) *Nalogooblozhenie poleznuh iskopaemuh: praktika i perspektivy* [The Taxing of Minerals: Practice and Prospects]. Moscow: Pravo TEK Press, 272 p. (in Russian)
- Perchik A.I. (2004) *Nalogooblozhenie neftegazodobuchi* [The Taxing of Oil and Gas Output]. Moscow: Nestor Publishers, 464 p. (in Russian)
- Saymon D. (2012) *Neischerpaemui resurs* [The Renewable Resource]. Chelyabinsk: Sotsium, 797 p. (in Russian)
- Stiglitz D. (2015) *Tzena neravenstva grozit nashemy buduschemy* [Inequality as a Threat to Our Future]. Moscow: Eksmo, 512 p. (in Russian)
- Sutkevich E.A. (2015) Platezhi za polzovanie nedrami kak raznovidnost' obyazatelnykh publichno-pravovykh platezhei skhozhykh s nalogami i sborami [Payments for Using Mineral as a Sort of Public Law Payments Similar to Taxes and Duties]. *Reformy i pravo*, no 1, pp. 10–13.
- Sutkevich E.A. (2012) Pravovaya priroda platezhei za polzovanie nedrami v Rossii [A Legal Nature of Payments for Using Mineral in Russia]. *Reformy i pravo*, no 3, pp. 50–57.

Содержание обязанностей участника корпорации на современном этапе развития гражданского законодательства: анализ правовых позиций¹



Е.С. Пирогова

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



Ю.Д. Жукова

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



Аннотация

В статье анализируется содержание обязанностей участника корпорации, закрепленных в статье 65.2 Гражданского кодекса Российской Федерации в рамках одной из наиболее масштабных реформ гражданского законодательства (2014 г.) в части регулирования правового положения и деятельности юридических лиц. Учитывая сложность и неоднозначность правовой категории «корпоративная обязанность», когда речь идет именно об участнике корпорации, а не о лице, входящем в органы управления, вопрос о пределах усмотрения участника при реализации им своих корпоративных прав имеет высокий научный интерес. Авторы уделяют пристальное внимание обязанностям «активного» типа, прежде всего обязанности участвовать в принятии корпоративных решений, без которых корпорация не может продолжать деятельность в соответствии с законом, если участие акционера (участника) необходимо для принятия таких решений. Исследуется вопрос о допустимости принуждения к участию в общем собрании акционеров в форме установления такой обязанности для каждого участника, с пониманием того, что участие в управлении является прежде всего корпоративным правом. Указывается на неопределенность круга лиц, обязанных участвовать в принятии решения, если оно не требует единогласия и не относится к числу решений, непринятие которого влечет угрозу дальнейшему существованию общества, а также на неопределенность содержания понятия «принятие участия» в контексте необходимости принятия положительного решения. Поднимается вопрос о возможности квалифицировать голосование «против» в качестве акта противоправного поведения. Также рассматривается проблема вытекающая из установления излишне жестких условий принятия решений (например, требование единогласия при выборе единоличного исполнительного органа) волей самого общества путем закрепления таких требований в уставе корпорации. Отдельное внимание в статье уделяется вопросам разграничения ответственности участника, обладающего и не обладающего фактической возможностью определять действия общества: уточняется состав обязанностей в каждом рассматриваемом случае, предлагаются выводы о необходимости придавать правовое значение использованию возможности определять действия, а не только обладанию ею.

¹ Статья подготовлена с использованием данных справочно-правовой системы «Консультант Плюс».



Ключевые слова

обязанности участников корпорации; основания исключения из общества; участие в принятии корпоративных решений; обязанность не причинять вред корпорации; уклонение от участия в общем собрании участников; обязанность действовать в интересах общества; фактическая возможность определять действия юридического лица.

Биографическое описание: Пирогова Е.С., Жукова Ю.Д. Содержание обязанностей участника корпорации на современном этапе развития гражданского законодательства: анализ правовых позиций // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 74–88.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.74.88

На протяжении всего срока действия Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) не прекращались доктринальные споры — где заканчиваются права и начинаются обязанности участника юридического лица, в частности — хозяйственного общества, в котором участник по общему правилу не осуществляет управленческой деятельности, а вкладывает свои ресурсы с целью последующего участия в прибыли. Стандартный перечень корпоративных прав акционера или участника общества с ограниченной ответственностью известен с давних времен, в том время как в вопросах о его обязанностях и о возложении санкций в связи с нарушением им каких-либо признаваемых за ним обязанностей определенности не имелось вплоть до внесения недавних изменений в гражданское законодательство, касающиеся регулирования деятельности юридических лиц. Так, нарушение участником своих обязанностей в течение долгих лет известно как основание исключения его из общества согласно статье 10 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»² (далее — Закон об обществах с ограниченной ответственностью), при этом как таковой круг обязанностей ни в одном нормативном акте установлен не был.

Впервые попытка систематизации обязанностей участника корпоративной организации была произведена в рамках реформы 05.05.2014³. В Гражданском кодексе РФ появилась статья 65.2, пункт 4 которой закрепляет следующий перечень обязанностей участника любой корпорации:

- 1) участвовать в образовании имущества корпорации в необходимом размере в порядке, способом и в сроки, предусмотренные законом или учредительным документом корпорации;
- 2) не разглашать конфиденциальную информацию о деятельности корпорации;
- 3) участвовать в принятии корпоративных решений, без которых корпорация не может продолжать свою деятельность в соответствии с законом, если его участие необходимо для принятия таких решений;
- 4) не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации;
- 5) не совершать действия (бездействие), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация.

² Федеральный закон от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ, 16.02.1998. № 7. Ст. 78.

³ Федеральный закон от 05.05.2014 № 99-ФЗ «О внесении изменений в главу 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации и о признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 12.05.2014. № 19. Ст. 2304.

Перечень обязанностей является открытым: иные обязанности могут быть закреплены уставом или предусмотрены другими законами, в том числе непосредственно Гражданским кодексом, который далее закрепляет специальные права и обязанности для участников отдельных видов юридических лиц, в частности, для участников хозяйственных обществ и товариществ (ст. 67 ГК РФ⁴).

Таким образом, рассматривая базовый перечень обязанностей участника корпорации, мы видим, что законодатель выделяет две обязанности «активного» типа — участие в формировании имущества и участие в принятии наиболее значимых для организации корпоративных решений, а также три «негативные» обязанности, состоящие так или иначе в воздержании от действий, способных отрицательно сказаться на благосостоянии компании.

При этом следует не каждая из перечисленных обязанностей является принципиально новой: к примеру, обязанность по неразглашению конфиденциальной информации независимо от закрепления в ГК РФ содержится в соответствующих законах, регулирующих отношения, связанные с обращением с тем или иным видом конфиденциальной информации. Однако закрепление данной обязанности именно в качестве обязанности участника корпорации влечет за собой возникновение самостоятельного основания для применения, помимо общей гражданско-правовой ответственности в виде возмещения убытков, причиненных актом противоправного поведения, также специальных санкций, применимых только к участникам корпорации, в частности, исключения из общества. Как периодически подчеркивается в судебных актах, «нарушение любой из корпоративных обязанностей, повлекшее причинение корпорации имущественного вреда, может быть самостоятельным основанием для применения к участнику ответственности в виде обязанности возместить причиненные убытки по нормам гл. 59 ГК «Обязательства вследствие причинения вреда». Независимо от привлечения участника к ответственности он может также быть привлечен к корпоративной ответственности в виде исключения из корпорации при наличии к этому оснований, предусмотренных законом или учредительным документом корпорации⁵». Аналогично на это указывается и в доктрине⁶.

Такую меру, как исключение из общества, относят к видам «корпоративной» ответственности⁷, поскольку содержание ее связано только с негативными последствиями для участия в корпорации, с лишением возможности такого участия в результате причинения корпорации вреда неправомерными действиями / бездействием. Согласно пункту 1

⁴ В соответствии с пунктом 2 статьи 67 ГК РФ, участник товарищества или общества обязан вносить вклады в уставный (складочный) капитал товарищества или общества, участником которого он является, в порядке, в размерах, способами, которые предусмотрены учредительным документом хозяйственного товарищества или общества, и вклады в иное имущество хозяйственного товарищества или общества. По сути, данная обязанность закреплена в развитие общей обязанности участвовать в образовании имущества корпорации в необходимом размере, установленной статьей 65.2, и конкретизирует ее.

⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 21.03.2017 N Ф05-2267/2017 по делу N А40-165606/16 // СПС Консультант Плюс.

⁶ Юридические лица в российском гражданском праве: в 3 т. / отв. ред. А.В. Габов, О.В. Гутников, С.А. Силицын. М., 2015. Т. 1: Общие положения о юридических лицах. 384 с.

⁷ Андреев В.К. Права, обязанности и ответственность участников хозяйственного общества // Гражданское право. 2016. № 1. С. 3–5; Гутников О.В. Исключение участника юридического лица: мера ответственности и способ защиты корпоративных прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. N 2. С. 102.

статьи 67 ГК РФ, требовать исключения участника из общества возможно, если он действиями (бездействием) причинил организации *существенный вред*, либо иным образом *существенно затрудняет* его деятельность и достижение целей, ради которых она создавалось, в том числе грубо нарушая свои обязанности, предусмотренные законом или учредительными документами товарищества или общества. Таким образом, путем буквального толкования мы можем вывести, что причинение вреда и создание затруднений (что по сути также является формой причинения вреда) *в результате нарушения обязанностей* — это только один из вариантов оснований для исключения. Согласно статье 10 Закона об обществах с ограниченной ответственностью, аналогично основанием для исключения является грубое нарушение обязанностей *или* существенное затруднение деятельности общества / невозможность деятельности общества вследствие действий (бездействия) участника. Можно ли утверждать, что, согласно замыслу законодателя, негативных последствий для общества в результате действий (бездействия) участника может быть достаточно и без как такового нарушения обязанностей?

Некоторые исследователи высказываются против подобного толкования, полагая, что в обязательном порядке должно быть установлено как нарушение обязанности, так и вредоносные последствия: «отсутствие хотя бы одного из элементов указанного состава должно исключать возможность применения к участнику корпоративной ответственности. Например, одно лишь причинение участником существенного вреда корпорации вне связи с нарушением им своих корпоративных обязанностей должно влечь деликтную ответственность по нормам гл. 59 ГК «Обязательства вследствие причинения вреда», но никак не корпоративную ответственность в виде исключения участника из корпорации. Точно так же даже существенное или грубое нарушение корпоративных обязанностей без каких-либо неблагоприятных для корпорации последствий не должно, на наш взгляд, влечь за собой исключение участника из корпорации⁸». Тем не менее, согласно действующей формулировке Кодекса, в первом случае основание для исключения присутствует.

В свою очередь Верховный Суд Российской Федерации в постановлении от 23.06.2015 № 25 разъясняет, что «при рассмотрении дел об исключении участника из хозяйственного товарищества или общества суд дает оценку степени нарушения участником своих обязанностей, а также устанавливает факт совершения участником конкретных действий или уклонения от их совершения и наступления (возможности наступления) негативных для общества последствий⁹». При этом отсутствует разъяснение, что необходимо устанавливать при причинении корпорации существенного вреда *не* путем нарушения корпоративных обязанностей. Таким образом, в данном вопросе налицо нормативная неопределенность, являющаяся следствием фактического признания вредоносных действий (бездействия) в отношении общества как таковых достаточным основанием для исключения независимо от квалификации такого поведения как нарушения обязанностей, ранее официально не сформулированных.

Итак, отныне сам факт установления перечня обязанностей дает легальное основание для применения юридических санкций, в том числе, для предъявления требования о возмещении убытков за несовершение таких действий, которые ранее было весьма проблематично вменить участнику в обязанность. В частности, речь идет об «актив-

⁸ См. : Юридические лица в российском гражданском праве. Т. 1.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

ной» обязанности принимать участие в общем собрании участников, ранее никогда официально не признаваемой в качестве таковой. Учеными периодически подчеркивается важное позитивное значение данного изменения как установления легального основания для применения санкций к участникам, создающим безвыходные ситуации путем уклонения от участия в работе высшего органа корпорации по важным для нее вопросам, что может привести к парализации ее деятельности¹⁰.

Вопрос о допустимости закрепления участия в общем собрании в качестве обязанности для участника корпорации длительное время являлся весьма дискуссионным, принимая во внимание, что лицо, владеющее акциями или долей участия, всегда имело возможность самостоятельно определять для себя объем пользования предоставленными ему корпоративными правами, включая право на участие в управлении, на что нередко указывают ученые, анализирующие итоги реформы¹¹. Об *обязанности* участвовать в управлении обществом речь в законодательстве никогда не велась. Теоретически сложно представить себе конструкцию, при которой лицо приобретает (как правило, на возмездных основаниях) акции или долю участия в обществе, и при этом становится обладателем обязанности принимать участие во всех общих собраниях общества независимо от личного удобства, при этом не получая гарантии неперемennого стабильного участия в его прибыли (которой может не быть по объективным причинам или которая может не быть распределена решением общего собрания). Внедрение императивных начал в отношения между участником и обществом незаметно преобразует отказ от реализации корпоративных прав в неисполнение обязанности. Как справедливо отмечается исследователями, участники юридического лица «являются конечными бенефициарами юридического лица, которое создается именно для того, чтобы служить достижению интересов участников. С этих позиций обязанность участников действовать в интересах юридического лица может быть поставлена под сомнение, а на первый план выходят интересы самих участников»¹². Учитывая, что участник общества не является должностным лицом, участие в собраниях не является его профессиональной обязанностью и он не получает за участие в управление делами общества (именно в статусе участника) вознаграждения, резонно предположить, что о санкциях за отказ от такого участия речи идти изначально не должно.

Вместе с тем напрашивается контраргумент, согласно которому по такой модели можно судить об отношениях между обществом и «миноритарным» участником (при отсутствии официального понятия и критериев отнесения участника к миноритарным оговоримся, что имеем в виду участника, владеющего незначительным количеством акций / размером доли, другими словами, участника, отсутствие которого на собрании «никто не заметит»). За миноритариями предполагаются цели лишь участия в прибыли при такой возможности, вклада в виде участия в управлении с их стороны, следуя логике теории корпоративного управления, не предполагается. В свою очередь, лица, концентрирующие в своих руках весомые доли участия, предполагаются претендующими не только на больший объем участия в прибыли, но и на непосредственное участие в принятии важных решений. Иными словами — за такими участниками предполагается позитивная ответственность за функционирование общества. Интересен подход

¹⁰ Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1–5; под ред. Л.В. Санниковой. М., 2015. 662 с.; Гражданский кодекс Российской Федерации. Юридические лица: постатейный комментарий к главе 4; под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2014. 524 с.

¹¹ Долинская В.В. Общее собрание акционеров. М., 2016. 160 с.

¹² См.: Юридические лица в российском гражданском праве. Т. 1.

Р.Р. Ушницкого, согласно которому «создается иллюзия, что речь идет об обязанностях перед корпорацией. На самом деле это обязанности, которые составляют бремя права участия в корпорации, то есть обладают свойством публичности. Эти обязанности участник несет не только перед корпорацией, другими участниками корпорации, он их несет перед всеми третьими лицами, так как их неисполнение может повлечь для него ответственность не только перед корпорацией, другими участниками корпорации, но и перед этими третьими лицами. В этом и заключаются риски, которые возлагаются на участника корпорации с учетом необходимости установления справедливого баланса интересов. В целом необходимо констатировать, что на участника корпорации должны быть возложены обязанности, он должен нести риски, вызванные его желанием использовать правовое средство «корпорация» для участия в гражданском обороте¹³». В определенной степени с высказыванием автора следует согласиться, однако пределы возлагаемой на участника ответственности и критерии отнесения участника к ответственным субъектам по-прежнему не являются сколько бы то ни было определенными. Неопределенность является ключевым фактором, ставящим под сомнение основания привлечения такого участника к ответственности.

Прежде всего нельзя не отметить, что варьировать объем обязанностей участника в зависимости от размера его доли (а фактически — размера его затрат на ее приобретение) изначально некорректно, так как теоретически законные интересы и намерения участника, обладающего крупным пакетом, могут совпадать с интересами и намерениями участника, обладающего малым количеством акций. Строго говоря, финансовая возможность приобрести большее количество акций не означает в обязательном порядке желания нести больше обязанностей; интерес в обществе может оставаться сугубо имущественным, а профессиональные знания полностью отсутствовать. Не говоря уже о том, что едва ли можно жестко разделить всех акционеров / участников на «мажоритарных» и «миноритарных» и исключить любые «промежуточные» варианты, пусть они и являются нетипичными для российского бизнеса (так, отдельные авторы выделяют теоретическую ситуацию, когда в компании имеются «значимые миноритарии»¹⁴).

В связи с этим компромиссный подход законодателя является, во всяком случае, рациональным — не делая попытки ни унифицировать обязанности участников независимо от размера долей, ни диверсифицировать их в зависимости от такого размера, законодатель обуславливает такую обязанность необходимостью участия ее адресата в принятии решения (при этом решения ограничиваются лишь теми, без принятия которых общества не может продолжать деятельность).

Пленум Верховного Суда России конкретизирует, в принятии каких решений участник корпорации считается обязанным принимать участие: «к таким решениям, в частности, относятся решения о назначении единоличного исполнительного органа или членов совета директоров, а также о внесении изменений в устав, если они требуются в соответствии с законом и без их внесения корпорация не сможет продолжать свою деятельность¹⁵». Так, известно, что, например, при необходимости на основании требова-

¹³ Ушницкий Р.Р. Альтернативный комментарий к статье 65.1 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 107–119.

¹⁴ Осипенко О.В. Российские холдинги. Экспертные проблемы формирования и обеспечения развития / СПС КонсультантПлюс.

¹⁵ Пункт 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 N 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

ний закона осуществить преобразование общества с ограниченной ответственностью в акционерное общество требуется принятие единогласного решения согласно статьям 33, 37 Закона об обществах с ограниченной ответственностью. Непринятие такого решения может повлечь принудительную ликвидацию общества. Соответственно, любой участник, не реализовавший своего корпоративного права на участие в собрании, объективно может считаться причиняющим вред обществу.

Такую ситуацию следует отличать от ситуаций, в которых участник может не считать то или иное направление дальнейшей деятельности общества целесообразным. Так, Закон об обществах с ограниченной ответственностью предусматривает множество ситуаций, в которых решение должно приниматься не иначе как единогласно (утверждение иного по сравнению с законом порядка одобрения сделок с заинтересованностью; ограничение максимального размера доли одного участника; включение в устав положений, предусматривающих преимущественное право покупки доли или части доли в уставном капитале участниками общества или обществом по заранее определенной цене; решение вопроса о включении либо исключении из устава положения о праве на выход участника из общества и т.п.). Однако поскольку принятие одного из этих решений не влечет негативного последствия в виде угрозы дальнейшему существованию общества, неучастие в собрании, по всей видимости, должно оставаться правом участника.

Вместе с тем данный вывод является преждевременным ввиду того, что не только необходимое количество голосов по конкретному вопросу является условием принятия решения, но и наличие кворума для последующей действительности проведенного собрания. Неявка участника, если его участие принципиально для кворума, может воспрепятствовать возможности принятия любого решения, так или иначе важного для общества, пусть и не связанного напрямую с угрозой его существованию.

Периодически в судебной практике встречаются выводы о безусловной обязанности участника принимать участие в общем собрании. Так, в постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 01.02.2016 № Ф06-4725/2015 суд указывает, что «согласно положениям статьи 9 Закона об обществах с ограниченной ответственностью на каждого участника общества возложена обязанность принятия участия в общих собраниях общества и голосования по поставленным вопросам. Исходя из смысла положений названного Закона, участник общества должен оказывать любое содействие обществу в достижении его уставных целей и воздерживаться от действий, способных причинить вред обществу¹⁶». При этом следует отметить, что в рассматриваемом деле речь шла о принятии на общем собрании решений по вопросам привлечения одобрения кредитных средств банковской кредитной организации с целью устранения разрыва ликвидности; одобрения условий кредитного договора и договора ипотеки в связи с изменением условий кредитования; одобрения сделки с заинтересованностью и сделки по покупке сооружения и т.п. То есть по сути на собрании рассматривались вопросы, от решений по которым напрямую не зависело продолжение существования общества и обеспечение законности его дальнейшей деятельности. Тем не менее, суд счел, что систематическое неявка ответчика на общие собрания общества является бездействием, существенно затрудняющим его деятельность. Указанное основание для исключения участника из общества в данном деле являлось не единственным (судом также были установлены и признаны злоупотреблением действия ответчика по обращению с судебными исками к обществу, что послужило основанием для отказа в выдаче кредита), однако ввиду того,

¹⁶ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 01.02.2016 N Ф06-4725/2015 по делу N А55-29416/2014 // СПС КонсультантПлюс.

что участие ответчика являлось необходимым для кворума, неявка как таковая была квалифицирована как нарушение и при отсутствии необходимости единогласного решения по названным вопросам.

Как справедливо отмечают исследователи, проблема определения круга ситуаций, в которых участник корпорации обязан принимать участие в принятии решения, равно как и производная от нее проблема определения субъекта обязанности остается нерешенной. Так, В.В. Долинская приводит в пример ситуации, регулируемые Законом об акционерных обществах, когда принятие должного в силу закона решения (решение о ликвидации при уменьшении стоимости чистых активов ниже минимального размера уставного капитала) не требует единогласия, а принимается квалифицированным большинством голосов, и задается вопросом, как определить, кто из акционеров обязан принять участие в собрании с правом голоса¹⁷. Здесь, на наш взгляд, следует учитывать два момента.

Во-первых, закон говорит именно о необходимости участия в принятии решений, а не о невозможности принятия решения без участия конкретного акционера (участника). На наш взгляд, отличие все же имеется, поскольку необходимость является в большей степени оценочным термином. Оценка степени необходимости в каждой ситуации и определение, имело ли место недобросовестное уклонение участника или объективная невозможность или затруднительность принять участие в собрании, всегда будет осуществляться в индивидуальном порядке. Если в собрании не приняли участие два участника, в то время как для принятия решения достаточно было бы участия одного из них, каким образом определить, чье именно неучастие стало критичным для дальнейшего развития общества?

Во-вторых, нельзя не уточнить, что «участие в принятии решения» означает по сути голосование по вопросу, по которому требуется принять решение. Однако данным понятием не охватывается голосование «за». Таким образом, если требуется избрать единоличного исполнительного органа, и участник настроен против выдвигаемой кандидатуры, то, голосуя против нее, он тем не менее принимает участие, однако предполагаемая цель введенной нормы (не допустить воспрепятствования участником принятию значимого решения) таким образом не достигается. Обязанность голосовать «за» в целях содействия достижению всеобщего согласия за участником не закреплена и не может быть закреплена, он вправе голосовать, руководствуясь исключительно личным усмотрением. Не принять кандидатуру какого-либо лица в качестве члена органа управления обществом — неотъемлемое право участника. Может ли голосование «против» в принципе быть противоправным? На данный момент налицо отсутствие твердого теоретического фундамента для прямого признания голосования против в отдельном взятом случае актом противоправного поведения.

Таким образом, практического смысла подчеркивания на нормативном уровне обязанности *принимать участие* по сути не имеется без дополнительных признаков, указывающих именно на злоупотребление со стороны участника; квалифицировать его поведение как нарушение обязанности при голосовании против невозможно — формально обязанность «участвовать» будет соблюдена. К таким дополнительным основаниям может относиться, к примеру, систематическое отклонение любых выдвигаемых кандидатур, что приводит нас к тому, что оценить поведение участника как противоправное возможно только в масштабе нескольких собраний; действия участника должны так или иначе образовать «серию». Косвенно это подтверждает пункт 35 Постанов-

¹⁷ Долинская В.В. Указ. соч.

ления Пленума Верховного Суда № 25, называющий в качестве основания исключения участника из общества «систематическое уклонение без уважительных причин от участия в общем собрании участников общества, лишаящее общество возможности принимать важные хозяйственные решения по вопросам повестки дня общего собрания участников, если непринятие таких решений причиняет существенный вред обществу и (или) делает его деятельность невозможной или существенно ее затрудняет». Несмотря на то, что речь идет опять-таки об уклонении от *участия*, а не о голосовании против, важно почерпнуть из вывода суда критерий систематичности в качестве показателя намеренной политики участника по воспрепятствованию нормальному функционированию общества.

Вместе с тем считаем возможным внести немаловажное уточнение, что все же в тех ситуациях, когда само по себе даже единичное голосование против в любом случае приводит к несоблюдению обществом установленной законом обязанности (как в вышеприведенном примере необходимости принять решение о реорганизации), поведение участника возможно квалифицировать в качестве противоправного без каких-либо дополнительных условий. Перечень таких решений во избежание произвольного расширительного подхода необходимо закрепить в законодательстве. Однако и здесь допустимы исключения, если участник имеет разумное обоснование голосовать против того решения, которое в силу закона требуется принять. Например, акционер может быть против утверждения годового отчета в той версии, которая предложена вниманию общему собранию, по причине оснований полагать, что данные, содержащиеся в отчете, недостоверны.

Следует принимать во внимание также и тот факт, что в ряде случаев как таковая «необходимость» участия каждого члена общества в принятии решения может быть обусловлена не требованиями закона, а волей самого общества. К примеру, довольно часто спор возникает в связи с необходимостью участвовать в процедуре избрания единоличного исполнительного органа общества (данный пример приводится и в вышеупомянутом Постановлении Пленума Верховного Суда № 25). Ни Закон об акционерных обществах, ни Закон об обществах с ограниченной ответственностью не требует единогласия при избрании единоличного исполнительного органа, однако зачастую в уставе такое требование содержится, что формально является правомерным, учитывая также, что статья 65.2 ГК РФ оставляет перечень обязанностей участников корпорации открытым и допускает предусматривать уставом те обязанности, которые корпорация сочтет необходимым.

Рассмотрим следующий пример. В постановлении Арбитражного суда Московского округа от 04.10.2016 № Ф05-13505/2016¹⁸ в отношении участника ООО «АГРО-РАМЕНСКОЕ» удовлетворено требование об исключении его из общества на основании вывода, что данный участник «не заинтересован в существовании и развитии общества, его действия направлены на прекращение деятельности общества». По уставу общества компетенция общего собрания участников общества относится к образованию исполнительных органов общества и досрочное прекращение их полномочий, причем решения по данным вопросам принимаются всеми участниками единогласно. В связи с истечением полномочий генерального директора было созвано очередное собрание участников, повесткой дня которого являлось избрание участниками исполнительного органа общества, на котором участник Мрыхин В.А. голосовал против предложенной

¹⁸ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.10.2016 N Ф05-13505/2016 по делу N А41-86243/2015 // СПС КонсультантПлюс.

другим участником кандидатуры, в результате чего решение не было принято. Далее было проведено внеочередное общее собрание, на котором представителем Мрыхина В.А. инициирован вопрос о досрочном прекращении полномочий генерального директора и избрании предлагаемого им лица, при этом он в установленный законом срок не включил данные вопросы в повестку дня, не предъявил сведений о кандидате на должность генерального директора (об образовании, опыте работы и пр.), что не позволило законным путем осуществить избрание единоличного исполнительного органа. Спустя год было проведено очередное общее собрание участников общества, в повестке дня которого значилось избрание исполнительного органа, однако голосование по данному вопросу оказалось невозможным «вследствие уклонения Мрыхина В.А. от участия в собрании, что выразилось в направлении им представителя, не имеющего полномочий на реализацию прав и обязанностей участника общества». В итоге в течение года так и не был избран единоличный исполнительный орган общества.

В рассматриваемом деле сыграл роль также факт, что Мрыхин В.А. является учредителем ООО «Мастер Ингредиент», деятельность которого является конкурентной к деятельности ООО «ПКФ «АГРО-РАМЕНСКОЕ». В совокупности с созданием препятствий к избранию генерального директора общества основание для исключения ответчика из общества суд счел достаточным. При этом, если оценивать каждый из перечисленных фактов в индивидуальном порядке независимо от остальных, вряд ли можно было бы прийти к выводу о противоправном поведении участника. Так, голосование против предложенной другим участником кандидатуры может являться следствием нежелания видеть на посту генерального директора данного кандидата, что является реализацией права участника на свободный выбор при голосовании. Направление представителя, не обладающего надлежащим образом оформленными полномочиями, еще не образует уклонения, так как может являться следствием ошибки / недосмотра, а не намеренного злоупотребления, учитывая, что при принципиальном нежелании участвовать в собрании участник мог вообще не направлять представителя. Суд оценил в качестве злоупотребления именно линию поведения участника. При этом за рамками оценки остался тот факт, что при закреплении в уставе необходимости единогласного утверждения кандидатуры единоличного исполнительного органа изначально создается значительный риск того, что участники не достигнут договоренности по столь субъективному вопросу.

Очевидно, что избрание генерального директора является вопросом, по которому каждый из участников потенциально может поддерживать любую кандидатуру, в том числе себя самого, равно как и быть настроенным принципиально против конкретной кандидатуры. Даже при избрании исполнительных органов на учредительном собрании закон не требует от учредителей единогласия (в отличие, например, от вопроса утверждения устава). Как было упомянуто выше, участник может прийти на собрание и принять участие в голосовании, но при этом проголосовать против, исходя из персональных соображений. Вопрос о возможности возложения на него безусловной ответственности за факт неизбрания в сроки единоличного исполнительного органа является не столь однозначным, как это следует из Постановления Пленума Верховного Суда № 25. Данный вывод периодически подтверждается и судебной практикой. Так, в постановлении Арбитражного суда Поволжского округа от 01.09.2015 N Ф06-308/2015¹⁹ можно увидеть критическое отношение к выводам суда первой инстанции о том, что

¹⁹ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 01.09.2015 № Ф06-308/2015 по делу N А55-27518/2014 // СПС КонсультантПлюс.

«неучастие ответчика в общем собрании, равно как и голосование «против» по всем вопросам повестки дня существенно затрудняют деятельность Общества и в дальнейшем делают ее невозможной». Суд кассационной инстанции указывает, что «сложившиеся последствия явились следствием действий самих участников Общества, которые при его создании утвердили устав Общества, и самостоятельно определили механизм управления Обществом, не предусмотрев при этом возможности управления Обществом в случае несогласия одного из участников с позицией другого участника».

Вывод суда справедлив, поскольку недостижение согласия является стечением обстоятельств, которое трудно назвать противоестественным, ибо речь идет все же об *избрании* исполнительного органа, которое предполагает выбор каждого участника. Строго говоря, если общество в лице всех его участников осознанно ставит себя изначально в заведомо трудное положение, то переложение бремени возможных негативных последствий такого неоднозначного решения в последующем на участника не является конструктивным вариантом обеспечения баланса интересов участников и общества.

Таким образом, на сегодняшний день преждевременно говорить о целостном механизме регулирования последствий нарушения участником корпорации своих «активных» обязанностей, прежде всего из-за неопределенности содержания обязанностей как таковых.

Что же касается так называемых «негативных»²⁰ обязанностей, закрепленных в статье 65.2 ГК РФ, то в первую очередь вызывает вопрос их соотношение между собой. Так, помимо неразглашения конфиденциальной информации, закон требует от участника корпорации не совершать действия, заведомо направленные на причинение вреда корпорации, а также не совершать действия (бездействие), которые существенно затрудняют или делают невозможным достижение целей, ради которых создана корпорация. Как обязанность неразглашения, так и обязанность не совершать действия, затрудняющие деятельность корпорации, входят в состав обязанности не совершать действия (бездействие), направленные на причинение корпорации вреда, поскольку очевидно, что совершение любого из вышеуказанных действий в любом случае наносит корпорации вред. Обязанность не совершать действия, направленные на причинение вреда, сформулирована с акцентом на нацеленность именно на совершение вредоносных действий в отношении корпорации. В то время как теоретически возможно причинить вред путем совершения действий (а скорее всего — бездействия, если речь идет опять же о неприятии участия в голосовании по важному решению), необязательно направленных на причинение вреда: участник может пренебречь интересами корпорации исключительно в связи с отдачей предпочтения личным интересам, не связанным с деятельностью корпорации (уехать в отпуск вместо участия в собрании). Как отмечают исследователи, в данном случае речь может идти как о цели, связанной с извлечением прибыли, так и не имеющей такой цели²¹. Такие действия (бездействие) можно охарактеризовать как «заведомо вредоносные для корпорации», а не «заведомо направленные на причинение вреда», при этом самого факта, что участник не мог не понимать, что его поведение существенно негативно скажется на судьбе корпорации, должно быть достаточно для применения к нему мер ответственности. Однако и в данном случае важно принимать во внимание неопределенность круга ситуаций, безоговорочно требующих участия именно данного лица в деятельности общего собрания, на что было указано выше. Не-

²⁰ Авторы не берутся обобщить все три обязанности термином «пассивные», поскольку обязанность «не совершать бездействие» таковой, по сути, не является.

²¹ Гришаев С.П. Эволюция законодательства о юридических лицах // СПС КонсультантПлюс.

определенность состава позитивных обязанностей неизбежно отражается и на содержании негативных, в то время как суды закономерно склонны к упоминанию данных обязанностей во взаимосвязи.

Между тем причинить вред корпорации возможно не только путем нарушения позитивной обязанности участвовать в принятии решений, но и посредством совершения иных объективно неблагоприятных для общества действий. Важно уточнить, что иск о возмещении убытков может быть предъявлен к любому участнику, однако если участник подпадает под категорию «лиц, имеющих фактическую возможность определять действия юридического лица», вопрос о содержании нарушенных им обязанностей должен решаться иначе. В соответствии с пунктом 3 статьи 53.1 ГК РФ, «лицо, имеющее фактическую возможность определять действия юридического лица, в том числе возможность давать указания лицам, названным в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, обязано действовать в интересах юридического лица разумно и добросовестно и несет ответственность за убытки, причиненные по его вине юридическому лицу» (при этом лицами, названными в пунктах 1 и 2 настоящей статьи, являются лица, которые в силу закона, иного правового акта или учредительного документа юридического лица уполномочены выступать от его имени, а также члены коллегиальных органов юридического лица). Пункт 4 комментируемой статьи закрепляет солидарную ответственность всех перечисленных лиц, включая лиц, имеющих фактическую возможность определять действия юридического лица, при совместном причинении убытков.

Как отмечают исследователи, «в связи с таким «двойственным» положением участников на практике могут возникнуть трудности с привлечением участников к ответственности за убытки, причиненные юридическому лицу. Как минимум встанут вопросы о статусе участника (является ли он лицом, фактически определяющим действия юридического лица, или участником как таковым, или же членом такого органа управления, как общее собрание участников); о содержании корпоративных обязанностей участника (как лица, фактически определяющего действия юридического лица, или как участника, а возможно — еще как члена органа управления); о форме его вины, достаточной для привлечения к ответственности (прямой умысел как у участника или отсутствие должной заботливости и осмотрительности как у лица, фактически определяющего действия корпорации) и т.д.»²².

Норма закона сформулирована таким образом, что для лица, являющегося фактически «контролирующим» в силу преобладающего участия, недостаточно «не совершать действий, направленных на причинение вреда», такому лицу вменяется в обязанность забота об интересах юридического лица как если бы оно занимало должность в его органах управления, причем должность, позволяющую единолично определять решения общества. В правовой литературе нередко можно встретить аргументы в пользу распространения ответственности за убытки, причиненные в результате реализации доминирующими акционерами / участниками личных интересов за счет общества, посредством оказания влияния на лиц, входящих в органы управления²³. В тот момент, когда акционер выступает в роли руководителя (за исключением полномочия выступать вовне от имени юридического лица), для него становятся актуальными все характеристики, ко-

²² Юридические лица в российском гражданском праве. Т. 1.

²³ Шиткина И.С. Гражданско-правовая ответственность членов органов управления и контролирующих лиц: реалии правоприменительной практики и тенденции развития законодательства // Предпринимательское право. 2013. № 3. С. 20 / СПС КонсультантПлюс; Габов А.В. Об ответственности членов органов управления юридических лиц // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 4 / СПС КонсультантПлюс.

торые требуются от руководителя при осуществлении его полномочий. Если акционер имел прямое отношение к принятию решения, повлиявшего на финансовое положение общества, то в дальнейшем и его бездействие, выражающееся в непринятии мер для нормализации ситуации, является уже противоправным. Помимо этого, в доктрине встречается и более широкая точка зрения на содержание обязанностей участников юридического лица, согласно которой обязанность действовать в интересах общества разумно и добросовестно предполагается за любым участником²⁴. Вместе с тем, полагаем, что если для контролирующего в полном смысле этого слова лица (реализующим свою возможность определять действия общества) актуальны обязанности, аналогичные обязанностям руководителя, то для лица, имеющего (возможно, временно) такую возможность, но не осуществляющего контроль, а лишь пользующегося возможностью извлекать прибыль (что абсолютно законно), весь «спектр» обязанностей руководителя объективно неуместен. Для такого участника как раз достаточно обязанности не причинять корпорации вреда (в широком смысле, включая все три названные в Кодексе «негативные» обязанности), не извлекать за ее счет выгоду незаконными способами.



Библиография

Андреев В.К. Права, обязанности и ответственность участников хозяйственного общества // Гражданское право. 2016. № 1. С. 3–5.

Белов В.А. Что изменилось в Гражданском кодексе? М.: Юрайт, 2014. 183 с.

Габов А.В. Об ответственности членов органов управления юридических лиц // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 36–79.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Юридические лица: постатейный комментарий к главе 4 / Е.В. Бадулина, К.П. Беляев, А.С. Васильев и др.; под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. 524 с.

Гражданский кодекс Российской Федерации. Постатейный комментарий к главам 1–5 / А.В. Барков, А.В. Габов, В.Г. Голубцов и др.; под ред. Л.В. Санниковой. М.: Статут, 2015. 662 с.

Гришаев С.П. Эволюция законодательства о юридических лицах // СПС КонсультантПлюс. 2015

Гутников О.В. Исключение участника юридического лица: мера ответственности и способ защиты корпоративных прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 2. С. 102–127.

Долинская В.В. Общее собрание акционеров. М.: НОРМА, 2016. 160 с.

Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М.: Статут, 2014. 141 с.

Осипенко О.В. Управление акционерным обществом в условиях реформы корпоративного права. М.: Статут, 2016. 400 с.

Осипенко О.В. Российские холдинги. Экспертные проблемы формирования и обеспечения развития. М.: Статут, 2008. 368 с.

Ушницкий Р.Р. Альтернативный комментарий к статье 65.1 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 3. С. 107–119.

Ушницкий Р.Р. Статья 65.2 ГК РФ и природа корпоративного правоотношения // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2016. № 2. С. 57–60.

Шиткина И.С. Гражданско-правовая ответственность членов органов управления и контролирующих лиц: реалии правоприменительной практики и тенденции развития законодательства // Предпринимательское право. 2013. № 3. С. 14–20.

²⁴ Кузнецов А.А. Исключение участника из общества с ограниченной ответственностью. М., 2014. С. 21.

Юридические лица в российском гражданском праве: в 3 т. / А.В. Габов, О.В. Гутников, Н.Г. Доронина и др.; отв. ред. А.В. Габов, О.В. Гутников, С.А. Синицын. Т. 1: Общие положения о юридических лицах. М.: ИНФРА-М, 2015. 384 с.

Contents of Legal Obligations of a Shareholder under Current Civil Legislation: Analysis of Legal Approaches



Elena Pirogova

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



Julia Jukova

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



Abstract

The article is devoted to the analysis of contents of a shareholder's obligations set in the Article No 65.2 of the Civil Code of the Russian Federation as a result of a major reform of civil legislation of 2014 as related to status and regulation of legal entities. Due to complexity and ambiguity of such legal notion as "corporate obligation" concerning in particular shareholders, not members of corporate governing bodies, the problem of extent of discretion of a shareholder, implementing his corporate rights, seems to be worth researching. The authors of the present article are focusing on so-called "active" duties, first of all on the obligation to take part in making corporate decisions in cases when such decisions are vital for the company's further activity. The issue of possibility of qualifying negative voting as illegitimate behavior is explored. The research covers the issue of permissibility of compulsion of the shareholders to participate in the general meeting by means of setting a mandatory obligation for each shareholder. Besides the authors underline uncertainty of the scope of persons obligated to take part in making of a decision (voting procedures) concerning which legal guidelines are not prescribing unanimous consent, while the decision itself is not important for the further existence of the corporation. The contents of an expression "taking part" is also undetermined because by law or by charter no one person is obliged to vote affirmatively. Another problem revealed by the authors relates to settlement of excessively peremptory guidelines concerning decision-making process by the corporation itself (for example, prescribing unanimous consent for election of a chief manager in the charter of the corporation). Special attention is given to the issues of delimitation of liability of a shareholder not able to determine the corporation's decisions and a "controlling" shareholder: the scope of liabilities seem to be different, while the real taking opportunity of affecting the corporation's activity should be considered.



Keywords

obligations of shareholders; grounds for expulsion from corporation; taking part in making of corporate decisions; duty not to disadvantage the corporation; evasion of taking part in the general stockholders' meeting; duty to act in the company's interest; ability to determine the legal entity's actions.

Citation: Pirogova E.S., Zhukova Yu.D. (2017) The Contents of Legal Obligations of a Shareholder under Current Civil Legislation: Analysis of Legal Approaches. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 74–88 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.74.88



References

- Andreev V.K. (2016) Prava, obyazannosti i otvetstvennost' uchastnikov khozyaystvennogo obshchestva [Rights and Duties of the Participants in a Business Entity]. *Grazhdanskoe pravo*, no 1, pp. 3–5.
- Belov V.A. (2014) *Chtoizmenilos' v Grazhdanskom kodekse?* [What is Changed in the Civil Code?]. Moscow: Yurayt, 183 p. (in Russian)
- Dolinskaya V.V. (2016) *Obshchee sobranie aktsionerov* [General Meeting of Shareholders]. Moscow: NORMA, 160 p. (in Russian)
- Gabov A.V. (2013) Ob otvetstvennosti chlenov organov upravleniya yuridicheskikh lits [On the Liability of the Management of Legal Entities]. *Vestnik VAS RF*, no 7, p 36–79.
- Gabov A.V., Gutnikov O.V., Sinitsyn S.A. (eds.) (2015) *Yuridicheskie litsa v rossiyskom grazhdanskom prave* [Legal persons in Russian Civil Law]. Moscow: INFRA-M, 384 p.
- Grishaev S.P. (2015) *Evolyutsiya zakonodatel'stva o yuridicheskikh litsakh* [The Development of the Legislation on Legal Persons]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Gutnikov O.V. (2015) Isklyuchenie uchastnika yuridicheskogo litsa: mera otvetstvennosti i sposob zashchity korporativnykh prav [Excluding a Shareholder from Legal Entity: Liability and Protection of Corporate Rights]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 2, pp. 102–127.
- Krashennnikov P.V. (ed.) (2014) *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Yuridicheskie litsa: postateynny kommentariy k glave 4* [RF Civil Code. Legal Persons: Commentaries to Chapter 4]. Moscow: Statut, 524 p. (in Russian)
- Kuznetsov A.A. (2014) *Isklyuchenie uchastnika iz obshchestva s ogranichennoy otvetstvennost'yu* [Excluding a Participant from LLC]. Moscow: Statut, 141 p. (in Russian)
- Osipenko O.V. (2016) *Upravlenie aktsionernym obshchestvom v usloviyakh reformy korporativnogo prava* [Managing Company at the Time of Corporate Law Reform]. Moscow: Statut, 400 p. (in Russian)
- Osipenko O.V. (2008) *Rossiyskie kholdingi* [Russian Holdings]. Moscow: Statut, 368 p. (in Russian)
- Sannikova L.V. (ed.) (2015) *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Postateynny kommentariy k glavam 1–5* [RF Civil Code, Commentaries to Chapters 1–5]. Moscow: Statut, 662 p. (in Russian)
- Shitkina I.S. (2013) Grazhdansko-pravovaya otvetstvennost' chlenov organov upravleniya i kontroliruyushchikh lits: realii pravoprimitel'noy praktiki i tendentsii razvitiya zakonodatel'stva [Civil Liability of Management and Controlling Persons]. *Predprinimatel'sko epravo*, no 3, pp. 14–20.
- Ushnitskiy R.R. (2016) Al'ternativnyy kommentariy k stat'e 65.1 GK RF [Alternative Commentaries to Article 651 of the Russian Civil Code]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 3, p. 107–119.
- Ushnitskiy R.R. (2016) Stat'ya 65.2 GK RF i priroda korporativnogo pravootnosheniya [Article 65.2 of the Russian Civil Code and Corporate Relations] *Zhurnal predprinimatel'skogo i korporativnogo prava*, no 2, pp. 57–60.

Нефизическое насилие в уголовном праве: понятие и признаки



В.Е. Круковский

заведующий кафедрой уголовного права, процесса и национальной безопасности юридического института Вятского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 610000, Российская Федерация, Киров, ул. Московская, 36. E-mail: krukovsky@vyatsu.ru



И.Н. Мосечкин

доцент кафедры уголовного права, процесса и национальной безопасности юридического института Вятского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 610000, Российская Федерация, Киров, ул. Московская, 36. E-mail: Weretowelie@gmail.com



Аннотация

Статья посвящена исследованию уголовно-правовых и иных отраслевых проблем, связанных с регулированием отдельных видов насилия. Применяемые в настоящее время термины «психическое насилие», «психологическое насилие» и другие не имеют единого содержания и не раскрыты в действующем законодательстве. Актуальность вопроса обусловлена и тем, что, согласно статистике, доля насильственных преступлений традиционно велика даже с учетом их латентности. В качестве цели исследования авторы определили разработку понятий отдельных видов насилия, ориентированную на дальнейшее внедрение в уголовное законодательство. При проведении исследования методологической основой послужил диалектический метод познания. Были применены такие частноправовые методы познания — сравнительно-правовой, формально-юридический, а также метод контент-анализа, содействующие осуществлению научного интереса. В статье представлено исследование зарубежного опыта регулирования данного института, в частности, таких стран, как Великобритания, Канада, Израиль и иных. Проанализированы позиции авторитетных деятелей науки, что позволило отразить как преимущества, так и недостатки разных позиций и отсутствие какого-либо общего подхода к определению содержания исследуемого явления. Выделены две основные позиции, согласно которым понятие «психическое насилие» раскрывается в зависимости от объекта посягательства или от способа посягательства. Изучение судебно-следственной практики также показало существующие проблемы применения норм, связанных с отдельными видами насилия. В приговорах судов понятие «психическое насилие» используется, но в разном смысловом значении. На основе анализа авторы пришли к выводу, что используемые дефиниции не отражают природы и сущности отдельного вида насилия. В связи с этим предлагается абсолютно новый термин — «нефизическое насилие». Его преимущество заключается в соответствии требованиям юридической техники, а также в охвате всех уголовно-правовых значений данного вида. Выводы статьи включают содержание признаков нефизического насилия (объект посягательства, способы посягательства, насильственный характер, умысленный характер и противоправность), а также формулировку рекомендаций по его дальнейшему использованию.



Ключевые слова

уголовное право, психическое насилие, психологическое насилие, нефизическое насилие, здоровье, гипноз, угроза, дефиниция, вред, жестокое обращение.

Библиографическое описание: Круковский В.Е., Мосечкин И.Н. Нефизическое насилие в уголовном праве: понятие и признаки // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 89–104.

JEL: K14; УДК 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.89.104

Насилие и проблемы, возникающие в связи с его реализацией, существуют столько же, сколько сам человек. Вопросы противодействия насилию были актуальными всегда и останутся актуальными еще очень длительное время. Казалось бы, всестороннее совершенствование общественного развития, культуры, достижения научно-технического прогресса должны были если не положить конец насилию, то хотя бы снизить количество его проявлений и уменьшить последствия, причиняемые им. Однако XX век в полной мере продемонстрировал ошибочность подобных заключений, более того, в настоящее время наблюдаются разнообразные виды насилия как в условиях военных конфликтов, так и в мирной обстановке.

Данные официальной статистики отражают неблагоприятную ситуацию, что свидетельствует о проблемах общественных отношений, обеспечивающих безопасность личности. Поскольку насилие не реализуется в одной форме, и соответствующей нормы в Уголовном кодексе Российской Федерации (далее — УК РФ) не существует, то информация о его проявлениях может быть подчеркнута из данных по иным преступлениям. В 2016 году в России было зарегистрировано 2 160 063 преступления, из них примерно пятую часть составляет доля тяжких и особо тяжких преступлений, включающих такие общественно опасные деяния как убийство и покушение на него, умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, а также изнасилования (в том числе покушения). За январь — декабрь 2015 года в России было зарегистрировано 2 388 476 преступлений. При этом доля тяжких и особо тяжких преступлений составила 21,8%, число убийств, умышленных причинений тяжкого вреда здоровью и изнасилований среди них также занимало значительное место¹.

Несмотря на сокращение количества как зарегистрированных преступлений в целом, так и доли тяжких и особо тяжких преступлений, их количество остается на высоком уровне. Не следует забывать про незарегистрированную часть таких противоправных деяний, поскольку криминологами в последнее время обращается внимание на то, что насильственные преступления перестали быть наименее латентными. И если о физическом насилии, повлекшем негативные последствия для здоровья, становится известно при обращении в медицинские организации, то психическое насилие носит еще более скрытый характер, поскольку оно влечет последствия не так часто, и они являются не столь явными.

Социальная обусловленность норм, предусматривающих уголовную ответственность за совершение насилия в отношении других лиц (и в некоторых случаях причинителем вреда самому себе), не вызывает сомнений. Это, помимо прочего, отражает исторический отечественный и зарубежный опыт. Основные письменные уголовно-правовые источники России на протяжении всех периодов ее существования в различных вариациях содержали подобные нормы и содержат их до сих пор.

Несмотря на столь давнюю историю существования самого насилия и инструментов, противодействующих ему, понятие «насилие», его признаки, природа остаются предметом дискуссии специалистов в сфере как юридических, так и иных наук. Целью настоя-

¹ Сайт Министерства внутренних дел Российской Федерации [Электронный ресурс]: // URL: <https://мвд.рф> (дата обращения: 02.06.2017)

щего исследования выступает разработка понятий отдельных видов насилия, ориентированная на дальнейшее внедрение в уголовное законодательство. Методологической основой исследования послужил диалектический метод познания, позволяющий учесть взаимосвязь всех отдельных проявлений предмета исследования. Кроме того, использовались такие частноправовые методы познания как сравнительно-правовой (для изучения состояния зарубежного и отечественного законодательства в сфере регулирования понятия и видов насилия), формально-юридический (для изучения правовой природы насилия и его содержания в уголовном праве), а также метод контент-анализа, также содействующий осуществлению научного интереса.

В бытовом контексте «насилие» обозначает разнообразные виды актов воздействия субъекта на объект, причиняющие или вызывающие угрозу причинения какого-либо вреда. В соответствии с толковым словарем С.А. Кузнецова «насилие» определяется как: 1) применение грубой физической силы или морального давления; 2) противостественное воздействие, оказываемое на что-либо². Т.Ф. Ефремова под насилием понимает применение силы для достижения чего-либо, принудительное воздействие на кого-либо, что-либо. Кроме этого, к насилию автор относит также притеснение; беззаконие, злоупотребление властью³. Наконец, в словаре С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой к насилию относятся: 1) применение физической силы к кому-нибудь. Акт насилия. Следы насилия на теле; 2) принудительное воздействие на кого-нибудь, нарушение личной неприкосновенности; 3) притеснение, беззаконие (книжное)⁴.

В действующем уголовном законодательстве понятие «насилие» используется часто (как в Общей, так и в Особенной частях). Так, согласно положениям, ч. 2 ст. 37 УК РФ, правомерной является защита от посягательства, «если это посягательство было сопряжено с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия». В Особенной части УК РФ при конструировании составов преступлений применяется как термин «насилие», так и иные словосочетания, характеризующие его отдельные проявления. К ним можно отнести особую жестокость, причинение вреда здоровью, истязания и многие другие. Парадоксально, но при столь частом использовании законодателем данного понятия и учитываемая стремление обезопасить общественные отношения от данной угрозы, действующий УК РФ не раскрывает содержания термина или его видов. Следует отметить, что данный пробел кочует из одного отечественного источника уголовного права в другой на протяжении длительного времени. Вместе с тем необходимость решения указанной проблемы путем закрепления некоторых дефиниций не раз совершенно правильно обращало внимание учеными в сфере уголовного права⁵.

В связи с отсутствием законодательного определения понятия «насилие» попытка раскрытия его содержания не раз предпринималась в доктрине уголовного права. Однако до сих пор единому пониманию данного явления, его природы, признаков и иных составляющих прийти не удалось. Так, например, по мнению А.Г. Безверхова, насилием в правовой доктрине признается физическое или психическое воздействие на другого человека, нарушающее его право на телесную неприкосновенность, здоровье

² Кузнецов С.А. Большой толковый словарь русского языка. СПб., 2000. С. 599.

³ Ефремова Т.Ф. Новый словарь русского языка. М., 2000. С. 1396.

⁴ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 393.

⁵ Игнатов А.Н. О насилии, его видах и их уголовно-правовом отражении // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2016. № 4. С. 65; Жалинский А.Э. Насильственная преступность и уголовная политика // Советское государство и право. 1991. № 3. С. 102.

или жизнь⁶. Более сложное и основанное на иных признаках определение дает Е.В. Безручко, согласно мнению которого насилием является умышленное противоправное физическое воздействие на другое лицо, посягающее на его телесную неприкосновенность, здоровье или жизнь, ограничивающее или исключаящее его свободу, а равно умышленное противоправное воздействие на психику другого лица с целью подавления его воли либо к принуждению к определенным действиям или бездействию, а также действия, характеризующиеся реальной возможностью причинения вреда охраняемым законом интересам, сопровождаемые психическим воздействием на потерпевшего⁷. Наконец, Е.А. Котельникова дает более простое определение: «Насилие — это умышленное противоправное применение физической силы к потерпевшему, или угроза ее применения к потерпевшему или другим лицам»⁸.

Данными точками зрения научная дискуссия по поводу содержания понятия «насилие», конечно, не ограничивается. Следует отметить столь различающиеся подходы авторов по исследуемому вопросу. Тем не менее в некоторых аспектах данной сферы, пусть и с оговорками, достигнуто единое мнение. На наш взгляд, большинство ученых поддерживает позицию о разделении насилия на два вида — физическое и психическое. Конкретные наименования при этом могут различаться. Так, в литературе встречаются энергетическое, информационное, эмоциональное и иные виды насилия, содержание которых все же крайне близко к тому, что принято понимать под физическим и психическим видами. Несмотря на то, что разные авторы могут отстаивать одинаковые позиции по наименованию видов, в основу деления могут быть положены совершенно различные категории, например, объект (предмет) посягательства насилия либо способы, которыми насилие реализуется.

Физическое насилие получило широкое освещение в науке. Интерес к нему обуславливается тем, что именно данный вид применяется в практике чаще, да и при конструировании составов преступлений законодателем используется нередко. Оно к тому же легче для использования преступником и эффективно для достижения нужных им результатов. В гораздо меньшей степени ученые исследовали аспекты психического насилия.

Общественная опасность психического насилия не вызывает сомнений, также как и актуальность данного вопроса. Здоровье человека — комплексное явление, содержащее как физические, так и психические составляющие, каждое из которых имеет огромное значение для благополучия. Ситуация, связанная с применением психического насилия, осложняется еще и тем, что в последнее время такие сложные его формы как, например, гипноз, становятся более доступными преступникам, а последствия (в том числе и для здоровья) создают затруднения при оценке. Кроме того, развитие технологий порождает новые виды преступлений, и психическое насилие исключением не является. Как известно, не столь давно ученым впервые удалось имплантировать ложные воспоминания в мозг мышей, которые позволяют получать удовольствие или испытывать страх перед явлениями, отношении к которым было иным⁹. Развитие данного направление

⁶ *Безверхов А.Г.* Насилие и его виды в уголовном праве России: вопросы методологии, теории и практики // Вестник СамГУ. 2014. № 11/1 (122). С.94.

⁷ *Безручко Е.В.* Использование термина «насилие» в уголовном законодательстве России // Уголовное право. 2014. № 5. С. 24–26.

⁸ *Котельникова Е.А.* О законодательное регламентации понятия «насилие» // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С.228.

⁹ *Lavilléon G., Lacroix M.M., Rondi-Reig L., Benchenane K.* Explicit Memory Creation During Sleep Demonstrates a Causal Role of Place Cells in Navigation // Nature Neuroscience. 2015. No 18. P. 493–495.

сделает возможным использование его на человеке, например, для лечения каких-либо расстройств. С другой стороны, нетрудно понять, какие ужасные последствия наступят, если данную технологию смогут применять преступники.

Вопросы отнесения тех или иных форм к психическому насилию были бы прояснены легальным определением термина в правовых актах. Как уже было сказано, в законодательстве отсутствует дефиниция «насилие», а потому отсутствие дефиниции «психическое насилие» не вызывает удивления, даже несмотря на острую в этом необходимость.

Анализ уголовного законодательства России показывает, что и сам термин «психическое насилие» в целом не используется. В Общей части УК РФ наиболее близкой по смыслу юридической конструкцией является «психическое принуждение», которая нашла отражение в ст. 40, 61 и 63 УК РФ. В Особенной части используется более сходное словосочетание «причинение психических страданий», закрепленное в ст. 117 УК РФ. Какого-либо раскрытия содержания указанных конструкций анализируемый нормативный акт не дает.

Исследование иных источников (за пределами отрасли уголовного права) отражает системный характер проблемы. В отдельных нормативных актах используется термин «психическое насилие», например в Трудовом кодексе Российской Федерации, в частности, в ст. 336, где отражены дополнительные основания прекращения трудовых отношений с работниками педагогических направлений. В ст. 69 Семейного кодекса Российской Федерации психическое насилие закреплено как элемент жестокого обращения с детьми и является причиной возможного лишения родительских прав.

Дальнейший анализ нормативных актов может и вовсе привести исследователя в заблуждение, поскольку в отдельных случаях используются конструкции, подразумевающие все тот же вид насилия, но выраженные иначе. Так, например, Федеральный закон от 28.12.2013 № 442-ФЗ (ред. от 21.07. 2016) «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» в ст. 12 запрещает поставщикам социальных услуг применять не психическое, а психологическое насилие в отношении получателей, а также допускать оскорбление или грубое обращение¹⁰. При этом не в полной мере ясно, являются ли оскорбления и грубые обращения формами психологического насилия, и законодатель использовал данные термины для конкретизации, либо они относятся к другим видам насилия. Наконец, возникает вопрос — являются ли «психологическое насилие» и «психическое насилие» тождественными понятиями или их содержание отличается? Если они тождественны — то нарушаются требования юридической техники. Если их содержание отличается, то из нормативных актов невозможно почерпнуть, в чем заключается отличие. К слову, Федеральный закон № 442-ФЗ является не единственным актом, в котором используется подобная конструкция. Укажем в качестве примера также ст. 19 Конвенции о правах ребенка, одобренной Генеральной ассамблеей ООН 20.11.1989, согласно которой участники обязуются принимать все необходимые меры с целью защиты ребенка от психологического насилия, оскорбления или злоупотребления¹¹.

Использование различных терминов, обозначающих одно и то же явление без раскрытия его содержания, нельзя называть ошибкой исключительно отечественного законодателя. Исследование зарубежных нормативных актов показывает, что и в других

¹⁰ СЗ РФ. 2013. № 52. Ст. 7007.

¹¹ Конвенция о правах ребенка (одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989) // Сборник международных договоров СССР. 1993. Выпуск XLVI.

развитых странах с насыщенной правовой культурой и продуманным законодательством существуют те же проблемы.

Для источников уголовного права США характерно раскрытие дефиниций либо в специально предназначенных для этого разделах либо непосредственно в статьях, устанавливающих, например, ответственность за совершение каких-либо преступлений. Тем не менее при анализе уголовного законодательства ряда штатов — Айдахо, Айова, Вайоминга, Джорджии, Иллинойса, Индианы, Нью-Гэмпшира, Юты и некоторых других, нами не было обнаружено дефиниций, непосредственно связанных с психическим или психологическим насилием. Однако при конструировании отдельных составов преступлений отдельные виды такого насилия все же использовались, в частности, запугивание, угрозы и иные.

В уголовном законодательстве Висконсина содержится дефиниция «плохое обращение», которая включает в себя эмоциональное насилие, под которым, в свою очередь, понимаются высказывание или поведение, не имеющие законной цели и предназначенные для запугивания, унижения, угроз или иного беспокойства, которые реально или потенциально запугивают, унижают, угрожают или иным образом беспокоят человека, в отношении которого направлены¹². Такая формулировка, конечно, не типична для российского законодательства, однако ее наличие существенно облегчает работу правоохранительным органам данного штата.

Уголовное законодательство Канады и Австралии также использует термины, отражающие различные формы психического насилия (например, угрозы) при установлении ответственности за различные посягательства. Однако их содержание не поясняется. В законодательстве Великобритании широко используется определение «угроза насилием», а в некоторых случаях путем описательной дефиниции отдельные виды раскрываются. Так, угрозой убийством считается угроза, не имеющая законных оснований, вызывающая у другого лица страх того, что его убийство или убийство третьего лица будет фактически реализовано¹³. Уголовное законодательство Израиля в ст. 368 использует юридическую конструкцию «психологическое издевательство», не раскрывая ее содержания. Обратим внимание, что используется слово «психологическое», а не «психическое»¹⁴.

Поскольку целью настоящей статьи не выступает полноценный обзор зарубежного законодательства, связанного с видами психического насилия, позволим себя ограничиться небольшим кругом анализируемых стран, сосредоточившись на основных проблемах. Однако следует отметить, что в источниках законодательства зарубежных стран не сложилось сколько-нибудь единого подхода по вопросам закрепления и раскрытия терминов, имеющих своим содержанием нефизическое насилие.

Возвращаясь к отечественным источникам уголовного права, еще раз обратим внимание на отсутствие определения психического насилия. Данный пробел безусловно приводит к его различным, иногда противоречивым пониманиям и толкованиям как в теории, так и в практике, что оказывает влияние, в том числе и негативное на судьбу человека при разрешении его дела в уголовном судопроизводстве. Такая ситуация вынуждает сделать попытку разработки рекомендаций по толкованию содержания психиче-

¹² Wisconsin Criminal Code [Электронный ресурс]: // URL: https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/index/index/c/criminal_code (дата обращения: 06.06.2017)

¹³ Criminal Law Act 1977 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/pdfs/ukpga_19770045_en.pdf (дата обращения: 06.06.2017)

¹⁴ Закон об уголовном праве Израиля. СПб., 2010. С. 199.

ского насилия и определению места данной дефиниции в уголовном законодательстве. Следует отметить, что помимо доктрины уголовного права, где на необходимость законодательного закрепления термина многократно обращалось внимание, аналогичная позиция встречается и среди практических работников. Так, согласно анкетированию, проведенному в 2013 году Е.Н. Бархатовой и посвященному проблемам борьбы с преступлениями против собственности, совершаемыми с использованием психического насилия, из 91 респондента 61,5% ответили утвердительно на вопрос: «Необходимо ли закрепить понятие психического насилия в Уголовном кодексе РФ?»¹⁵.

Интересно, что несмотря на отсутствие законодательной дефиниции, в судебной практике термин «психическое насилие» применяется. Так, по делу А.В.В., осужденный, находясь рядом с потерпевшими, на фоне неприязненных отношений, с умыслом, направленным на психическое насилие над личностью, желая напугать их, держа в руке неустановленный предмет, похожий на пистолет, навел дуло данного предмета в их сторону¹⁶.

В другом случае А.О.М. при встрече с несовершеннолетним попросил у последнего сотовый телефон, а завладев им, стал уходить. Когда потерпевший потребовал телефон назад, А.О.М. применил психическое насилие в форме угрозы применения насилия и скрылся с места¹⁷.

В теории уголовного права, конечно, предпринимались попытки выработать определение психического насилия, хотя точки зрения по данному вопросу являются крайне разнообразными, в результате чего вопрос остается дискуссионным. Например, Е.Н. Бархатова определяет психическое насилие как «умышленное противоправное общественно опасное воздействие на психику человека, осуществляемое помимо его воли либо вопреки ей»¹⁸. По мнению В.И. Симонова и В.Г. Шумихина, к психическому насилию относится «воздействие на потерпевшего, осуществляемое посредством запугивания применением физической силы». При этом отмечается, что содержание понятия данного вида насилия входит в понятие «угрозы»¹⁹. А.Н. Игнатов отмечает, что психическим насилием является «воздействие на психику путем информационного влияния, которое совершается путем действия или бездействия вопреки или помимо его (человека) воли, способное причинить смерть, физическую и/или психическую травму, а также ограничить свободу волеизъявления или действий человека»²⁰.

Как видно, бытующие в научной среде мнения обладают и общими чертами, и серьезными различиями, затрудняющими формирование единой позиции. Если отталкиваться от схожих признаков, то основные позиции ученых можно разделить на две группы.

¹⁵ Бархатова Е.Н. Преступления против собственности, совершаемые с применением психического насилия: дис. ... к. ю. н. Омск, 2014. С. 159–162.

¹⁶ Материалы уголовного дела № 1-1/2014 по обвинению А.В.В. в совершении преступления, предусмотренного ч.1 ст. 119 УК РФ // Архив Судебного участка №296 мирового судьи Волоколамского судебного района Московской области. 2014.

¹⁷ Приговор в отношении А.О.М. и И.М.М., осужденных по п. «а» ч. 2 ст. 161 УК РФ. [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-shamilskij-rajonnyj-sud-respublika-dagestan-s/act-104872323/> (дата обращения: 08.06.2017)

¹⁸ Бархатова Е.Н. Указ. соч. С. 11

¹⁹ Симонов В.И., Шумихин В.Г. Квалификация насильственных посягательств на собственность. М., 1993. С. 21.

²⁰ Игнатов А.Н. О насилии, его видах и их уголовно-правовом отражении // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2016. № 4 (37). С. 62.

Анализируя доводы представителей первой группы, следует обратить внимание, что понятие психического насилия раскрывается через объект (предмет) посягательства, в качестве которого выступает психика или психическая безопасность человека²¹.

На первый взгляд попытка дать определение на основе объекта посягательства оправдана, как и использование термина «психическое насилие» в качестве наименования исследуемого явления. Тем не менее данная позиция не лишена недостатков. Прежде всего, корректно ли определен объект посягательства? Традиционно считается, что психика (греч. *psychikos* — «душевный») является особой формой отражения действительности либо ощущениями, отражающими внешнюю объективную действительность²². В последнее время появляются и иные точки зрения, например, по мнению А.Ф. Корниенко, психикой является особое свойство мозга, которое заключается в его способности к такой организации физиологических (нервных) процессов, благодаря которой обеспечивается возможность отражения субъектом (носителем психики) действительности²³.

В связи с трудностями определения сущности психики в медицине, психиатрии и психологии возникают сложности и в отраслях права. В частности, все же не совсем понятно — на что посягает психическое насилие в случае раскрытия его содержания через объект посягательства: на формы отражения действительности, на ощущения, на организацию нервных процессов или на иные явления?

Более того, отдельным понятием выступает психический процесс. Данный термин не является тождественным психике, а обозначает форму проявления психики. Психический процесс проявляется в ощущениях, восприятии, мышлении, сознании, эмоциях, чувствах и иных видах. Можно ли с уверенностью сказать, на что посягает психическое насилие — все же на психику или на психический процесс? Возможно, и на отдельные его виды, например, восприятие?

Однако и это еще не все. В научной среде существует достаточно давняя «психосоциологическая проблема», касающаяся взаимосвязи психического и физиологического, не получившая до сих пор окончательного решения. На наш взгляд, физическое и психическое здоровье нельзя воспринимать как разные, отдельные вещи. Психическое здоровье не находится в изолированном состоянии в недрах человеческого организма. Загравывая одно, с большой степенью вероятности изменения произойдут и в другом. Так, А.В. Мельник и И.Г. Шелепанова подчеркивают, что, например, от типа нервной системы зависит возникновение таких заболеваний, как язвенная болезнь и гастрит²⁴.

В настоящее время к психосоматическим заболеваниям (т.е. заболеваниям, являющимся результатом физиологических и психических факторов) относят артериальную гипертензию, язвенную болезнь, бронхиальную астму и ряд функциональных расстройств.

Исследование, проведенное Р. Ациерно совместно с коллегами, подтвердило, что пожилые часто подвергаются физическому, психическому и иным видам насилия. При этом психическое насилие, распространенное среди лиц с пониженной социальной под-

²¹ См., напр.: Бархатова Е.Н. Указ. соч. С. 11; Девятковская С.В. Физическое или психическое насилие как составляющие принуждения // Юристъ-правовед. 2016. № 4. С. 44.

²² Чуприкова Н.И. Психика и предмет психологии в свете достижений современной нейронауки // Вопросы психологии. 2004. № 2. С. 104–118.

²³ Корниенко А.Ф. Фундаментальные проблемы психологии и их решения // Научный диалог. 2014. № 3. С. 51.

²⁴ Мельник А.В., Шелепанова И.Г. Взаимосвязь психического и физического здоровья человека // Труды Современной гуманитарной академии. 2008. № 12. С. 134–135.

держкой, ведет к посттравматическим стрессовым расстройствам, депрессии, а при заболевании снижает темп восстановления²⁵.

Отметим, что в отечественной практике уже встречались случаи психотравмирующей ситуации, провоцирующей смерть. Так, в феврале 2015 года в одном из магазинов Санкт-Петербурга сотрудники организации обвинили 81-летнюю покупательницу в хищении продуктов. У нее отобрали личные вещи, спровоцировали конфликтную ситуацию. Работниками Следственного комитета России отмечалось, что было возбуждено дело по ч. 2 ст. 109 УК РФ, поскольку противоправные действия создали психотравмирующую ситуацию, которая в совокупности с физиологическими факторами повлекла развитие острого инфаркта миокарда и смерть²⁶.

Вполне возможна и ситуация, при которой виновное лицо использует гипноз, чтобы потерпевший сам нанес себе физическое повреждение. Не совсем понятно, на что посягает злоумышленник — на психическое или физическое здоровье?

Иногда в литературе отмечается, что объектом посягательства психического насилия является безопасность человека²⁷. Действительно, нельзя отрицать, что безопасность подвергается каким-либо угрозам. Однако данный объект является слишком размытым и, на наш взгляд, вызовет затруднения при квалификации преступлений. В конечном счете любое преступление можно считать посягательством на безопасность человека: насильственное, корыстное, сексуальное и т.д. Получается, что безопасность будет выступать одним объектом для всех преступлений, что делает их разграничение сложным процессом.

Таким образом, объект посягательства психического насилия является сложным и включает в себя психику, психические процессы, а также физиологию. В практике также встречаются случаи, когда физическое насилие наносит вред не только анатомической целостности организма, но и приводит к негативным последствиям для душевного здоровья. В качестве примера приведем хотя бы посттравматические стрессовые расстройства, причиной которых могут быть как психотравмирующие ситуации, так и тяжелые физические травмы. Это дает основания полагать, что виды насилия не следует разделять в зависимости от объекта посягательства, поскольку объект у них общий — здоровье человека. В связи с этим большинство определений исследуемого понятия, формулируемых учеными, позиции которых можно отнести к первой группе, являются ошибочными, поскольку раскрывают содержание только в зависимости от психики как объекта психического насилия.

Ко второй группе следует отнести позиции деятелей науки, раскрывающих понятие психического насилия (а иногда и более широкого понятия «психическое воздействие») через способы посягательства на здоровье человека²⁸. Данный подход также имеет пре-

²⁵ *Acierno R. et al. Prevalence and Correlates of Emotional, Physical, Sexual and Financial Abuse and Potential Neglect in the United States: The National Elder Mistreatment Study // American Journal of Public Health. 2010. Vol. 100. No 2. P. 295–296.*

²⁶ Против директора магазина «Магнит» возбуждено дело о смерти блокадницы. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.ntv.ru/novosti/1317516/> (дата обращения: 08.06.2017)

²⁷ *Дворцов В.Е. Фокин М.С. К вопросу об уголовно-правовом определении психического насилия // Вестник ТОГУ. 2013. № 2. С. 273.*

²⁸ См., напр.: *Степаненко Д.А. Психологическое воздействие в уголовном судопроизводстве: понятие и критерии допустимости // Российский следователь. 2014. № 9. С. 52–56; Шаратов Р.Д. Понятие психического насилия в уголовном праве / Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе: сборник материалов. Красноярск, 2005. Ч. 1. С. 227.*

имущества и недостатки. Несомненным достоинством позиции является тот факт, что она прекрасно согласуется с содержанием уголовного законодательства. Напомним, действующий УК РФ не использует и не раскрывает термина «психические насилие», в связи с чем в науке уголовного права имеется мнение, что в законе имеется в виду лишь физическое насилие. Тем не менее, формулировка отдельных способов совершения общественно опасных деяний все же указывает на охват уголовным законодательством всех видов насилия.

В некоторых статьях УК РФ фигурируют такие деяния, как «тяжкое оскорбление», «угрозы», «систематическое унижение», «причинение психических страданий», «причинение нравственных страданий», «угроза убийством», «угроза применения насилия», «клевета», «шантаж», «жестокое обращение», «призывы к насилию». Некоторые из названных конструкций в науке относят только к физическому насилию или не относят к насилию вообще. Тем не менее можно предположить, что если законодатель хотя бы каким-либо образом закрепил возможность наказания за проявления психического насилия, то сделал бы это именно таким образом. С нашей стороны также следует добавить, что данный перечень способов реализации психического насилия не является всеохватывающим, а напротив нуждается в пополнении новыми способами, существующими в настоящее время.

Однако формулирование определения исследуемой разновидности насилия в зависимости от способов его реализации может быть верным направлением лишь если будет скорректирован сам термин. В действительности психического насилия в таком случае уже не будет существовать, что объясняется следующими факторами. Во-первых, психика, независимо от того, понимать ли под ней форму отражения окружающей действительности или способность мозга к организации, является внутренним компонентом человека, и к остальным лицам, в том числе к тем, на которых распространяется насилие, не имеет никакого отношения. Вполне очевидно, что посягающее лицо, применяя насилие, делает это не с помощью формы отражения действительности, восприятия, чувств и т.д., а с помощью слов, жестов и других инструментов, не являющимися частями психики.

Таким образом, используются средства не психического (что трудно представить), а психологического воздействия. Однако психологическое воздействие не всегда является насильственным (например, обман или уговоры). Поэтому только насильственные психологические средства являются частью или разновидностью психологического воздействия.

В связи с вышеизложенным, если определять исследуемый вид насилия в зависимости от способа реализации, то правильнее применять термин «психологическое насилие», который уже используется в Федеральном законе «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» и в Конвенции о правах ребенка, одобренной Генеральной ассамблеей ООН 20.11.1989. Действительно, как отмечает Т.С. Кабаченко, воздействие, имеющее внешнее по отношению к адресату происхождение и при отражении им приводящее к изменению психологических регуляторов конкретной активности человека, является воздействием психологическим²⁹.

На наименовании исследуемого вида насилия психологическим настаивают некоторые аналитики, хотя в деталях их позиции разнятся. Так, о психологическом насилии в качестве основания юридической ответственности говорит Е.В. Савощикова, при этом,

²⁹ Кабаченко Т.С. Методы психологического воздействия. М., 2000. С. 23.

правда, включая в него психическое насилие как форму и более узкое понятие³⁰. По мнению М. Галицкого, психологическое насилие следует выделять наряду с физическим насилием, а его криминализация в настоящее время крайне необходима³¹.

Следует также указать, что нами были проанализированы две основные группы мнений к определению содержания психического насилия. В литературе встречаются и другие позиции, связанные, например, с выделением последствий для психического здоровья. В настоящее время иные позиции все же носят разрозненный и не совсем устоявшийся характер, в связи с чем были исследованы только наиболее традиционные точки зрения.

Основываясь на информации, исследованной вами, сделаем следующие промежуточные выводы:

раскрытие термина «психическое насилие» через психику как объект посягательства не вполне корректно, поскольку игнорируются иные объекты, в том числе физиология;

раскрытие содержания психического насилия через способы его реализации также имеет недостатки, ибо неясным остается: какой термин следует использовать законодателю — «психическое насилие» или «психологическое насилие», учитывая тот факт, что оба имеют негативные и позитивные черты. Кроме того, при таком определении часто игнорируется объект посягательства, который все же без внимания оставлять нельзя.

Учитывая данные промежуточные выводы, отметим, что необходимо предпринять новые шаги в формулировании термина, отражающего исследуемое явление, раскрыть его признаки и содержание.

Одним из наиболее простых методов, заимствованных юриспруденцией у логики, является метод дихотомии, т.е. деления пополам. В данном случае пополам следует разделить виды насилия. Учитывая, что с некоторыми оговорками физическое насилие как явление признается всеми учеными в данной области и, кроме того, выделение более чем двух видов насилия практически не производится, то отталкиваться следует именно от этого. Таким образом, насилие можно разделить на физическое и нефизическое, к которому можно отнести все остальные способы посягательства, не охваченные первым видом.

В то же время нельзя не указать на возможное различное уголовно-правовое значение нефизического насилия, которое следует учитывать при раскрытии содержания данного термина. В одних случаях реализация данного вида насилия является самостоятельным преступлением, например, угрозой убийством (ст. 119 УК РФ). В другом случае нефизическое насилие может быть только частью объективной стороны, в частности, при угрозе применения насилия при вымогательстве (ст. 163 УК РФ). В третьем случае исследуемое явление может выступать в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния (ст. 40 УК РФ). Наконец, нефизическое насилие может применяться в процессе совершения преступления, но уголовно-правового значения не иметь. Например, при совершении убийства виновное лицо психологически подавляет жертву, чтобы облегчить реализацию деяния.

Для охвата вышеперечисленных уголовно-правовых значений необходимо сформулировать наиболее общее определение термина «нефизическое насилие». Для этого целесообразно первоначально выделить его наиболее общие признаки.

³⁰ Савоцикова Е.В. Психологическое насилие как основание юридической ответственности // Актуальные проблемы психологии и педагогики. Материалы международной научно-практической конференции. Оренбург, 2016. С. 543–553.

³¹ Галицкий М. Психологическое насилие в семье // СПС КонсультантПлюс.

К первому признаку следует отнести противоправность (или незаконный характер). Безусловно, нефизическое насилие может носить и законный характер, в частности, при применении приемов психологического воздействия в случае необходимой обороны. Однако данная ситуация является исключением, точно также, как, например, убийство, являющееся противоправным, но разрешаемое обороняющемуся при посягательстве на его жизнь. В связи с этим нефизическое насилие, применяемое против личности, в той же степени противоправно, что и убийство, причинение вреда здоровью, побои и т.п. Важным отличием здесь служит тот факт, что в действующем уголовном законодательстве нет нормы, предусматривающей ответственность за реализацию нефизического насилия как отдельного вида посягательства, поэтому возникает вопрос — имеется ли в таком случае противоправность? Тем не менее, ответ на такой вопрос будет положительным. Во-первых, УК РФ содержит нормы, предусматривающие ответственность, может, и не за нефизическое насилие в целом, но за отдельные виды его реализации при совершении ряда преступлений, например, доведения до самоубийства (ст. 110 УК РФ), истязания (ст. 117 УК РФ), угрозы убийством (ст. 119 УК РФ) и др. Во-вторых, отсутствие нормы, предусматривающей ответственность за реализацию нефизического насилия как отдельного вида посягательства, является, на наш взгляд, ничем иным, как пробелом в законодательстве, который должен быть устранен.

Вторым признаком следует признать объект посягательства нефизического насилия. Как уже отмечалось, характеристика данного признака затруднена, поскольку выделение в качестве объекта только лишь психики или психических процессов невозможно, так как часто затрагивается и физиология. В соответствии с п.1 ст. 2 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ (ред. от 01.07.2017) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», здоровьем является состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма³².

Таким образом, действующее законодательное понятие «здоровье» раскрывает все его элементы, на которые или через которые производится посягательство. Поэтому именно здоровье человека и является объектом нефизического насилия. В этом признаке лежит его сходство с физическим насилием, поскольку при посягательстве на физиологическую целостность организма возможно возникновение психических расстройств, вследствие, допустим, пережитого нападения. Выделение здоровья человека в качестве объекта не должно означать, что при посягательстве его целостность непременно пострадает. Это лишь указывает на то, что реальная угроза объекту существует, и неважно, наступили последствия или нет. Важно также не путать объект насилия и объект преступления, поскольку они могут как совпадать, так и различаться. В частности, при использовании гипноза в целях облегчения хищения, очевидно, что нефизическое насилие будет посягать на здоровье человека, тогда как само преступление — на собственность.

Третьим признаком выступает умышленный характер данного вида насилия. Лицо, реализующее нефизическое насилие, безусловно осознает общественную опасность применяемого им насилия, и в преступлениях с материальным составом предвидит возможность наступления общественно опасных последствий и желает их наступления либо допускает их. Отметим, что лицо самостоятельно выбирает способ посягательства, а сам способ специфичен, поскольку является интеллектуальным. Возможна и ситуация, при которой наступают последствия, не охватывающиеся умыслом вино-

³² СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

вного. Например, вследствие угрозы убийством у потерпевшего развилось психическое расстройство, или же он совершил самоубийство, которые виновное лицо не планировало. В этом случае вопрос может быть разрешен либо в рамках ст. 27 УК РФ (в случае неосторожного или легкомысленного отношения к последствиям), либо в рамках ст. 28 УК РФ, если вина посягающего по отношению к последствиям отсутствовала.

Четвертым признаком как раз является способ реализации данного вида насилия, что отграничивает его от физического. Нефизическому насилию присуще использование психологических способов, которые могут иметь вербальную и невербальные формы. Этот признак особенно явно прослеживается в уголовном законодательстве, поскольку именно через способы происходит закрепление в законе видов нефизического насилия: оскорбление, систематическое унижение, причинение психических или нравственных страданий и т.д. Что касается угроз или предупреждений возможного дальнейшего физического воздействия, то пока посягающее лицо не перешло от слов к действиям, данное посягательство остается нефизическим. Не исключаем возможности и перерастания одного в другое, а также их совместной реализации.

Пятым признаком выступает насильственный характер воздействия. Его выделение, на первый взгляд, может привести к лишней тавтологии. В то же время его игнорирование не позволит разграничить нефизическое насилие и иные виды психологического воздействия. Данное воздействие может быть насильственным и проявляться, например, в угрозах или систематических унижениях. В то же время психологическое воздействие может и не иметь насильственного характера, тогда соответственно оно не может быть и нефизическим насилием. В качестве примера приведем объективную сторону составов преступлений, предусмотренных ст. 110 и 110.1 УК РФ. Доведение до самоубийства возможно с помощью угроз, жестокого обращения или систематического унижения, что является и способами психологического воздействия, и проявлением нефизического насилия. А вот склонение к совершению самоубийства совершается посредством уговоров или предложений, что можно отнести к способам психологического воздействия, но не к разновидностям насилия. Таким образом, насильственный характер как признак, исключать, на наш взгляд, не следует.

Некоторыми авторами отмечается такой признак нефизического насилия, как причинение психического вреда потерпевшему³³. Действительно, сложно отрицать тот факт, что при использовании психологических насильственных приемов вред психике будет причиняться в любом случае, хотя и в столь различном выражении. Так, по делу А.В.В., обвиняемого в угрозе убийством, потерпевший отметил, что А.В.В. направил пистолет в его сторону и произвел около трех выстрелов. Потерпевший сильно испугался, что А.В.В. убьет его или покалечит, так как злоумышленник был очень зол и кричал, что переломает ноги. Потерпевший от страха заплакал и побежал в сторону³⁴.

В другом случае потерпевший, находясь во временном психическом расстройстве в форме кратковременной депрессивной реакции, обусловленной наличием психотравмирующей ситуации, вызванной противоправными действиями А.Д.С., не выдержав морального и физического давления, выражавшегося в угрозах, жестоким обращении, систематическом унижении его человеческого достоинства, будучи доведенным

³³ Дворцов В.Е. Фокин М.С. Указ. соч. С. 273.

³⁴ Материалы уголовного дела № 1-1/2014 по обвинению А.В.В. в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 119 УК РФ / Архив Судебного участка №296 мирового судьи Волоколамского судебного района Московской области. 2014.

до крайней степени отчаяния, решив покончить жизнь самоубийством, выпрыгнул из окна комнаты, расположенной на 3-м этаже³⁵.

Однако следует отметить, что психический вред потерпевшему является последствием противоправного деяния, тогда как не все последствия учитываются в уголовном праве. Допустим, при нанесении побоев потерпевший претерпел и негативные психические последствия. Это будет учитываться в иных отраслях права, но в уголовном праве значения иметь не будет, поскольку этот признак прямо не указан в качестве последствия в УК РФ. Точно также обстоит ситуация и при причинении психического вреда потерпевшему при нефизическом насилии — в одних случаях это не будет иметь значения, а в других (при указании на то в диспозиции статьи) будет. В связи с этим данный признак может быть присущ нефизическому насилию, но лишь для отдельных его проявлений. Общим же признаком он являться не может.

Таким образом, анализ выявленных признаков, характерных для всех проявлений нефизического насилия, позволяет сформулировать его определение: «Нефизическое насилие — это умышленное противоправное насильственное посягательство на здоровье человека, совершаемое путем психологического воздействия».

Указанная формулировка может способствовать разрешению дискуссий в научной среде и решению квалификационных проблем в судебно-следственной практике. Однако ее эффективность будет коренным образом зависеть от того, получит ли данная дефиниция закрепление в уголовном законодательстве. Кроме того, необходимо определить, необходима ли криминализация проявлений психического насилия как отдельного преступного акта, либо следует продолжать развивать фиксацию таких проявлений в рамках иных преступлений. В любом случае проведенное нами изыскание сможет оказать существенную помощь в дальнейшем исследовании данного явления и его места в уголовном праве.



Библиография

Бархатова Е.Н. Преступления против собственности, совершаемые с применением психического насилия: дис. ... к. ю. н. Омск, 2014. 170 с.

Безверхов А.Г. Насилие и его виды в уголовном праве России: вопросы методологии, теории и практики // Вестник Самарского государственного университета. 2014. № 11/1. С. 94–110.

Безручко Е.В. Использование термина «насилие» в уголовном законодательстве России // Уголовное право. 2014. № 5. С. 24–26.

Дворцов В.Е. Фокин М.С. К вопросу об уголовно-правовом определении психического насилия // Вестник ТОГУ. 2013. № 2. С. 269–274.

Девятковская С.В. Физическое или психическое насилие как составляющие принуждения // Юрист-правовед. 2016. № 4. С. 40–45.

Жалинский А.Э. Насильственная преступность и уголовная политика // Советское государство и право. 1991. № 3. С. 101–112.

Игнатов А.Н. О насилии, его видах и их уголовно-правовом отражении // Вестник Дальневосточного юридического института МВД России. 2016. № 4. С. 59–65.

Кабаченко Т.С. Методы психологического воздействия: учебное пособие. М.: Педагогическое общество России, 2000. 544 с.

Корниенко А.Ф. Фундаментальные проблемы психологии и их решения // Научный диалог. 2014. № 3. С. 47–72.

³⁵ Материалы уголовного дела № 1-85/2010 по обвинению А.Д.С. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 335 УК РФ / Архив Оренбургского гарнизонного военного суда. 2010.

Котельникова Е.А. О законодательное регламентации понятия «насилие» // Пробелы в российском законодательстве. 2008. № 1. С. 228–229.

Мельник А.В., Шелепанова И.Г. Взаимосвязь психического и физического здоровья человека // Труды Современной гуманитарной академии. 2008. № 12. С. 132–136.

Савошкова Е.В. Психологическое насилие как основание юридической ответственности /Актуальные проблемы психологии и педагогики. Материалы международной научно-практической конференции. Оренбург: Оренбургский государственный университет, 2016. С. 543–553.

Степаненко Д.А. Психологическое воздействие в уголовном судопроизводстве: понятие и критерии допустимости // Российский следователь. 2014. № 9. С. 52–56.

Lavilléon G., Lacroix M.M., Rondi-Reig L., Benchenane K. Explicit Memory Creation During Sleep Demonstrates a Causal Role of Place Cells in Navigation // Nature Neuroscience. 2015. No 18. P. 493–495.

Prevalence and Correlates of Emotional, Physical, Sexual and Financial Abuse and Potential Neglect in the United States / R. Acierno R. et al. // American Journal of Public Health. 2010. No 2. P. 292–297.

Nonphysical Violence in Criminal Law: Definition and Signs



Vladimir Krukovsky

Associate Professor, Criminal Law, Criminal Procedure Law and National Security Department, Vyatka State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 36 Moskovskaya St., Kirov 610000, Russian Federation. E-mail: krukovsky@vyatsu.ru



Elya Mosechkin

Associate Professor, Criminal Law, Criminal Procedure Law and National Security Department, Vyatka State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 36 Moskovskaya St., Kirov 610000, Russian Federation. E-mail: Weretowelie@gmail.com



Abstract

The article is devoted to research of criminal law and other branches of law problems related to regulation of certain types of violence. Current definition «mental violence», «psychological violence» and others do not have a single content and are not explained in the current legislation. The urgency of the issue is also due to the fact that according to statistics the share of violent crimes is traditionally high, even considering their latency. The authors determined the aim of the study as development of definition of certain types of violence oriented on further implementation into the criminal legislation. During the research the dialectical method of cognition was as methodological basis. Were used such methods as comparative legal method, formal legal method, and method of content analysis, which contributed to the realization of scientific interest. The article presents a study of foreign experience of regulation of this institution in such countries as Great Britain, Canada, Israel and others. The positions of authoritative figures of science are analyzed, and that allowed to reflect their advantages, shortcomings and an absence of any general approach to determining the content of the phenomenon under exploration. Two main scholars positions have been singled out, according to which the definition “psychic violence” is revealed depending on the object of encroachment or on the method of encroachment. The study of judicial and investigative practice also revealed problems of application of norms, related to certain types of violence. In the sentences of courts, the term “mental violence” is used, but in a different semantic meaning. On the basis of analysis the authors concluded that current definitions do not correspond to the nature and essence of certain types of violence. Thereby the authors offer a completely new definition — «Nonphysical violence». The advantage of the definition is that it meets the requirements of legal technique as well as the coverage of all criminal law values of this type. Besides, conclusions of the article include the content of signs of nonphysical violence (object of infringement, ways of infringement, violent character, intent character and wrongfulness), and formulation of recommendations for the further use of the definition.



Keywords

criminal law, mental violence, psychological violence, nonphysical violence, health, hypnosis, threat, definition, harm, ill-treatment.

Citation: Krukovskiy V.E., Mocechkin I.N. (2017) Nonphysical Violence in Criminal Law: Definition and Signs. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 89–104 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.89.104



References

Barkhatova Ye.N. (2014). Prestupleniya protiv sobstvennosti, sovershayemye s primeneniym psikhicheskogo nasiliya: Diss.... kand. yurid. nauk [The Crimes Against Property With Using Mental Violence: Candidate of Juridical Sciences Thesis]. Omsk, 170 p.

Bezruchko Ye.V. (2014). Ispol'zovaniye termina «nasiliye» v ugovnom zakonodatel'stve Rossii [The Implementation of the Term “Violence” in the Russian Criminal Legislation]. *Ugolovnoye pravo*, no 5, pp. 24–26.

Bezverkhov A.G. (2014). Nasiliye i yego vidy v ugovnom prave Rossii: voprosy metodologii, teorii i praktiki [Violence and Its Types in the Russian Criminal Law: Issues of Methodology, Theory and Practice]. *Vestnik Samarskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 11, pp. 94–110.

Devyatovskaya S.V. (2016) Fizicheskoye ili psikhicheskoye nasiliye kak sostavlyayushchiye prinuzhdeniya [Physical or Mental Violence As a Composition of Coercion]. *Yurist-pravoved*, no 4, pp. 40–45.

Dvortsov V.Ye., Fokin M.S. (2013). K voprosu ob ugovno-pravovom opredelenii psikhicheskogo nasiliya [On the Issue of the Criminal Definition of Mental Violence]. *Vestnik Tomskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 2, pp. 269–274.

Ignatov A.N. (2016) O nasilii, y ego vidakh i ikh ugovno-pravovom otrazhenii [On Violence, its Types and Their Legal Interpretation]. *Vestnik Dalnevostochnogo juridicheskogo instituta MVD*, no 4, pp. 59–65.

Kotel'nikova Ye.A. (2008) O zakonodatel'noy reglamentatsii ponyatiya «nasiliye» [On the Legislative Regulating Concept of Violence]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*, no 1, pp. 228–229.

Kuznetsov S.A. (2000) *Bol'shoy tolkovyy slovar' russkogo yazyka* [Great Dictionary of Russian Language]. Saint Petersburg: Norint, 1536 p. (in Russian)

Lavilléon G., Lacroix M.M., Rondi-Reig L., Benchenane K. (2015) Explicit Memory Creation During Sleep Demonstrates a Causal Role of Place Cells in Navigation. *Nature Neuroscience*, no 18, pp. 493–495.

Mel'nik A.V., Shelepanova I.G. (2008) Vzaimosvyaz' psikhicheskogo i fizicheskogo zdorov'ya cheloveka [The Interrelation of Mental and Physical Health of a Human Person]. *Trudy Sovremennoy gumanitarnoy akademii*, no 12, pp. 132–136.

Savoshchikova Ye.V. (2016) Psikhologicheskoye nasiliye kak osnovaniye yuridicheskoy otvetstvennosti [Psychological Violence as the Basis of Liability] Aktual'nyye problemy psikhologii i pedagogiki. Materialy mezhdunarodnoi konferentsii [Issues of Psychology and Pedagogy. The International Conference Proceedings]. Orenburg: University, pp. 543–553.

Sharapov R.D. (2005) Ponyatiye psikhicheskogo nasiliya v ugovnom prave [The Concept of Mental Violence in Criminal Law]. Aktual'nyye problemy bor'by s prestupnost'yu v Sibirskom regione: sbornik materialov nauchoy konferentsii [Issues of Combating Crime in Siberia: Conference Proceedings]. Krasnoyarsk: University, p. 227.

Simonov V.I., Shumikhin V.G. (1993) *Kvalifikatsiya nasil'stvennykh posyagatel'stv na sobstvennost'* [Evaluation of Violent Encroachments on Property]. Moscow: Yuridicheskii institut MVD, 68 p. (in Russian)

Stepanenko D.A. (2014) Psikhologicheskoye vozdeystviye v ugovnom sudoproizvodstve: ponyatiye i kriterii dopustimosti [Psychological Impact in Criminal Judicial Proceeding: Concept and Criteria of Admissibility]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no 9, pp. 52–56.

Yefremova T.F. (2000) *Novyy slovar' russkogo yazyka* [New Dictionary of Russian]. Moscow: Russkiy yazyk, 2310 p. (in Russian)

Что скрывается за броским термином «интеграционное правосудие»?



А.С. Исполинов

доцент, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук. Адрес: 119991, Российская Федерация, Москва, Ленинские горы, 1, стр. 13. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Аннотация

В настоящей статье автор критически анализирует термин «интеграционное правосудие», отмечая его методологическую неопределенность. Причину автор видит в отсутствии в отечественной доктрине ясного понимания того, что следует понимать под интеграцией. По мнению автора, интеграция как особый вид сотрудничества государств означает передачу на уровень институтов межгосударственного объединения полномочий по принятию нормативных актов общего характера, которые заменяют в определенных областях национальное законодательство. Суды таких интеграционных объединений, являясь отдельной группой международных судов, обладают приущей только им компетенцией по судебному контролю таких актов, имея, как правило, полномочия по их аннулированию при их противоречии с учредительными договорами. Это превращает такие суды в полноправного участника нормотворческого процесса, что сближает их с национальными конституционными судами. Наличие полномочий судебного контроля за принятием нормативных актов общего применения может трансформировать такие суды в потенциально крайне влиятельный институт интеграции. Как правило, эти суды создаются по образцу Суда ЕС. Тем не менее сегодняшняя практика региональных судов экономической интеграции показывает, что даже полное копирование структуры и полномочий Суда ЕС не означает автоматического успеха судов интеграционных объединений, которые показывают разные результаты и в большинстве своем не играют существенной роли в региональной интеграции. Это можно объяснить тем, что суды интеграционных объединений создаются и действуют по тем же правилам, что и остальные международные суды, главное из которых можно сформулировать так: государства создают суды для достижения собственных целей и будут работать с ним до тех пор, пока плюсы от такого сотрудничества перевешивают минусы. Успех любого международного суда зависит не столько от его первоначального дизайна и компетенции, сколько от различных факторов, среди которых в первую очередь нужно упомянуть готовность государств и их национальных судов работать с международным судом, позицию самого суда, ее реализм, прагматичность, аргументированность, оценку последствий того или иного решения.



Ключевые слова

интеграционное правосудие, интеграция, международные суды, Суд ЕС, Суд ЕАЭС, судебный контроль, акты общего применения.

Библиографическое описание: Исполинов А.С. Что скрывается за броским термином «интеграционное правосудие»? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 105–120.

JEL: К 33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.105.120

Активное создание государствами самых разнообразных международных судов начиная с 1990-х годов, причины и результаты этого процесса активно освещаются не только в зарубежной, но и в отечественной литературе¹. Интерес исследователей к вопросам международного правосудия постоянно возрастает на фоне активного взаимодействия России с Европейским судом по правам человека, а также создания с непосредственным участием Российской Федерации сначала Суда Евразийского экономического сообщества (2012–2015), а затем и Суда Евразийского экономического союза. Однако в последнее время появились публикации и учебные пособия, в названии которых используется броский, если не модный и новый для отечественной науки международного права термин «интеграционное правосудие», который ассоциируется в первую очередь с успешной деятельностью Суда ЕС. Причем, судя по тексту этих публикаций, смысловой подтекст данного термина, равно как и термина «интеграционное право», вполне очевиден — интеграционное правосудие представляется как явление настолько новое и прогрессивное, что его можно даже противопоставить международному правосудию.

Так, по мнению одного из сторонников этой концепции — С.Ю. Кашкина, интеграционное правосудие — это «особая разновидность международного правосудия, которое по мере своего развития и распространения приобретает многие оригинальные черты, в том числе и заимствуемые из судебных систем суверенных государств»². При этом никак не поясняется, о каких особенностях интеграционного правосудия, отличающих его от международного правосудия, идет речь, в чем состоит их оригинальность, что именно заимствуется из национальных судебных систем, причем только интеграционными судами, но не международными. При таком подходе отсутствие какой-либо методологии, подкрепленной к тому же эмпирическими данными, которых сейчас более чем достаточно, приводит к тому, что список интеграционных судебных учреждений представляет собой произвольный набор различных международных судов и формируется исходя из пристрастий и предпочтений конкретного автора.

В свою очередь А.О. Четвериков пишет, что «интеграционное правосудие связано с созданием и деятельностью интеграционных объединений государств в экономической и других сферах жизни», и далее приводит список таких объединений, куда, по его мнению, входят ЕС, африканские интеграционные объединения, МЕРКОСУР, ЕАЭС, ВТО, и другие³. Однако тогда необходимо пояснить, чем именно отличаются экономические интеграционные объединения от других форм межгосударственного экономического сотрудничества. Без понятных объективных критериев, подтверждаемых практикой, мы опять-таки получаем произвольный набор, где смешано в кучу все и ставится знак равенства между экономической интеграцией и межгосударственным экономическим сотрудничеством.

¹ *Alter K.* The New Terrain of International Law. Courts. Politics. Rights. Princeton, 2014; *The Oxford Handbook of International Adjudication.* Oxford, 2014; *Толстых В.Л.* Формирование системы международного правосудия. М., 2015; *Шинкарецкая Г.Г.* Тенденции развития судебных средств мирного разрешения международных споров. М., 2009; *Сумбатян А.* Решения органов международного правосудия системе международного публичного права. М., 2012.

² *Кашкин С.Ю.* Интеграционное правосудие: сущность и перспектива. М., 2017. С. 7; *Кашкин С.Ю., Четвериков А.О.* Интеграционное правосудие в современном мире. Основные модели. М., 2016.

³ *Четвериков А.О.* Гарантии независимости органов правосудия интеграционных объединений современных государств: сравнительно-правовой аспект // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 5. С. 161.

Более радикальна в оценках Е. Рафалюк, противопоставляющая интеграционные суды судам международным, утверждая, что «латиноамериканские суды и другие суды интеграционных объединений обладают особой правовой природой. Суды учреждаются в целях обеспечения и продвижения интеграции. Суды интеграционных объединений обладают наднациональными полномочиями»⁴. К сожалению, что это за «наднациональные полномочия», которые отличают интеграционные суды от судов международных, не раскрывается.

При том, что дискуссия об интеграционном правосудии имеет исключительно российское происхождение и локализацию (в зарубежной литературе Суд ЕС и суды других интеграционных объединений всегда рассматривались в качестве составной части международного правосудия), терминологическая и методологическая невнятность концепции интеграционного правосудия не только затрудняет адекватную оценку международных судов в целом, но и содействует появлению иллюзий, создающих искаженное восприятие деятельности и результатов судов интеграционных объединений государствами и научным сообществом. На опасность увлечения такой «интеграционной лексикой» красочно указал А.В. Клемин в недавних полемических статьях, открыто предупреждая, что такая терминология порождает сверхвысокие, но не сбывающиеся ожидания⁵.

На наш взгляд, анализ причин появления и особенностей судов интеграционных объединений нужно начинать с определения, *что* именно мы понимаем под интеграцией и чем интеграция принципиально отличается от обычного межгосударственного сотрудничества.

Интеграция как особая форма межгосударственного экономического сотрудничества и свойственные ей механизмы разрешения споров

Знакомство с публикациями отечественных исследователей показывает отсутствие консенсуса о значении термина «интеграция». Так, по мнению Ю.С. Безбородова, применительно к международному праву интеграция представляет собой более высокий уровень взаимодействия между государствами и иными субъектами, когда участники данного процесса отчуждают часть своего суверенитета в пользу наднациональных органов⁶. В.Е. Чиркин пишет о «массовом создании интеграционных объединений» в

⁴ Рафалюк Е.Е. Решения судов интеграционных объединений Латинской Америки как форма унификации международного частного права: автореф. дис... к. ю. н. М., 2010. С. 10, 11. Автор пишет, что суды интеграционных объединений отличаются от международных судов по следующим основаниям: 1) применимым правом при разрешении споров является унифицированное право сообщества (коммунитарное право); 2) основанием для обращения в суд сообщества является нарушение нормы коммунитарного права; 3) правом на обращение в суд обладают публичные правовые образования (государства-участники интеграционного объединения, организации, органы интеграционного объединения) и частные лица (физические и юридические); 4) юрисдикция суда интеграционного объединения является обязательной для государств-членов интеграционного сообщества.

⁵ Так, по мнению А.В. Клемина, понятия «наднациональность», «интеграция», «партнерство» и т.п. можно произносить как мантру, но в числе юридических понятий и терминов они не значатся. Даже ключевое слово «интеграция» требует конвенционной расшифровки. Это вдвойне удивительно, ибо даже оно не юридизировано и до сих пор бессодержательно. Государства ни в одной евроконвенции не расшифровывают «интеграцию». Клемин А.В. Имиджевые эпитеты терминами не являются // Современная Европа. 2015. № 5. С. 141–154.

⁶ Безбородов Ю.С. Международно-правовая интеграция: подходы к пониманию феномена // Российский юридический журнал. 2012. № 1. С. 62–63. Далее он дает детальное определение: «Международно-

результате глобализации, опять-таки не уточняя, что следует понимать под словом «интеграционный». Это дает ему основание причислять к разряду интеграционных объединений помимо Европейского союза, такие типично межгосударственные объединения как ОБСЕ, БРИКС, Совет Европы, ШОС⁷.

Другие утверждают, что под интеграционным объединением нужно понимать группу государств, объединенных на основе международного договора для достижения целей интеграции⁸. Такой подход вряд ли можно считать продуктивным, так как здесь мы видим круг в определении — определяющее понятие разъясняется через определяемое понятие. Подобный подход опять-таки открывает возможность применения термина «интеграционный» к таким межгосударственным объединениям, как НАФТА, ВТО и другим, которые государства, их создавшие, никогда и не помышляли назвать интеграционными. Именно знак равенства между интеграцией и сотрудничеством государств позволил Р. Курбанову только в евразийском регионе насчитать сразу 15 действующих интеграционных структур⁹.

В нашем понимании интеграция — особая форма межгосударственного сотрудничества, в первую очередь, в сфере экономики и имеющая вполне четкое и понятное региональное применение. Используемые в сегодняшней практике государствами подходы к региональному экономическому сотрудничеству можно разделить на две группы. Первая и самая большая группа — соглашения о зонах свободной торговли, в которых полностью устраняются либо радикально снижаются таможенные тарифы на торговлю между странами этой зоны. При этом страны сохраняют право самостоятельно регулировать торговые отношения и таможенные тарифы с третьими странами. К подобной группе относятся такие экономические объединения, как Североамериканская ассоциация свободной торговли (НАФТА), Карибская ассоциация свободной торговли (КАФТА), а также Южноамериканский общий рынок (МЕРКОСУР) на ранних этапах своего существования. Эти объединения основаны на горизонтальном межгосударственном сотрудничестве, они, как правило, не являются субъектами международного права, в них отсутствуют органы, наделенные правом принимать обязательные и действующие напрямую в национальных правовых порядках решения, координирующая роль выполняется небольшим секретариатом.

Из-за того, что нет необходимости в судебном контроле за решениями органов этих объединений, нет потребности и в постоянно действующем суде, наделенном такой компетенцией. Отсюда и возможность возникновения либо межгосударственных споров, либо споров частных лиц (инвесторов) с государством, и рассмотрение таких споров только *ad hoc* арбитражами. Однако как показала 20-летняя практика, арбитражное рассмотрение межгосударственных споров практически не используется. Так, арбитра-

правовая интеграция — это процесс объединения правовых систем с помощью международно-правовых средств с целью достижения единообразия правового регулирования, связанный с деятельностью правосоздающих субъектов в международном праве, проходящий на универсальном и региональном уровнях с использованием специфичных правовых методов и в разных формах» (там же. С. 66).

⁷ Чиркин В.Е. Наднациональное право: основные особенности // Журнал российского права. 2017. № 2. С. 131.

⁸ Рафалюк Е.Е., Залоило М.В., Власова Н.В. Понятия, виды и формы евразийского и латиноамериканского интеграционных объединений (сравнительно-правовой анализ) // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 154–168; Еришов С. Правовые особенности формирования наднациональной власти ЕС в процессе взаимодействия права ЕС и национального права государств-членов: автореф. дис... к. ю. н. М., 2003.

⁹ Курбанов Р.А. Евразийское право: процессы формирования // Государство и право. 2015. № 9. С. 71.

жами в рамках главы XX НАФТА (которая как раз и предусматривает основной механизм для разрешения споров между государствами-членами) было рассмотрено всего три межгосударственных спора¹⁰. В дальнейшем члены НАФТА при разрешении споров между собой стали отдавать предпочтение Органу по рассмотрению споров ВТО в силу его авторитета, богатой и устоявшейся практики и апелляционного рассмотрения, и чьи решения выглядят гораздо более легитимными¹¹. Наиболее активно используется механизм арбитражного рассмотрения споров между инвесторами и государствами, отличительной особенностью которого является то, что арбитраж, рассматривая жалобу инвестора на те или иные внутригосударственные акты государств, не решает вопроса об отмене (аннулировании) этих актов, а лишь принимает решение о выплате инвестору компенсации. За период с 1995 по 2015 гг. в рамках НАФТА было рассмотрено 77 таких споров¹².

Отсутствие постоянно действующего суда в создаваемой зоне свободной торговли не дает возможности передать ему полномочия по контролю как за исполнением вынесенных арбитражами решений, так и за исполнением государствами своих обязательств по региональным соглашениям. Эта проблема решается через так называемые «горизонтальные» контроль и принуждение, когда сами государства контролируют исполнение и сами же принимают меры по принуждению государства-нарушителя к исполнению своих обязательств, используя санкции (по подобию контрмер в ВТО).

Кроме того, немногочисленность секретариата в таких экономических организациях делает вопрос о трудовых спорах сотрудников неактуальным, и в отсутствие постоянно действующего собственного суда для разрешения таких споров привлекаются административные трибуналы МОТ или ООН (происходит своеобразный аутсорсинг системы разрешения трудовых споров). Из-за того, что в таких объединениях не создаются наднациональные органы, наделенные властными полномочиями по принятию решений, в том числе и общего характера, а также по контролю за соблюдением государствами их обязательств, отсутствуют споры между институтами этого объединения и государствами, а также между институтами и частными лицами.

В этом отношении показательна судьба СНГ и созданного в его рамках Экономического Суда. С точки зрения экономического сотрудничества СНГ осталось зоной свободной торговли, поэтому созданный в 1992 г. Экономический Суд, обладающий к тому же факультативной юрисдикцией, оказался невостребованным, если не избыточным элементом в этой конструкции. Поэтому неудивительно, что в последние годы члены СНГ рассматривали перспективы этого Суда, включая его закрытие. Судя по всему, на данный момент возобладали промежуточная точка зрения, состоящая в том, чтобы Суд сохранить, но перевести его в режим *ad hoc*, т.е. собирающийся только при появлении какого-либо обращения в Суд. На постоянной основе будут действовать только Председатель Суда и Секретариат из трех сотрудников. Формулировка о реестре судей, который должен быть

¹⁰ Механизм рассмотрения межгосударственных споров, предусмотренный главой XX, был использован один раз для рассмотрения спора между Канадой и США, и дважды для рассмотрения споров между Мексикой и США. Помимо этого, Мексика прибегла к данной процедуре в процессе спора с США по сахару, однако панель арбитров так и не была сформирована. См.: *Mestral A. NAFTA dispute settlement: creative experiment or confusion / Regional Trade Agreements and the WTO legal system. P. 363–364.*

¹¹ *Davey W. Dispute settlement in the WTO and RTAs: a comment. Ibid. P. 354–355.*

¹² *Sinclair S. NAFTA Chapter 11 Investor-State Disputes.* [Электронный ресурс]: // URL: https://www.policalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National%20Office/2015/01/NAFTA_Chapter11_Investor_State_Disputes_2015.pdf (дата обращения: 20.05.2017)

сформирован, наводит на мысли о решении трансформировать суд в подобие институциональной структуры для де-факто арбитражного рассмотрения споров, когда стороны будут сами выбирать судей для участия в рассмотрении конкретного спора¹³.

Вторая группа возможных форм межгосударственного сотрудничества представлена в первую очередь региональными экономическими объединениями, которые предусматривают именно интеграцию в определенных областях, начиная, как правило, с создания таможенных союзов. В этом случае речь уже идет не только о ликвидации таможенных барьеров внутри таможенного союза, но и о передаче властных полномочий по регулированию торговли с третьими странами специальному наднациональному органу (Комиссия в ЕС, ЕЭК в ЕАЭС). Передаваемые государствами полномочия обязательно включают в себя право институтов союза в рамках своих полномочий принимать общеобязательные нормативные акты, замещающие соответствующие национальные нормы и подлежащие применению всеми субъектами внутреннего права государств-членов такого объединения (в ЕАЭС это, например, решения ЕЭК, Таможенный кодекс Таможенного Союза, в ЕС — регламенты Совета и Европарламента).

Именно этот критерий — передача на уровень институтов объединения полномочий по принятию нормативных актов общего применения, непосредственно регулирующих правоотношения в государствах-членах объединения и применяемых их национальными судами при разрешении споров — и является основным отличительным признаком интеграционных объединений от иных форм межгосударственного экономического и иного сотрудничества. Справедливости ради надо сказать, что точка зрения автора в некоторой степени созвучна оценкам, данным судьей Суда ЕАЭС Т.Н. Нешатаевой в одной из работ, где она утверждает, что «государства, создающие организацию нового типа, передают международному органу свои суверенные функции, затрагивающие само ядро властных полномочий по управлению территорией, населением и взаимоотношениями с другими акторами международной жизни... правомочие устанавливать правила поведения, обязательные для физических и юридических лиц государств-членов организации»¹⁴.

Наличие у институтов межгосударственного объединения полномочий на принятия актов общего применения (по сути, законодательных полномочий) также можно считать основным отличительным признаком наднациональности, о которой до сих пор идут споры в нашей литературе¹⁵, хотя за рубежом эта дискуссия давно утихла. Именно отсутствие полномочий такого рода не позволяет отнести к интеграционным объединениям такие организации, как ВТО или Совет Европы, равно как и НАФТА, КАФТА, БРИКС, ШОС, ОБСЕ, а соглашения и конвенции, лежащие в основе этих объединений, называть «интеграционным правом» (если только мы не смешиваем полностью термины «межгосударственное сотрудничество» и «интеграция»).

¹³ Проект Протокола о внесении изменений в Соглашение о статусе Экономического Суда Содружества Независимых Государств от 6.07.1992 (одобрен на заседании Совета министров иностранных дел СНГ, Ташкент, 7.04. 2017)

¹⁴ *Нешатаева Т.Н.* Интеграция и наднационализм // Вестник Пермского университета. Сер.: Юридические науки. 2014. Вып. 2. С. 244.

¹⁵ *Чиркин В.Е.* Наднациональное право: возникновение, содержание, действие // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 1. С. 18–25; *Дорская А., Дорский А.* Международные интеграционные организации и проблема формирования наднационального права // Юридическая наука. 2016. № 4. С. 105–110.

Объем и характер передаваемых государствами в рамках интеграционных объединений полномочий заставляет их задуматься о создании эффективного контроля за правомочностью нормативных актов, принимаемых институтами интеграционных объединений. Возлагать эти полномочия на национальные суды государств-членов — значит получить разногласия и убить интеграционный проект в самом начале. По сути, государства, создавая такие объединения, оказываются перед выбором — либо контроль со стороны постоянно действующего и независимого от государств органа, либо никакого контроля вообще, что чревато вполне понятными рисками. Опыт того же Европейского союза, воспринимаемый сегодня обычно как эталон при создании региональной организации экономической интеграции, показывает, что оптимальным решением является создание постоянно действующего суда, основной задачей которого и будет являться осуществление такого контроля. Как правило, в ходе процедуры оспаривания таких актов суд имеет право их аннулировать, выступая таким образом в роли «негативного законодателя».

В силу того, что нормативные акты общего применения, принимаемые институтами интеграционных объединений, действуют непосредственно в национальных правовых порядках стран-членов и применяются всеми субъектами национального права, возникает вопрос о возможности их обжалования частными лицами, интересы которых затрагивают данные нормативные акты. Полностью лишать частных лиц доступа в создаваемый суд — значит вынуждать их обращаться для защиты своих прав в национальные суды (в том числе и конституционные). Это может вылиться не только в различное толкование нормативных актов, но и, в экстремальном случае, в отказ признавать их действие в национальном правовом порядке той или иной страны. Поэтому государства при создании судов интеграционных объединений предусматривают в том или ином варианте доступ частных лиц к процедуре обжалования нормативных актов этих объединений.

С другой стороны, наличие нормативных актов общего применения, которые должны использоваться национальными судами стран интеграционного объединения, делает более чем актуальной проблему единообразного толкования и применения таких актов в национальных правовых порядках. Разнобой в толковании и применении нормативных актов может самым серьезным образом осложнить интеграционные процессы. Чтобы этого избежать, практически все интеграционные объединения заимствуют опыт Суда ЕС и наделяют создаваемый суд правом рассматривать преюдициальные запросы, направляемые национальными судами, обеспечивая тем самым некие руководящие указания всем судам стран-членов объединения.

Наличие постоянно действующего суда позволяет также совершенно по-другому подходить к контролю за исполнением вынесенных судом решений. Вместо горизонтального контроля становится возможным контроль вертикальный, который осуществляется исполнительным органом интеграционного объединения. При выявлении факта неисполнения государством своих обязательств или решения суда вопрос снова передается на рассмотрение суда, который вправе наложить на государство финансовые санкции (штрафы, пени), как в случае с Судом ЕС.

Передача существенных полномочий на уровень институтов интеграционного объединения требует значительного персонала, работающего в этих органах. Наличие постоянного суда позволяет передать эти вопросы на рассмотрение суда и не прибегать к аутсорсингу в виде административных трибуналов системы МОТ и ООН.

Завершая общие рассуждения о постоянных судах как основном механизме разрешения споров в интеграционных объединениях, можно упомянуть о примерах, когда

сотрудничество в форме зоны свободной торговли постепенно перерастает в таможенный союз, что требует уже создания постоянного суда. Например, в том же МЕРКОСУР¹⁶ его созданным недавно Парламентом утвержден проект Протокола о создании Суда МЕРКОСУР. Другой, более близкий нам пример, — это процесс создания Суда ЕврАзЭС, предусмотренного Договором об учреждении Евразийского Экономического Сообщества (2000). Суд ЕврАзЭС был создан в 2012 г. только после того, как в 2009 г. тремя государствами-членами ЕврАзЭС (Россией, Казахстаном и Беларусью) внутри Сообщества был образован Таможенный союз, что объективно потребовало постоянного судебного контроля за нормативными актами общего применения, принимаемыми Комиссией Таможенного Союза. Более того, за все три года существования Суда ЕврАзЭС (2012–2015) он де-факто действовал именно как суд Таможенного Союза, имея в своем составе судей только из стран-членов Союза и рассматривая дела, почти исключительно связанные с актами Комиссии Союза.

Суды региональных интеграционных объединений как отдельная группа международных судов

При таком подходе интеграционное правосудие (если правомерен этот термин) можно и нужно свести к деятельности судов интеграционных объединений, которые сегодня создаются по модели Суда ЕС. К числу таких судов относят Суд Бенилюкса (1974), Трибунал Андского сообщества (1984), Суд Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) (1994), Суд УЕМОА (Восточноафриканского экономического и валютного союза) (1995), Суд Общего рынка восточноафриканских стран (COMESA) (1998), Суд Восточноафриканского сообщества (ЕАС) (2001), Суд Экономического сообщества восточноафриканских стран (ECOWAS) (2002), Трибунал Южноафриканского сообщества развития (SADC) (1992), Суд ЕАЭС (2015) — всего 11 судов. Некоторые из них, например, Трибунал Андского сообщества, являются 100% копией Суда ЕС, что неудивительно, так как при его создании активную роль играли советники из ЕС, в число которых входили бывшие судьи и генеральные адвокаты Суда ЕС.

На наш взгляд, все эти суды интеграционных объединений являются международными судами, образуя среди них особую группу за счет той компетенции, которая есть только у них, — право судебного контроля за актами, принимаемыми институтами интеграционных объединений. Вместе с тем суды интеграционных объединений, являясь важной частью складывающейся во многом стихийно системы международного правосудия, подчиняются тем же правилам, которые применяются ко всем остальным международным судам. Если использовать широко известный перечень общих признаков, которым должны отвечать международные суды, то суды интеграционных объединений им полностью отвечают. Эти суды: (а) являются постоянно действующими судебными органами, созданными до появления рассматриваемого ими спора; (б) созданы на основании международных договоров или иных международно-правовых документов¹⁷;

¹⁶ МЕРКОСУР, т.е. Южноамериканский общий рынок, был создан первоначально именно как зона свободной торговли, но по мере его перерастания в подобие таможенного союза механизм разрешения споров также стал эволюционировать в сторону создания постоянного суда по модели Суда ЕС.

¹⁷ Так, Ч. Романо справедливо отмечает, что Суд первой инстанции ЕС был создан решением Совета министров ЕС (Council Decision of 24 October 1988 establishing a Court of First Instance of the European Communities OJL 319. 25.11.1988. P. 1–8). В свою очередь международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и по Уганде были созданы на основании резолюций Совета Безопасности ООН

(в) действуют на основании утвержденных заранее правил процедуры; (г) дела в них разрешаются специально назначенными на длительный срок независимыми и профессиональными судьями; (д) применяют при рассмотрении дел нормы международного права (права своего межгосударственного объединения), а не нормы национального права; (е) их решения обязательны для сторон спора, как минимум одной из которых должно быть государство или международная организация.

Все эти суды, за исключением Суда Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ), создавались именно для рассмотрения споров в отношении нормативных актов, принимаемых институтами своего интеграционного объединения. Но даже исключение с Судом ЕАСТ лишь подтверждает правило. Европейская Ассоциация свободной торговли была создана в 1960 г. как зона свободной торговли и, как уже пояснялось в самом начале, при таком подходе никакой суд был не нужен. Однако Суд ЕАСТ все же появился в 1994 г. и не от хорошей жизни. К этому времени страны-члены ЕАСТ признали поражение своего проекта в конкуренции с ЕС и были вынуждены заключить соглашение с ЕС о создании Европейского экономического пространства (European Economic Area — ЕЕА)¹⁸. В рамках этого соглашения страны ЕАСТ стали, по сути, безмолвными реципиентами норм права ЕС в отношении общего рынка, не имея при этом возможности принимать участие в их создании. Именно поэтому Суд ЕАСТ был создан только с целью рассмотрения споров о соблюдении ее членами распространяемых отныне на них норм ЕС, но не для контроля за нормативными актами ЕС. Нормативные акты ЕС, что вполне логично, можно оспорить только в Суде ЕС. По той же причине Суд ЕАСТ лишен права рассматривать преюдициальные запросы национальных судов тех стран ЕАСТ, которые вошли в Единое экономическое пространство, а только их просьбы о консультативных заключениях. Однако при реализации своих консультативных полномочий Суд ЕАСТ обязан толковать применимое право в строгом соответствии с решениями Суда ЕС.

Такое делегирование государствами судам интеграционных объединений не только традиционных для международных судов функций рассмотрения споров и контроля за исполнением государствами своих обязательств по договору (установление фактов нарушения), но и крайне важной функции по контролю за нормативными актами общего применения, принимаемыми институтами этого объединения, сближает эти суды с национальными конституционными судами (по мнению Г.Г. Шинкарецкой, суды интеграционных объединений обладают качествами квазиконституционных судов¹⁹). Отменяя тот или иной нормативный акт, суды интеграционного объединения, так же, как и национальные конституционные суды, действуют в качестве негативного законодателя²⁰, становясь активными участниками политического и законодательного процес-

(S.C. Res. 827 U.N. Doc. S/RES/827 (May 25, 1993); S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov 8, 1994)). См.: Romano C. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle // *New York University Journal of International Law and Policy*. 1998. Vol. 31. P. 714.

¹⁸ The Agreement on the European Economic Area. OJ. NoL 1.3.1.1994. P. 3.

¹⁹ Шинкарецкая Г.Г. Классические международные суды и их роль в поддержании правопорядка // *Современное право*. 2012. № 12. С.125.

²⁰ Термин «негативный законодатель» заимствован из работ Г. Кельзена, который заложил основы современного конституционного правосудия, предложив модель, предусматривающую создание специализированного института — конституционного суда. Этот суд должен был отвечать за соответствие конституции законов, принимаемых парламентом, выступая в роли «негативного законодателя». Kelsen H. *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*// *The Journal of Politics*. No. 2. P. 187.

сов. Если к этому прибавить, что в ряде интеграционных объединений суды наделены компетенцией (либо четко прописанной в документах о создании суда, как в случае с Судом COMESA и Судом ЕАС, либо имплицитной, как в случае с Судом ЕС) по контролю за актами национальных властей в определенных областях, то мы получаем потенциально крайне влиятельное судебное учреждение.

Все эти суды (за исключением Суда ECOWAS и Суда ЕАЭС) наделены правом принимать преюдициальные заключения в ответ на запросы национальных судов. На сегодня главной функцией Суда ЕС является выдача преюдициальных заключений на запросы национальных судов (в 2016 году Суд ЕС вынес 453 решения в форме преюдициальных заключений, что составило 64% от общего количества решений за год)²¹. У Трибунала SADC и у Суда ЕАС право давать преюдициальные заключения не подкреплено обязанностью национальных судов запрашивать такие заключения.

Кроме того, во многих региональных объединениях доступ частных лиц в создаваемые суды в целом более либерален, чем в Суде ЕС, при этом отличаясь в деталях. Суды ЕАС и COMESA могут рассматривать жалобы только частных лиц-резидентов стран-членов этих объединений. Кроме того, для обращения в Суд COMESA и в Трибунал SADC частным лицам необходимо исчерпать доступные национальные средства защиты.

В качестве одного из аргументов в пользу особенности интеграционного правосудия приводится факт наличия многозвенной судебной системы в Европейском союзе (которая еще недавно состояла из Трибунала по гражданской службе, Суда общей юрисдикции и Суда ЕС), что вызывает ассоциации с национальной судебной системой. Однако даже в Европейском союзе это в первую очередь функциональная многозвенчатость: споры одной категории должны рассматриваться в Суде общей юрисдикции, трудовые споры — в трибунале по гражданской службе (до 2016 г.), споры между государствами и институтами ЕС, а также преюдициальные запросы национальных судов — только в Суде ЕС. Это мало напоминает национальную судебную систему, где все споры должны проходить через все инстанции. Кроме того, многозвенчатость, которую не следует путать с наличием в том или ином суде апелляционной палаты или апелляционного производства, есть только в Европейском союзе и нигде больше. Поэтому эта похожесть лишь внешняя, что лишает данный аргумент убедительности.

Еще один аргумент сторонников концепции интеграционного правосудия состоит в том, что суды интеграционных объединений применяют к государствам, не исполняющим их решения, различные меры принуждения (например, финансовые санкции в случае Суда ЕС), что также должно сближать эти суды с национальными судами. Однако международные суды и суды национальные создаются и действуют в совершенно разной обстановке, и проводить какие-либо аналогии и, тем более, строить на этом выводы было бы чрезвычайно рискованно. Для национальных судов вопрос исполнения их решений — залог сохранения эффективной судебной системы, да и всего государства. Для принуждения в этом случае в каждой стране существует служба судебных приставов, аналога которой нет на международном уровне, в том числе и в интеграционных объединениях. Для судов международных сама возможность принятия мер принуждения и их набор определяются государствами при создании судов. Некоторые интеграционные объединения вообще не предусматривают мер принуждения, как, например, ЕАЭС или тот же ЕС до 1993 г. (а в случае с преюдициальными заключениями Суда ЕС — по сей день).

²¹ Court of Justice of the European Union Annual Report 2016. P. 91.

Проблемы судов интеграционных объединений

Очевидный на сегодня парадокс состоит в том, что даже полное заимствование структуры и компетенции Суда ЕС не означает автоматического успеха суда того или иного интеграционного объединения. Значительная часть таких судов не играет заметной роли в региональной интеграции, например, суды в Африке занимаются по большей части вопросами прав человека и спорами служащих²². Оправдались прогнозы тех скептиков, которые выражали сомнения в успехе переноса моделей успешных европейских судов (ЕСПЧ и особенно Суда ЕС) в другие регионы мира, которые отличаются от Европы не только уровнем экономического развития, но и степенью зрелости политической системы, традициями уважения к суду и к верховенству права²³. Наиболее активно процедура аннулирования актов институтов интеграционного объединения используется в Европейском союзе, значительно реже — в Андском сообществе и еще не использовалась в судах африканских интеграционных объединений.

Хотя практически все суды интеграционных объединений уполномочены рассматривать преюдициальные запросы национальных судов (ряд авторов именно в преюдициальных запросах видел особую привлекательность модели Суда ЕС для других интеграционных объединений²⁴), на практике нигде, кроме ЕС и Андского Сообщества (в заметно усеченном варианте и, в большинстве случаев, по вопросам интеллектуальной собственности), активного диалога между региональными и национальными судами не существует. Главной причиной полного отсутствия какого-либо диалога между национальными и региональными судами является игнорирование нормативных актов интеграционных объединений странами-членами, в первую очередь, их национальными судами. Как пишет один из исследователей, «ограниченная политическая и судебная поддержка привела к тому, что копии Суда ЕС на практике напоминают Суд ЕС в 1950–1960-е годы, нежели Суд ЕС в наши дни»²⁵.

Другая причина слабости судов региональной интеграции в том, что им не дают вернуться государства-члены интеграционного объединения, которые, хотя и понимают необходимость создания такого суда, зачастую не хотят допустить его трансформации в такого политически влиятельного игрока, каким стал Суд ЕС. Все без исключения государства сделали выводы из истории становления и успеха Суда ЕС, и второго такого суда, сравнимого по влиянию с Судом ЕС, в ближайшее время мы не увидим. Государства научились оценивать риски, ассоциируемые с международными судами, и стараются принять как превентивные, так и последующие меры по сдерживанию судов.

Кроме того, суды интеграционных объединений, так же как и остальные международные суды, действуют ровно в тех границах, которые им отвели государства. Государства могут не только раздвинуть или сузить эти границы, они могут в принципе изменить правила, упразднив суд, что совершенно невозможно себе представить в случае с национальными судами, где попытка ограничить или закрыть суды может быть сразу

²² *Osiemo O. Lost in Translation: The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa // Legal Issues of Economic Integration. 2014. N 1. P. 100.*

²³ *Alvarez J. The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences // Texas international law journal. 2003. Vol. 38. P 430.*

²⁴ *Baudenbacher C. Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World // Texas International Law Journal. 2004. Vol. 39. P. 397.*

²⁵ *Alter K. The Global Spread of European Style International Courts // West European Politics. 2012. No 1. P. 151.*

приравнена к установлению диктатуры. Именно с такими ответными действиями проигравших в суде государств столкнулись Трибунал SADC (чья деятельность была приостановлена в 2010 г.²⁶ после решения Трибунала против правительства Зимбабве)²⁷, Суд ECOWAS после решения против Нигерии²⁸ и Суд ЕАС после решения против Кении²⁹ (в двух последних случаях попытки ограничить юрисдикцию судов не получили поддержки других стран-участниц интеграционных объединений³⁰).

Сегодняшняя практика международного правосудия показывает, что помимо таких явно авторитарных методов государства используют более тонкие инструменты сдерживания активности и роста авторитета судов. Среди них можно указать:

(а) отказ государств и институтов интеграционного объединения принимать нормативные акты, которые можно оспаривать в судах, устрояя тем самым базу возможных исков;

(б) отказ самих государств и институтов от обращения в суд, а также различные варианты ограничения доступа в суд частных лиц как наиболее активных истцов (в тот же Суд ECOWAS частные лица могут обращаться только с жалобами на нарушения прав человека, но не по вопросам экономической интеграции, а в Трибунал SADC частные лица могли обратиться только после исчерпания национальных средств судебной защиты). Тогда суд не получает возможности влиять на развитие экономической интеграции через свои решения;

(в) готовность государств и институтов объединения терпеть нарушения, допускаемые другими государствами-членами, включая неисполнение решений судов, что заведомо исключает мотивацию потенциальных заявителей обращаться в суд за защитой своих прав. Например, 60% решений Суда ECOWAS остаются до сих пор не исполненными³¹;

(г) скепсис и нежелание национальных судов воспринимать суд, работать с ним и использовать его решения и доктрины при толковании и применении нормативных актов, издаваемых институтами объединения.

Весьма показательна в этом отношении институциональная неудача Андского Трибунала, судебного органа Андского сообщества, и второго по активности суда интеграционного объединения после Суда ЕС. Национальные суды ряда стран-членов Сообщества проявили как минимум пассивность (если не саботаж!) как в обращении с преюдициальными запросами в Трибунал (за всю историю Андского сообщества из венесуэльских судов пришло только 2 запроса, из судов Боливии — только один³²), так и с применением

²⁶ Подробнее об этом см.: *De Wet E.* The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa // *ICSID Review*. 2013. P. 1–19.

²⁷ SADC Tribunal, *Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. Republic of Zimbabwe*.

²⁸ ECOWAS Court, *SERAP v. Federal Republic of Nigeria*, ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 Dec. 2012.

²⁹ В этом решении Суд ЕАС установил, что порядок проведения правительством Кении выборов в законодательную Ассамблею Восточноафриканского Сообщества нарушает учредительные договоры Сообществ. ЕАСJ. *Prof. Peter Anyang' Nyong'o and Others vs the Attorney General of Kenya and Others*, Reference No. 1 of 2006 [Электронный ресурс]: URL: // www.eacj.org/docs/judgements/EACJ_Reference_No_1_2006.pdf (дата обращения: 20.06.2017).

³⁰ Подробнее об этом см.: *Alter K., Gathii J., Helfer L.* Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences // *The European Journal of International Law*. 2016. No. 2. P. 293–328.

³¹ *Lokulo-Sodipe J., Osuntogun A.* The quest for a supranational entity in West Africa can the Economic Community of West Africa attain the status? // *Electronic Law Journal*. 2013. Vol. 16. No 3. P. 269.

³² *Alter K., Helfer L.* The Andean Tribunal of Justice and Its Interlocutors: Understanding Preliminary Reference Patterns in the Andean Community // *Journal of International Law and Politics*. 2009. Vol. 41. P. 889.

национальными судами норм Сообщества вместо противоречащих им национальных норм при разрешении дел. Это не позволило Трибуналу повторить путь Суда ЕС и стать двигателем региональной интеграции, а само Андское сообщество с большим трудом завершило создание таможенного союза с многочисленными изъятиями³³.

Крайне трудным для судов интеграционных объединений оказался вопрос об исполнении принятых ими решений, даже если документы о создании суда содержали положения о мерах принуждения к государствам, игнорирующим решения суда. Если такие меры все же разрешены, то вопрос, применять ли их становится, как правило, чувствительной политической проблемой для международного суда и для государств-членов. Можно напомнить, что большинство решений Суда ECOWAS (пожалуй, наиболее успешного из судов африканских интеграционных объединений) в отношении Нигерии (самой крупной страны этого объединения) не были выполнены, и за этим не последовало наказания. Да и история ЕС знает немало примеров многолетнего сопротивления государств решениям Суда ЕС. Противостояние Франции и Суда ЕС из-за решения Суда по делу *French Fisheries I*³⁴ продолжалось более 14 (!) лет. При этом сама Комиссия признает, что даже самые жесткие санкции решают далеко не все. В 2015 г. на контроле у Комиссии было 7 дел, где исполнение так и не наступило даже после применения Судом ЕС финансовых санкций к государству-нарушителю³⁵.

Еще одним фактором, объясняющим неэффективность региональных судов, является крайняя непоследовательность африканских государств в вопросах участия в том или ином региональном объединении. Почти все они состоят как минимум в двух региональных объединениях (например, все восемь членов UEMOA являются также членами ECOWAS, из пяти государств-членов Восточноафриканского Сообщества (EAC) четыре состоят в COMESA, а еще одно (Танзания) является одновременно членом SADC).

Выводы

Отличительной особенностью региональных интеграционных объединений является во-первых передача государствами-членами властных полномочий институтам этих объединений, в том числе и в части принятия общеобязательных нормативных актов, регулирующих соответствующие правоотношения между всеми субъектами внутреннего права и применяемые при разрешении споров национальными судами. Именно эта особенность интеграционных объединений и отличает их от других форм межгосударственного экономического и политического сотрудничества, таких, как зоны свободной торговли (НАФТА, КАФТА, МЕРКОСУР), ВТО, Совет Европы, СНГ.

Во-вторых, основным критерием, который выделяют суды интеграционных объединений из остальных международных судов, является наличие свойственной только этим судам компетенции осуществлять судебный контроль за принимаемыми институтами интеграционных объединений нормативными актами общего характера, подлежащими применению в национальных правовых порядках государств-членов всеми субъектами права и национальными судами. Вместе с тем, суды интеграционных объединений создаются и действуют по тем же правилам, что и остальные международные

³³ См. подробно: *Alter K., Helfer L.* Nature or Nurture? Judicial Lawmaking in the European Court of Justice and the Andean Tribunal of Justice // *International Organization*. 2010. Vol. 64. P. 563–592.

³⁴ Case C-64/88, *Commission v. France*, [1991] ECR I-2727.

³⁵ 33rd Annual Report on monitoring the application of EU law. 2015. [COM(2016) 463]. P. 25–26.

суды, главное из которых можно сформулировать так: государства создают суды для достижения своих собственных целей и будут готовы работать с ним до тех пор, пока плюсы от такого сотрудничества перевешивают минусы.

В-третьих, опыт судов интеграционных объединений Латинской Америки и Африки показывает, что даже если государства выбрали для достижения своих целей региональную модель Суда ЕС при создании собственных судов, социальные, политические, экономические и правовые факторы могут привести к различным результатам эффективности этих судебных механизмов. Успех работы суда зависит от различных факторов, среди которых в первую очередь нужно упомянуть готовность государств и их национальных судов работать с международным судом, позицию самого суда, ее реализм, аргументированность, оценку последствий того или иного решения.

В-четвертых, сегодняшняя практика международных судов (суды интеграционных объединений в этом не исключение) показывает, что было бы верхом наивности уповать на то, что государства, подписав договор о создании суда, будут потом руководствоваться принципом *pacta sunt servanda* как при исполнении решений суда, так и при общей оценке его деятельности. Государства могут потерять интерес к суду или посчитать его деятельность слишком рискованной и обременительной для своих интересов и принять ответные меры в виде неисполнения его решений, ограничения юрисдикции суда или даже его закрытия. Принцип *pacta sunt servanda* не воспринимается сегодня как охранная грамота суда или индульгенция по отпущению всех его будущих грехов. И уж тем более нельзя исходить из того, что слова «интеграционный суд» сами по себе уже являются гарантией «светлого будущего» для конкретного суда.



Библиография

- Дорская А.А., Дорский А.А. Международные интеграционные организации и проблема формирования наднационального права // Юридическая наука. 2016. № 4. С. 105–110.
- Интеграционное правосудие: сущность и перспектива / отв. ред. С.Ю. Кашкин. М.: Норма, 2017. 112 с.
- Кашкин С.Ю., Четвериков А.О. Интеграционное правосудие в современном мире. Основные модели. М.: Норма, 2016. 112 с.
- Клемин А.В. Имиджевые эпитеты терминами не являются // Современная Европа. 2015. № 5. С. 141–154.
- Курбанов Р.А. Евразийское право: процессы формирования // Государство и право. 2015. № 9. С. 65–71.
- Рафалюк Е.Е., Залоило М.В., Власова Н.В. Понятия, виды и формы евразийского и латиноамериканского интеграционных объединений (сравнительно-правовой анализ) // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 154–168.
- Толстых В.Л. Международные суды и их практика. М.: Международные отношения, 2015. 504 с.
- Чиркин В.Е. Наднациональное право: основные особенности // Журнал российского права. 2017. № 2. С. 131–137.
- Alter K. The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. Princeton: Princeton University Press, 2014. 480 p.
- Alter K. et al. Backlash against International Courts in West, East and South Africa: Causes and Consequences // The European Journal of International Law. 2016. No. 2. P. 293–328.
- Kelsen H. Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution // The Journal of Politics. 1942. No.2. P. 183–200.
- Lokulo-Sodipe J. The Quest for a Supranational Entity in West Africa: Can Economic Community of West Africa Attain the Status? // Potchefstroom Electronic Law Journal. 2013. No. 3. P. 254–291.

Osiemo O. Lost in Translation: Role of African Regional Courts in Regional Integration // Legal Issues of Economic Integration. 2014. No. 1. P. 87–121.

The Oxford Handbook of International Adjudication / Romano C. et al., eds. Oxford: Oxford University Press, 2014. 975 p.

Wet E. de. The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa // ICSID Review. 2013. P. 1–19.

What Means Loud Term “Integration Unions” ?



Alexey Ispolinov

Associate Professor, Head, Department of International Law, Law Faculty, Lomonosov Moscow State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Vorobiovy Gory, Bldg. 13, Moscow 119991, Russia. E-mail: ispolinov@inbox.ru



Abstract

In the present article, author critically assesses the notion of “integration justice”, pointing out its methodological uncertainty existing in the scholar literature and resulting from the lack of clarity and common understanding of the meaning of definition of “Integration”. It is suggested to consider as intergovernmental integration entities as those whose institutions possess powers transferred from the member states to adopt legally binding rules of general application replacing domestic legislation in the mutually agreed fields. In this case, the courts of such intergovernmental integration entities form a specific subcategory of international courts because only these courts have a competence to review such normative acts of general application. That powers make such courts as a vital part of law-making process of integration entities like the functions performed by national constitutional courts. Existence of such powers to review normative acts of general application may transform these courts into politically powerful player influencing the process of integration. Creating such courts, the member states by default use the Euroasian Union Court of Justice as a model and very often simply copying its structure and competences. However, the practice of the courts of regional integration shows that in the majority of cases such courts failed to play any significant roles on the integration and it has a sense to take into account that just copying of the Euroasian Union Court of Justice at the level of states does not automatically lead to the success of any specific court. The conclusion of the author is that future of any specific courts largely depends not solely on the structure and competences of the court, but on the unpredictable and random combination of the political, economic and legal factors.



Keywords

integration justice, integration, international courts, Court of justice of the EU, court review, acts of general application, Court of the Eurasian Union.

Citation: Ispolinov A.S. (2017) What Means Loud Term “Integration Unions”? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 105 – 120 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.105.120



References

Alter K. (2014) *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton: Princeton University Press, 480 pp.

Alter K. et al. (2016) Backlash against International Courts in West, East and South Africa: Causes and Consequences. *The European Journal of International Law*, no 2, pp. 293–328.

Chirkin V.E. (2017) Nadnatsionalnoe pravo: osnovnye osobennosti [Supranational Law: Main Features]. *Zhurnal rossyiskogo prava*, no 2, pp. 131–137.

Dorskaya A.A., Dorski A.A. (2016) *Miezhdunarodnye integratsionnye organizatsii i problemy formirovaniya nadnatsionalnogo prava* [International Integration Bodies and Issues of Forming Supranational Law]. *Juridicheskaya nauka*, no 4, pp. 110–115.

Kashkin A.S. et al. (2017) *Integratsionnoe pravosudie* [Integration Justice]. Moscow: Norma, 112 p. (in Russian)

Kashkin A.S., Chetverikov A.O. (2016) *Integratsionnoe pravosudie v sovremennom mire: osnovnye modeli* [Integration Justice In the Modern World: Main Models]. Moscow: Norma, 110 p. (in Russian)

Kelsen H. (1942) The Judicial Review of Legislation. *The Journal of Politics*, no 2, pp. 183–200.

Klemin A.V. (2015) *Imagevye epitety terminami ne iavlyautsa* [Image Expressions are not Terms]. *Sovremennaya Evropa*, no 5, pp. 141–154.

Kurbanov R.A. (2015) *Evraziyskoe pravo: protsessy formirovaniya* [The Euroasian Law: Processes of Forming]. *Gosudarstvo i pravo*, no 9, pp. 65–71.

Loculo-Sodipe J. (2013) The Quest for a Supranational Entities in West Africa: Can Economic Community of West Africa Attain the Status? *Polchefstroom Electronic Law Journal*, no 3, pp. 254–291.

Osiemo O. (2014) Lost in Translation: Role of African Regional Courts in Regional Integration. *Legal Issues in Economic Integration*, no 1, pp. 87–121.

The Oxford Handbook of International Adjudication (2014). Oxford: OUP, 975 p.

Rafaluk E.E. et al. (2016) *Ponyatie, vidy i formy evraziyskogo i latinoamerikanskogo integratsionnykh objedineniy* [The Definitions and Forms of Euroasian and Latin American Integration Bodies]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 154–168.

Tolstykh V.L. (2015) *Miezdunarodnye sudy i ih praktika* [The International Courts and Their Practice]. Moscow: *Miezhdunarodnye otnosheniya*, 504 p. (in Russian)

Wet E. (2013) The Rise and Fall of Tribunal of South African Development Community: Implications for Dispute Settlement. *ICSID Review*, pp. 1–19.

Прецедентное право Европейского союза и его влияние на регулирование вопросов признания правосубъектности юридических лиц



А.С. Касаткина

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



И.Ф. Рудерман

преподаватель кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», юрист партнерства «Герберт Смит Фрихилз СНГ ЛЛП». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: irina.ruderman@hsf.com



Аннотация

На сегодняшний день Европейский союз столкнулся с трудностями, связанными с созданием единообразного механизма определения личного закона юридических лиц, т.е. единых коллизионных привязок к личному статусу компаний. Попытки осуществить сближение и гармонизацию национальных законодательств пока не увенчались успехом. Целью данного исследования является анализ положений, применяемых в странах Европейского союза, критериев определения личного закона юридических лиц, а также судебной практики, направленной на сближение, гармонизацию и нивелирование противоречий в различных системах права. В статье с помощью сравнительного метода исследования проведен детальный анализ норм международных договоров и прецедентного права Суда ЕС, регулирующих вопросы признания правосубъектности юридических лиц. Сделаны следующие выводы, сложившиеся в результате развития прецедентного права ЕС: перемещение как уставного, так и фактического места нахождения компании допускается по праву Европейского союза; учреждение компании в государстве с более либеральным корпоративным режимом не является злоупотреблением свободой учреждения, даже если это служит для обхода нормы другого государства-члена, в котором будет осуществляться вся деятельность компании; не является также злоупотреблением деятельность не по месту регистрации, а по месту нахождения филиала компании; принимающее государство обязано признавать, что иностранная компания действует на его территории, признавать ее правосубъектность, поэтому теория оседлости в данном случае не действует; принимающее государство не может запретить транснационального слияния и его регистрации в своем реестре, если таковая допускается при слиянии национальных компаний; компания может переместить уставное или фактическое местонахождение в другое государство без потери правосубъектности по праву государства создания; вопрос о возможности сохранения правоспособности и применимого права (государства создания) при перемещении в иностранное государство решается государством создания, которое вправе в таком случае запретить или ограничить такое перемещение; если же компания намеревается изменить применимое право и принять организационно-правовую форму компа-

нии, предусмотренной в принимающем государстве, государство создания не может запретить миграцию компании и обязать ее ликвидироваться при условии, что такая миграция допускается принимающим государством.



Ключевые слова

Европейский союз, международное частное право, юридическое лицо, компания, личный закон, правосубъектность, Суд Европейского союза, прецедентное право, теория оседлости, теория инкорпорации.

Библиографическое описание: Касаткина А.С., Рудерман И.Ф. Прецедентное право Европейского союза и его влияние на регулирование вопросов признания правосубъектности юридических лиц // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 121–135.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.121.135

На сегодняшний день Европейский союз (далее — ЕС) столкнулся со значительными трудностями при попытке сформировать единый механизм определения личного закона юридических лиц. Гармонизация и унификация материального права государств-членов в области корпоративного права, осуществляемая посредством вторичного регулирования, в настоящее время фрагментарно затрагивает лишь отдельные коллизионные вопросы вопросы перенесения места нахождения компаний. Тем не менее, как правило, эти нормативные документы либо направлены на регулирование отдельных организационно-правовых форм компаний (Европейская компания¹, Европейский кооператив²), либо касаются специализированных вопросов (например, трансграничные слияния).

Существует несколько вариантов реализации трансграничного учреждения юридических лиц в рамках ЕС. Любое появление иностранных компаний на рынках других

¹ На территории ЕС может быть создано юридическое лицо в форме Европейского публичного общества с ограниченной ответственностью (*Societas Europaea*) на условиях и в порядке, установленных Регламентом ЕС № 2157/2001 «О статуте Европейской компании» от 8.10. 2001. Текст Регламента: Журнал международного частного права. 2003. № 4. С. 30–60. См. также: *Осинов Д.Б.* О статуте Европейской компании // Журнал международного частного права. 2003. № 4. С. 17–24; *Он же.* Развитие права компаний и налогового права ЕС после принятия Статута Европейской компании // Журнал международного частного права. 2004. № 4. С. 11–24; *Он же.* Европейская компания: десятилетие регулирования и практики // Журнал международного частного права. 2012. № 3. С. 19–30; *Юрьев М.Е.* Новая организационно-правовая форма юридического лица по праву Европейского союза в банковской сфере // Банковское право. 2006. № 5. С. 56–59; *Хансон Е.* Дискуссия в немецком праве о введении нового юридического лица — единого европейского общества с ограниченной ответственностью // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 3. С. 86–91; *Andenas M., Wooldridge F.* *European Comparative Company Law.* Cambridge, 2012; *Grundmann S.* *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets.* Antwerp, 2012; *Hirte H., Teichmann C.* *The European Private Company — Societas Privata Europaea* // *European Company and Financial Law Review.* 2012. Vol. 3.

² На территории ЕС может быть создан кооператив в форме Европейского кооператива (*Societas Cooperativa Europaea*) на условиях и в порядке, установленных Регламентом ЕС № 1435/2003 «О статуте Европейского кооператива» от 22.07.2003. Текст Регламента: Журнал международного частного права. 2004. № 4. С. 36–66; 2005. № 1. С. 87–99. См. также: *Кондратьев А.В.* Категория юридического лица в праве Европейского союза // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 3. С. 61.

стран неизбежно влечет за собой возникновение коллизивно-правовых вопросов, связанных с определением права, применимого к таким компаниям. Приходится констатировать: несмотря на то, что учреждение ЕС имело целью экономическую интеграцию государств и создание единого рынка, государства-члены по-прежнему применяют различные коллизивные критерии в части регламентации правового статуса иностранных компаний. Так, в рамках ЕС представлены два основных подхода к определению личного закона юридических лиц: теория инкорпорации и теория оседлости. Теория инкорпорации предполагает, что применимым к компании правом будет право государства, где она инкорпорирована (уставное место нахождения), независимо от того, где находится ее фактическое место нахождения (штаб-квартира). Теория оседлости, в свою очередь, на первое место выдвигает именно фактическое место нахождения как критерий определения применимого к компании права, требуя, как правило, при этом, чтобы фактическое и уставное места нахождения совпадали. Из этого следует, что теория оседлости, на основе которой государства требуют ликвидации мигрирующей компании (в результате чего она теряет правосубъектность в этом государстве), а также не признают правосубъектности мигрирующих к ним иностранных компаний, фактически препятствует реализации свободы учреждения.

Огромное влияние на гармонизацию и унификацию европейского регулирования коллизивных подходов к определению личного закона юридических лиц, перемещения их места нахождения оказала деятельность Суда Европейского союза (далее — Суд, Суд ЕС), который играет особую роль в прудоцессах европейской интеграции. Так, в одном из решений Суд указал, что ограничения, вытекающие из различий принципов корпоративного права в отношении переноса места нахождения компаний, не могут быть преодолены в рамках Договора о функционировании Европейского союза (далее — ДФЕС)³, и обозначил необходимость принятия специальных законодательных мер в этом направлении⁴. Начиная с дела *DailyMail*, подход Суда ЕС к свободе учреждения значительно изменился. Его решения, посвященные вопросам фактического перемещения компаний, уточнили и расширили содержание свободы учреждения, а также сократили влияние теории оседлости, хотя и не привели к ее полному преодолению.

DailyMail

В деле *DailyMail* компания из Великобритании намеревалась перенести свое фактическое место нахождения в Нидерланды с целью обойти некоторые положения британского налогового права. Однако согласие британского Министерства финансов на осуществление такой процедуры не было получено.

Решение Суда ЕС. Прежде всего Суд указал, что компании вправе осуществлять право на свободное учреждение посредством учреждения филиалов, агентств, дочерних компаний. Однако в отличие от физических лиц компании существуют только на основании правовой системы, которая регулирует их создание и их деятельность. Также Суд отметил, что ст. 54 ДФЕС рассматривает уставное место нахождения, штаб-квартиру и главное отделение в качестве равноценных привязок, поэтому государства

³ Договор о функционировании Европейского союза является изменением Договора об учреждении Европейского экономического сообщества. Договор о функционировании Европейского союза (Рим, 25.03.1957) (действует в редакции Лиссабонского договора 2007 г.).

⁴ Дело 81/87 *The Queen vs. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte DailyMail and General Trust plc.* [1988].

могут по-своему решать вопрос, какой из привязок отдавать предпочтение. Некоторые государства устанавливают необходимость совпадения реального и уставного местонахождения, из-за чего перенос фактического места нахождения становится невозможным. Другие (в том числе и Великобритания) допускают такое перенесение, устанавливая при этом определенные ограничения. Государства-члены вправе самостоятельно запретить миграцию компаний в иностранное государство или ввести определенные ограничения. Следовательно, Суд не признал прямого действия статей 49, 54 ДФЕС, а национальные законы, запрещающие компаниям покидать свое государство, по сути, получили верховенство над положениями ДФЕС⁵. Кроме того, решение *DailyMail* было истолковано некоторыми государствами-членами как одобрение теории оседлости⁶.

Centros⁷

В решении по делу *Centros* Суд ЕС рассматривал правомерность отказа датского Министерства торговли разрешить регистрацию в Дании филиала компании *Centros Ltd.* (учрежденной в Великобритании датскими гражданами, проживающими в Дании) ввиду отсутствия в британском законодательстве требований о минимальном размере уставного капитала, благодаря чему учредители компании пытались обойти соответствующие положения датского законодательства об уплате минимального размера уставного капитала. По мнению датского Министерства, в связи с тем что компания не осуществляла деятельности в Великобритании, она собиралась создать в Дании не филиал (вторичное учреждение), а осуществить первичное учреждение.

Решение Суда ЕС. Суд указал, что в соответствии с положениями ДФЕС о свободе учреждения государства не могут отказывать в регистрации филиала компании, созданной в иностранном государстве, в котором эта компания имеет место нахождения. Учреждение компании в государстве с более либеральным корпоративным режимом и открытие ее филиалов в других государствах не является злоупотреблением свободой учреждения. Не является также злоупотреблением осуществление деятельности не по месту регистрации, а по месту нахождения филиала компании. Таким образом, в данном деле Суд исходил из презумпции того, что ст. 49 и 54 ДФЕС имеют прямое действие — точка зрения, прямо противоположная принятой по делу *DailyMail*. Дан-

⁵ Дубровицкая Е.А. Европейское корпоративное право. М., 2008. С. 45.

⁶ Критерий оседлости (место нахождения административного центра). В соответствии с данным критерием, личным законом (статутом) компании является право страны, где находится ее административный центр управления (головной офис). При этом под местом нахождения административного центра может подразумеваться как «статутарная» (формальная) оседлость, т.е. место нахождения, указанное в уставных документах, так и «эффективная» (реальная) оседлость, которая учитывает место фактического пребывания административного центра. Страны, придерживающиеся данной теории, как правило, требуют, чтобы адрес нахождения головного офиса и адрес уставного (официального) местонахождения компании совпадали. Более подробно см.: *Асосков А.В.* Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003; *Ертылева Н.Ю., Клевченкова М.Н.* Правовой режим функционирования юридических лиц в Европейском союзе / Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт. М., 2012. С. 12–49; *Кулешова И.А.* Коллизионный и материально-правовой методы регулирования юридических лиц в международном частном праве // *Международное публичное и частное право.* 2008. № 4. С. 29–31; *Behrens P.* From «Real seat» to «Legal Seat»: Germany's Private International Company Law Revolution / *Resolving International Conflicts.* Budapest, 2009. P. 45–56.

⁷ Дело 212/97 *Centros Ltd vs. Erhvervsog Selskabsstyrelsen* [1999].

ное решение вызвало множество споров на предмет совместимости теории оседлости с европейским правом⁸.

Überseering⁹

Нидерландская компания Überseering заключила договор о санировании принадлежащих ей зданий в Дюссельдорфе. В дальнейшем доли в компании были приобретены двумя немецкими гражданами из Дюссельдорфа. Компания предъявила иск к контрагенту ввиду ненадлежащего исполнения обязательства, однако в рассмотрении иска было отказано. Германские суды обосновали это следующим образом: в результате приобретения долей в компании немецкими гражданами с 1994 г. вся ее деятельность управлялась из Германии, следовательно, общество перенесло фактическое место нахождения в Германию. Правосубъектность компании, приобретенная в Голландии, не признается, так как фактическое место нахождения находится не в Голландии, следовательно, компания не имеет правосубъектности и у нее отсутствует гражданско-процессуальная правоспособность.

Решение Суда ЕС. По мнению Суда ЕС, непризнание правосубъектности иностранных компаний противоречит свободе перемещения, установленной ДФЕС. Правоспособность компании должна определяться по праву государства ее создания, следовательно, в Германии данная компания должна была признаваться как компания нидерландского права, а не как германское юридическое лицо, поэтому Германия обязана признать правоспособность компании. Другими словами, свобода учреждения обязывает принимающее государство признавать правоспособность, полученную в государстве учреждения. Нужно отметить, что некоторые авторы считают, что таким решением Суд признал необходимость применения теории инкорпорации¹⁰. Отрицание свободы учреждения не может быть оправдано даже необходимостью защиты кредиторов или участников компании. «Суд не согласился с мнением, что сохранение правосубъектности компании при переносе фактического места нахождения может быть обеспечено лишь путем заключения международного соглашения»¹¹. Осуществление свободы учреждения не зависит от заключения подобных соглашений.

Суд также отметил, что компания, учрежденная в соответствии с законодательством одного из государств-участников, может переместить уставное или фактическое местонахождение в другое государство без потери правосубъектности по праву государства создания. При этом государство создания может ограничить (например, получение одобрений некоторых государственных органов) право компании на сохранение правосубъектности в этом государстве при перемещении в иностранное государство фактического места нахождения компании с целью предотвращения возможных нарушений прав заинтересованных лиц. Данные требования должны быть соразмерными

⁸ *Navez E.-J.* La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E.: qu'attend encore le législateur pour mettre en œuvre cette prérogative? // note sous CJUE, 12 juillet 2012, VALE, aff. C-378-10 // *Revue pratique des sociétés*, 2013.

⁹ Дело 208/00 *Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002].

¹⁰ *Azencot M.* Le transfert international de siège social // Université Panthéon-Assas // Thèse de doctorat. — décembre 2011 [Электронный ресурс] : // URL: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ae00c60b-a69a-48d8-9776-91e046e3e67e> (дата обращения: 24.06.2017)

¹¹ *Дубровицкая Е.А.* Указ. соч. С. 47.

и оправданными публичными интересами. Суд, таким образом, подтвердил позицию, сформулированную в решении *DailyMail*¹².

Inspire Art¹³

Компания «InspireArtLtd» была учреждена в Великобритании, осуществляла деятельность в Нидерландах через филиал в Амстердаме и была зарегистрирована в связи с этим в торговом реестре Нидерландов. Директор компании, имеющий право действовать от ее имени, был также домицилирован в Нидерландах. Амстердамская торгово-промышленная палата потребовала от английской компании «InspireArtLtd.» зарегистрироваться в качестве «формально иностранной компании». Согласно нидерландскому праву, компании, созданные за границей, которые фактически осуществляют всю деятельность в Нидерландах и не имеют реальной связи с государством создания, являются «формально иностранными компаниями», что имеет ряд юридических последствий. В частности, такие компании должны выполнить ряд требований, касающихся их регистрации в реестре. Компания должна указывать в деловой корреспонденции, что она является формально иностранной компанией, она должна подтверждать наличие минимального уставного капитала, соответствующего минимальному капиталу нидерландского ООО, а также ряд других требований, связанных с порядком составления и опубликования финансовой отчетности. Суд Нидерландов, рассматривавший данное дело, обратился в Суд ЕС с запросом, в котором обозначены следующие вопросы:

Противоречат ли указанные положения законодательства ст.43 и 48 ЕС о свободе учреждения? Можно ли интерпретировать положения данных статей как запрещающие Нидерландам вводить дополнительные требования к учреждению в Нидерландах «формально иностранной компании», т.е. учрежденной в Великобритании лишь с одной целью — обойти более строгие положения законодательства Нидерландов по учреждению компании и оплате уставного капитала, и извлечения преимуществ из более либерального корпоративного режима Великобритании?

С точки зрения Торгово-промышленной палаты, правосубъектность компаний не отрицается и им не отказывается в регистрации, поэтому здесь нет ограничения свободы учреждения. В Нидерландах к иностранным компаниям, намеревающимся осуществлять деятельность в Нидерландах, применяется теория инкорпорации, имеющая весьма либеральный характер, но с одним ограничением: законом предусматриваются дополнительные требования к деятельности таких компаний. Также сторона ссылается на то, что из дела *DailyMail* следует, что государства вправе определять коллизионные правила, подчиняющее компанию национальному правопорядку. Нидерландский законодатель придает значение месту, где компания фактически осуществляет деятельность в дополнение к критерию места инкорпорации. Указывается, что открытие филиала формально иностранными компаниями не подпадает под действие принципа свободы первичного учреждения. Если компания никогда фактически не функционировала в государстве создания, ее фактическую деятельность в другом государстве нельзя рассматривать как деятельность через филиал, поскольку с переносом центра деятельности в другое государство деятельность в этом государстве следует рассматривать как первичное учреж-

¹² Дело 81/87 *The Queen vs. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte DailyMail and General Trust plc.* [1988]; *Case 208/00 Überseering BV vs. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* [2002].

¹³ Дело 167/01 *Kamer van Koophandelen Fabriekenvoor Amsterdam vs. Inspire Art Ltd* [2003].

дение. Компания, со своей стороны, отмечает: хотя в Нидерландах применяется теория инкорпорации, законодатель пытается подвергнуть сомнению учреждение компаний по иностранному праву, объявляя голландское право применимым в данной ситуации, из чего следует, что данное законодательство применяет фактически теорию оседлости.

Решение Суда ЕС. Во-первых, суд указал, что «формально иностранные компании» подпадают под сферу действия ст. 49, 54 ДФЕС, поскольку с точки зрения свободы учреждения неважно, что компания была учреждена в одном государстве только чтобы впоследствии быть зарегистрированной во втором государстве, где фактически осуществляется вся ее деятельность. Также не имеют значения причины, по которым она решила это сделать. Создание компании в государстве с либеральным корпоративным режимом не является злоупотреблением, даже если это служит для обхода нормы другого государства-члена, в котором будет впоследствии осуществляться вся деятельность компании. Суд подтвердил позицию, изложенную им в деле *Centros*¹⁴. Во-вторых, Суд указал, что положения нидерландского закона о формально иностранных компаниях ограничивают свободу учреждения, закрепленную в ст. 49, 54 ДФЕС, поскольку нормы нидерландского законодательства о минимальном уставном капитале и ответственности директора применяются императивно к иностранным компаниям, когда они осуществляют всю свою деятельность в Нидерландах. В-третьих, Суд пришел к выводу, что ст. 49 и 54 ДФЕС запрещают национальному законодательству вводить дополнительные требования к осуществлению свободы вторичного учреждения иностранными компаниями, предусмотренные для отечественных компаний. Доктрина *DailyMail* в данном случае неприменима, поскольку в этом деле идет об отношениях между компанией и государством создания, и компания намеревалась переместить фактическое место нахождения в другое государство, сохраняя правоспособность в государстве создания, а в настоящем деле речь идет об отношениях между компанией и принимающим государством.

Sevic¹⁵

В данном деле два акционерных общества немецкое «SEVIC Systems» и люксембургское «Security Vision» заключили договор о слиянии (путем присоединения), согласно которому «Security Vision» прекращалось без ликвидации, а его имущество переходило к «Sevic». Компания «Sevic» подала в немецкий суд заявление о регистрации слияния компаний, однако немецкий суд отклонил данное заявление на том основании, что в немецком законодательстве предусмотрено лишь слияние немецких компаний. Данное дело было обжаловано в вышестоящий суд, который направил в Суд ЕС преюдициальный вопрос о том, противоречат ли нормы немецкого законодательства положениям ст. 49, 54 ДФЕС.

Решение Суда ЕС. Суд в своем решении отметил, что под действие ст. 49, 54 ДФЕС подпадают любые меры, которые обеспечивают или облегчают доступ в другое государство-член и осуществление там хозяйственной деятельности. Транснациональные слияния, равно как и другие формы реорганизации, отвечают потребностям компаний в сотрудничестве и реструктуризации. По этой причине они представляют собой особый, важный для функционирования внутреннего рынка способ осуществления свободы учреждения. Суд указал, что немецкое право ставит компании в неравное по-

¹⁴ Дубровицкая Е.А. Указ. соч. С. 45.

¹⁵ Дело 411/03 Sevic Systems AG [2005].

ложение в зависимости от их национальной принадлежности: оно разрешает слияние только немецких компаний и не дает компаниям возможности осуществить слияние, если хотя бы одна из них имеет свое место нахождения за границей. Данное обстоятельство способно удержать компании от использования прав, гарантированных им Договором о Европейском союзе (далее — ДЕС)¹⁶, и поэтому представляет собой ограничение свободы учреждения.

Также Суд отклонил довод, что необходимой предпосылкой транснациональных слияний является гармонизация права государств-членов с помощью соответствующей директивы. По мнению Суда, возможность транснациональных слияний вытекает из положений ст. 49, 54 ДФЕС. Не исключено, что национальные ограничения в данной сфере при определенных обстоятельствах могут быть оправданы императивными общественными интересами, такими как защита интересов кредиторов, миноритарных акционеров и работников, а также обеспечение эффективного налогового контроля и добросовестного торгового оборота. Абсолютный запрет транснациональных слияний выходит, однако, за пределы необходимого для осуществления данных целей и противоречит ст. 49, 54 ДФЕС.

Государство не может запретить регистрацию в национальном реестре слияния без ликвидации одной компании и перенесения ее имущества в другую компанию, когда одна из этих компаний учреждена в другом государстве, если такая регистрация допускается при слиянии двух национальных компаний. В литературе отмечается, что, во-первых, это дело можно назвать логически продолжением решений по делам *Centros* и *InspireArt*. Во-вторых, данное дело можно рассматривать с точки зрения перемещения компаний, в таком случае перемещавшейся компанией была *Security Vision*, покинувшая территорию Люксембурга и присоединившаяся к *Sevic Systems*. В деле правомерность слияния определялась с точки зрения Германии, т.е. принимающего государства. Поэтому данное дело можно поставить в один ряд с решениями *Centros* и *Überseering*, касающимися признания иностранных компаний¹⁷. Кстати, к такому же выводу пришел Суд ЕС и позднее (в решении *Cartesio*), в котором он отметил, что дело *Sevic* касается признания государством создания юридического лица операции, осуществленной компанией в другом государстве посредством транснационального слияния. Это является ситуацией, абсолютно отличающейся от обстоятельств дела *DailyMail*, но схожей с обстоятельствами дела *Centros*, *Überseering* и *InspireArt* (п.122)¹⁸.

Стоит отметить, что двумя днями позже (15.12.2005) вступила в силу Директива о транснациональном слиянии (Десятая директива)¹⁹. Поскольку данная Директива распространяется только на слияния хозяйственных обществ, в литературе отмечается, что решение *Sevic* может сохранить значение, поскольку распространяется на все компании и оставляет более широкие возможности реализации свободы учреждения. Кроме того, из решения *Sevic* можно сделать вывод о допустимости любых форм транснациональной реорганизации, в частности транснациональных разделений и преобразований²⁰.

¹⁶ Договор о Европейском союзе (Маастрихт, 7.02.1992) (в ред. Лиссабонского договора 2007 г.).

¹⁷ Дубровицкая Е.А. Указ. соч. С. 45.

¹⁸ Дело 210/06 *Cartesio* [2008].

¹⁹ Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies. Текст Директивы: Вестник ЕС № L 310. P. 1.

²⁰ Дубровицкая Е.А. Указ. соч. С. 49.

Cartesio

В деле *Cartesio* Суд исследовал вопрос перенесения фактического места нахождения венгерского товарищества с ограниченной ответственностью Cartesio в Италию при сохранении деятельности венгерской компании на территории Венгрии (сохранении правосубъектности компании) без изменения применимого к ней права. Запрос на регистрацию перемещения был отклонен венгерской регистрационной палатой на том основании, что, согласно венгерскому праву, место нахождения компании определяется по месту нахождения ее центральной администрации (теория оседлости), соответственно, компания, учрежденная в Венгрии, не может переместить свое место нахождения за границу, сохраняя в качестве применимого права венгерское право. Такое перенесение обязательно предполагает ликвидацию компании в Венгрии и ее реинкорпорацию в соответствии с правом государства, куда она намеревается переместить свое местонахождение.

Венгерский суд обратился в Суд ЕС с запросом, подпадает ли перенесение места нахождения созданной в Венгрии компании в другое государство ЕС под действие европейского права и имеют ли в данном случае ст. 49, 54 ДФЕС прямое действие; может ли государство создания или принимающее государство ограничивать подобный перенос; соответствуют ли европейскому праву национальное законодательство или практика, запрещающая венгерскому торговому товариществу переносить свое местонахождение в другое государство ЕС без предварительной ликвидации компании в Венгрии и внесения записи о перенесении места нахождения в венгерский реестр компаний. Венгерский суд ссылается, в частности, на решение *DailyMail*, в соответствии с которым свобода учреждения не включает в себя право компании, учрежденной по праву одного государства и зарегистрированной там, перемещать свое фактическое местонахождение в другое государство при сохранении правосубъектности и национальности, эту возможность им предоставляют компетентные органы государства создания.

Решение Суда ЕС. Суд указал, что государство имеет право определять коллизионную привязку к деятельности компании, если она учреждена в соответствии с правом этого государства, и, как следствие, компетентно определять, может ли компания сохранить свою правосубъектность, приобретенную в этом государстве. Это право включает возможность запрета сохранения правосубъектности компании, которая намеревается реорганизовать себя в другом государстве посредством перенесения места нахождения в это государство, прекращая тем самым действие коллизионной привязки, обуславливающей связь с государством своей инкорпорации.

Нужно различать ситуацию, когда переносится место нахождения компании без изменения применимого к компании права и когда переносится место нахождения компании с изменением применимого права, так как в последней ситуации компания преобразовывается в одну из организационно-правовых форм принимающего государства. В последнем случае (перенос места нахождения со сменой применимого права), государство создания не может запретить компании, намеревающейся сменить «национальность» и применимое право, преобразоваться в компанию иностранного права при условии, что принимающее государство допускает такое перемещение без ликвидации.

Далее Суд указывает, что компания *Cartesio* намеревается перенести фактическое место нахождения из Венгрии в Италию, сохраняя при этом правосубъектность компании в Венгрии и не изменяя применимого к ней права. В таком случае государство создания вправе запретить перемещение фактического места нахождения при сохранении

правосубъектности и применимого права. Другими словами, Суд пришел к выводу, что государство создания вправе не допускать фактического перемещения места нахождения компании, учрежденной по законодательству этого государства, в другое государство, если компания просит сохранить ее правосубъектность и применимое право в этом государстве, что не противоречит ст. 49 и 54 ДФЕС. Суд подтвердил тем самым выводы из решения *DailyMail*. Однако если компания намеревается перенести свое местонахождения, сменив тем самым применимое право и не сохраняя правосубъектности, государство не может препятствовать реализации ею такого права, в противном случае это будет признано ограничением свободы учреждения.

В данном деле Суд ЕС очертил границы усмотрения государства создания, указав, что государство создания обязано с точки зрения права ЕС разрешить эмиграцию юридического лица, созданного по своему закону. У него есть возможность определить, может ли юридическое лицо помимо этого сохранить правосубъектность по национальному праву данного государства. Однако остался открытым вопрос, можно ли интерпретировать п. 112 решения как допускающий возможность принимающего государства препятствовать трансграничным преобразованиям иностранных компаний в компании своего внутреннего права.

VALE Építési Kft²¹

Это последнее дело в рамках серии дел Суда ЕС о перемещении места нахождения компаний. Согласно фабуле дела, итальянская компания VALE COSTRUZIONI S.r.l. была зарегистрирована и внесена в реестр компаний в Риме. Компания обратилась в уполномоченный орган с просьбой об исключении ее из реестра в связи с тем, что она намеревалась переместить место нахождения и бизнес в Венгрию и прекратить деятельность в Италии. Вместо открытия филиала в Венгрии или сохранения итальянской компании с переносом административного центра в Венгрию, компания приняла решение полностью прекратить деятельность в Италии и преобразоваться в одну из венгерских организационно-правовых форм. Итальянские публичные органы допустили миграцию компании и исключили компанию из итальянского торгового реестра, в котором значилось, что компания переместила место нахождения в Венгрию. Другими словами, в данном деле идет речь о перемещении уставного и фактического мест нахождения.

После исключения компании из реестра директор VALE COSTRUZIONI S.r.l. и другое физическое лицо приняли новый устав компании VALE ÉpítésiKft. (общество с ограниченной ответственностью, предусмотренное венгерским правом). Представитель VALE ÉpítésiKft. просил венгерский коммерческий суд зарегистрировать компанию в венгерском торговом реестре, обозначив при этом, что VALE COSTRUZIONI является правопродшественником VALE ÉpítésiKft. Однако суд отказал в исполнении запроса на основании того, что компания, которая была инкорпорирована и зарегистрирована в Италии, с точки зрения венгерского права не может перенести место нахождения в Венгрию и не может быть зарегистрирована венгерским судом как правопродшественница венгерской компании. Верховный суд Венгрии, пересматривающий дело, обратился в Суд ЕС с вопросом, соответствует ли венгерское законодательство, которое допускает преобразование венгерских компаний, но препятствует преобразованию иностранных компаний в венгерские, принципу свободы учреждения. В частности, Верховный суд Венгрии пытается

²¹ C-378/10 — VALE Építési [2012].

выяснить, может ли государство-участник отказать в регистрации компании, имеющей правопреемственность, происходящего из другого государства-участника.

Решение Суда ЕС. Суд прежде всего отмечает, что в отсутствие унифицированного понятия компаний в праве ЕС компании могут существовать только на основании национального законодательства, которое регулирует их инкорпорацию и функционирование. Поэтому в контексте транснациональных преобразований, принимающее государство может определить национальный закон, применимый к таким операциям и применить положения национального закона к преобразованиям национальных компаний, которые регулируют вопросы инкорпорации и функционирования компаний.

Суд полагает, что, предоставляя право преобразования лишь тем компаниям, которые уже имеют место нахождения в Венгрии, законодатель Венгрии подходит дифференцированно к регулированию компаний в зависимости от того, является ли перемещение по своей природе внутренним или трансграничным. Однако учитывая, что дифференцированный подход ограничивает компании, имеющие местонахождения в другом государстве, в осуществлении свободы учреждения, он является собой необоснованное ограничение данной свободы.

Далее Суд отмечает, во-первых, что трансграничное преобразование предполагает последовательное применение двух национальных законодательств к данной процедуре. Во-вторых, специальные правила, которые могут заменить национальные положения, не могут быть выведены из ст. 49 и 54 ДФЕС. При таких обстоятельствах положения национальных законодательств должны применяться в соответствии с принципами эквивалентности и эффективности, направленными на обеспечение прав, которые предоставлены лицам правом ЕС.

Суд указывает, что когда государство-участник предусматривает в контексте внутреннего перемещения строгую юридическую и экономическую преемственность между компанией-правопреемником, запросившей перемещение, и между компанией-правопреемником, такое требование может быть также предъявлено в контексте трансграничного перемещения. Однако Суд замечает, что право ЕС запрещает компетентным органам государства-участника отказывать при трансграничном перемещении во внесении в реестр компании из другого государства-участника в качестве правопреемника переместившейся компании, если такая запись вносится в реестр в рамках внутренних перемещений. Также Суд указал, что при рассмотрении заявления компании на регистрацию публичные органы принимающего государства должны принимать во внимание документы, полученные от государства происхождения компании, что компания выполнила все требования законодательства этого государства.

Значение данного дела состоит в решении вопроса, который остался открытым после дела *Cartesio*. Суд на этот раз уточнил, может ли принимающее государство позволить компании, сохраняющей правосубъектность, поменять применимое право при перемещении своего места нахождения в другое государство, чтобы адаптироваться к организационно-правовым формам компаний, которые там существуют. Суд ответил положительно на этот вопрос, подтвердив свои выводы из решений *Sevic* и *Cartesio*. Тем не менее в литературе отмечается, что Суд оставил открытым вопрос, может ли принимающее государство, которое применяет критерий оседлости, запретить перемещение уставного места нахождения компании, если эта компания не переносит одновременно фактическое место нахождения в принимающее государство²².

²² Vermeylen J. Arret «VALE Epitesi»: la mobilite transfrontalietre du sige est-elle un droit? // Journal de droit europeen. 2012. № 9. P. 276–278.

Выводы

Хотя учреждение ЕС имело целью экономическую интеграцию государств и создание единого рынка, государства-члены по-прежнему применяют различные коллизионные критерии в части регламентации правового статуса иностранных компаний. Так, в рамках ЕС применяются два основных подхода к определению личного закона юридических лиц: теория инкорпорации и теория оседлости. Если теория инкорпорации предполагает, что применимым к компании правом будет право государства, где она инкорпорирована (уставное место нахождения), независимо от того, где находится ее фактическое местонахождение (штаб-квартира), то теория оседлости, в свою очередь, на первое место выдвигает именно фактическое место нахождения как критерий определения применимого к компании права, требуя, как правило, при этом, чтобы фактическое и уставное места нахождения совпадали. Из этого следует, что теория оседлости, на основании которой государства требуют ликвидации мигрирующей компании, в результате чего она утрачивает правосубъектность в этом государстве, а также не признают правосубъектности мигрирующих к ним иностранных компаний, фактически препятствует реализации свободы учреждения.

Тем не менее развитие прецедентного права Суда ЕС изменило подходы государств к вопросам коллизионного регулирования юридических лиц, сократив случаи непризнания правосубъектности юридических лиц при перенесении ими места нахождения в другое государство. Принимающее государство *a priori* не может отказать в признании правосубъектности иностранных юридических лиц, однако государство создания имеет право препятствовать перемещению юридическим лицом своего фактического места нахождения в иностранное государство, если компании намереваются сохранить правосубъектность и применимое право в этом государстве. Свобода учреждения может быть полноценно обеспечена только тогда, когда компаниям будет гарантировано сохранение правосубъектности в результате осуществления процедуры перенесения места нахождения, в противном случае эта свобода теряет смысл.

Итак, прецедентное право Суда ЕС позволило значительно расширить рамки принципа свободы учреждения, которые пока существуют ввиду различных подходов участников ЕС к коллизионному регулированию юридических лиц, в частности сократить случаи непризнания правосубъектности юридических лиц при перенесении места нахождения компаний. Сделаем выводы из ситуации, сложившейся в результате развития прецедентного права ЕС:

перемещение как уставного, так и фактического местонахождения компании допускается по праву ЕС;

учреждение компании в государстве с более либеральным корпоративным режимом не является злоупотреблением свободой учреждения, даже если это служит для обхода нормы другого государства-члена, в котором будет осуществляться вся деятельность компании;

не является также злоупотреблением деятельность не по месту регистрации, а по месту нахождения филиала компании;

принимающее государство обязано признавать, что иностранная компания функционирует на его территории, признавать ее правосубъектность. Теория оседлости в данном случае не действует;

принимающее государство не может запретить транснационального слияния и его регистрации в своем реестре, если такая регистрация допускается при слиянии национальных компаний;

компания может переместить уставное или фактическое место нахождения в другое государство без потери правосубъектности по праву государства создания;

вопрос о возможности сохранения правоспособности и применимого к компании права (государства создания) при перемещении в иностранное государство решается самим государством создания, которое вправе в таком случае запретить или ограничить такое перемещение;

если же компания намеревается изменить применимое право и принять организационно-правовую форму компании, предусмотренной в принимающем государстве, государство создания не может запретить миграцию компании и обязать ее ликвидироваться при условии, что такая миграция допускается принимающим государством.

Дальнейшему развитию права ЕС в отношении коллизионного регулирования личного закона юридических лиц и перенесения их фактического места нахождения может способствовать отказ Суда ЕС от доктрины *DailyMail*. В отношении вопроса о переносе уставного места нахождения существует необходимость в принятии специальной директивы. В целом свобода учреждения компаний будет гарантирована только тогда, когда все компании смогут свободно переносить уставное и фактическое места нахождения из одного государства в другое.



Библиография

Асосков А.В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М.: Статут, 2003. 219 с.

Дубровицкая Е.А. Европейское корпоративное право. М.: Волтерс Клувер, 2008. 261 с.

Ерпылева Н.Ю., Клевченкова М.Н. Правовой режим функционирования юридических лиц в Европейском союзе / Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт / под ред. Р.А. Адельханяна. М.: Статут, 2012. С. 12–49.

Кондратьев А.В. Категория юридического лица в праве Европейского союза // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 3. С. 52–63.

Кулешова И.А. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования юридических лиц в международном частном праве // Международное публичное и частное право. 2008. № 4. С. 29–31.

Осипов Д. Европейская компания: десятилетие регулирования и практики // Журнал международного частного права. 2012. № 3. С. 19–30.

Ханссон Е. Дискуссия в немецком праве о введении нового юридического лица — единого европейского общества с ограниченной ответственностью // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2012. № 3. С. 86–91.

Юрьев М.Е. Новая организационно-правовая форма юридического лица по праву Европейского союза в банковской сфере // Банковское право. 2006. № 5. С. 56–60.

Andenas M., Wooldridge F. *European Comparative Company Law*. Cambridge, 2012. Pp. 447–453.

Azencot M. *Le transfert international de siège social*. Thèse de doctorat. 2011. URL: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/ae00c60b-a69a-48d8-9776-91e046e3e67e> (дата обращения: 24.06.2017)

Behrens P. *From Real Seat to Legal Seat: Germany's Private International Company Law Revolution / Resolving International Conflicts*. Budapest, 2009. P. 45–66.

Grundmann S. *European Company Law: Organization, Finance and Capital Markets*. Antwerp, 2012. 984 p.

Hirte H. et al. *European Private Company* // *European Company and Financial Law Review*. 2012. Vol. 3. 508 p.

Navez E.-J. La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E.: qu'attend encore le législateur pour mettre en œuvre cette prérogative... // *Revue pratique des sociétés*. 2013. P. 243–270.

Vermeylen J. Arrêt «VALE Epitesi»: la mobilité transfrontalière du siège est-elle un droit? // *Journal de droit européen*. 2012. No 9.P. 276–280.

Case Law of European Union and its Impact on the Regulation of Recognizing Legal Capacity of Legal Persons



Alexandra Kasatkina

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



Irina Ruderman

Lecturer, Department of Public and Private International Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics; Lawyer, Partnership, Herbert Smith Freihils CIS LLP. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irina.ruderman@hsf.com



Abstract

Nowadays, the European Union has faced significant difficulties associated with the creation of a uniform mechanism for determining the personal law (Statute) of legal entities, i.e. single collision bindings to the personal statutes of companies. Attempts to achieve convergence and harmonization of national legislations in this matter have not yet been crowned with success. The purpose of this study is to analyze the provisions applied in the countries of the Union, the criteria for determining the personal law of legal persons, as well as judicial practice aimed at the gradual approximation, harmonization and leveling of contradictions in various legal systems. In the article, using a comparative method of research, a detailed analysis of the norms of international treaties and the case law of the Court of the European Union regulating the recognition of legal personality of legal persons was carried out. The following conclusions are drawn as a result of the development of the case law of the Union: the movement of both the statutory and actual location of the company is allowed under law of the Union; establishing company in a state with a more liberal corporate regime is not an abuse of the institution's freedom, even if it serves to circumvent the norms of another member state in which all the company's activities will be carried out; is also not an abuse of the performance of activities not at the place of registration but at the location of the branch of the company; the receiving state is obliged to recognize that a foreign company conducts its activities on its territory, to recognize its legal personality, the settlement theory in this case does not work; the host State can not prohibit a transnational merger and its registration in its registry, if such registration is allowed when merging national companies; the company may move its statutory or actual location to another state without loss of legal personality under the law of the state of creation; the issue of the possibility of maintaining legal capacity and the law applicable to the company (state of creation) when moving to a foreign state is decided by the state of creation itself, which in this case has the right to prohibit or restrict such movement; if the company intends to change the applicable law and take the legal form of the company provided in the receiving state, the state of establishment cannot prohibit the migration of the company and oblige it to be liquidated, provided that such a migration is allowed by the receiving state.



Keywords

European Union; Private International Law; legal entity; personal law (Statute); legal personality; the European Court of Justice; case law.

Citation: Kasatkina A.S., Ruderman I.F. (2017) Case Law of European Union and its Impact on the Regulation of Recognizing Legal Capacity of Legal Persons. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 121–135 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.121.135



References

Andenas M., Woolbridge F. (2012) *European Comparative Company Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 447–453.

Asoskov A.V. (2003) *Pravovye formy uchastia juridicheskikh lits v mezhdunarodnom kommercheskom oborote* [The Legal Forms of Legal Entities Participation in International Trade Activity]. Moscow: Statut, 219 p. (in Russian)

Azencot M. (2011) Le transfert international de siege social. Theses de doctorat. Available at: URL: <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esurperversions/ae00c60b—a69a-48-d8—9776—91eo46e67e> (accessed: 24.06.2017)

Behrens P. (2009) From Real Seat to Legal Seat. Germany's Private International Company Law Resolution. *Resolving International Conflicts*. Budapest: Korvina, pp. 45–66.

Dubrovitskaya E.A. (2008) *Evropeiskoe korporativnoe pravo* [European Corporate Law]. Moscow: Wolters Kluwer, 261 p. (in Russian)

Grundmann S. (2012) *European Company Law: Organization, Finance and Capital Market*. Antwerp: Intercientia, 984 p.

Hansson E. (2012) Discussia v nemetskomprave o vvedenii novogo juridicheskogo litsa, edinogo evropeiskogo obschestva s ogranichennoi otvetstvennostiu [The Debates in German Doctrine about Imposing a New Legal Entity, Unified European Company Limited]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 3, pp. 86–91.

Hirte H. et al. (2012) The European Private Company. *European Company and Financial Law Review*, vol. 3, p. 508.

Kondratiev A.V. (2005) Kategoriya juridicheskogo litsa v prave evropeiskogo souza [The Category of Legal Entity in the Law of the European Union]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, no 3, pp. 52–63.

Kuleshova I.A. (2008) Kollizionnyi i materialno-pravovoi metody regulirovaniya juridicheskikh lits v mezhdunarodnom chastnom prave [The Collision and Material Ways of Regulating Legal Entities in International Private Law]. *International Public and Private Law*, no 4, pp. 29–31.

Navez E.-J. (2013) La transformation transfrontalière des sociétés est désormais pleinement consacrée par le droit de l'U.E.: qu'attend encore le législateur pour mettre en œuvre cette prérogative... *Revue pratique des sociétés*, pp. 243–270.

Osipov D. (2012) Evropeiskaya kompania: deциatiletie regulirovaniya i praktiki [The European Company: Decade of Regulation and Practice]. *Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava*, no 3, pp. 19–30.

Vermeyen J. (2012) Arret “VALE Epitesi”: la mobilite transfrontalietre du sigeest-elle un droit? *Journal de droit europeen*, no 9, pp. 276–280.

Yerpulyova N. Yu., Klevchenkova M.N. (2012) Pravovoi regim funkcionirovaniya juridicheskikh lits v evropeiskom souze [Legal Regime of Legal Entities Functioning in the EU]. *Registatsia subiectov predprinimatelskoi deiatelnosti: zarubezhnyi opyt*. R.A. Adelmanian, ed. Moscow: Statut, pp. 12–49.

Yuriev M.E. (2006) Novaya organizatsionno-pravovaya forma juridicheskogo litsa po pravu evropeiskogo souza v bankovskoi sfere [A New Organizational Form of Legal Entity according to the Law of EU within Banking Sphere]. *Bankovskoe pravo*, no 5, pp. 56–60.

Правовая интеграция в ЕС и ее «национальное» измерение

 **О.И. Пименова**

начальник отдела по взаимодействию с федеральными органами государственной власти Аппарата Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 103426, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Дмитровка, 26. E-mail: oxana_krasnova@mail.ru

Аннотация

В статье исследованы вопросы реализации наднациональных регулирующих прерогатив и защиты национальных интересов государств-членов Евросоюза. Цель статьи состоит в анализе эффективности применения в законодательном процессе ЕС субсидиарности как принципа защиты национальных регулирующих прерогатив по вопросам, не отнесенным к исключительному ведению ЕС и, прежде всего, по вопросам совместной компетенции ЕС и его членов. Автор применяет эмпирический, логический и нормативный методы исследования. При этом, в силу ограниченности нормативно-правовой базы и судебной практики применения принципа субсидиарности в законодательной деятельности ЕС, выводы в основном строятся на основе использования аргументативного метода. В частности, автор на основе критического анализа литературы считает, что учрежденный Лиссабонским договором субсидиарный контрольный механизм пока не стал эффективным инструментом в руках национальных парламентов государств-членов ЕС для их непосредственного влияния на процесс принятия законодательных актов в ЕС. Подлежащий применению через указанный механизм принцип субсидиарности скорее «структурирует политическую риторику» по поводу ограничения деятельности наднационального законодателя ЕС, нежели действительно ее ограничивает. Однако сегодняшняя слабость парламентов государств-членов ЕС в непосредственном политическом диалоге с Комиссией ЕС (как главным инициатором законопроектной деятельности ЕС) по поводу соблюдения в проектах законодательных актов ЕС принципа субсидиарности может быть успешно компенсирована эффективностью взаимодействия национальных парламентов со своими правительствами, представители которых формируют Совет ЕС (наднациональный институт, выступающий наряду с Европейским парламентом законодателем ЕС). В то же время они несут ответственность перед национальными парламентами (или непосредственно избирателями государств ЕС). Как показал опыт с проектом «Монти II», члены Совета ЕС, будучи связанными со своими национальными парламентами, могут успешно осуществлять в субсидиарном контрольном механизме роль «приводного ремня» между Комиссией ЕС и национальными парламентами государств-членов ЕС, обеспечивая последним возможность сказать «субсидиарное слово» при оценке реализации регулирующих прерогатив ЕС.

Ключевые слова

наднациональная правовая интеграция, право ЕС, принцип субсидиарности, регулирующие прерогативы, Совет ЕС, законодательный процесс ЕС, демократическая легитимность, субсидиарный контрольный механизм, «желтая карта», проект «Монти II».

Библиографическое описание: Пименова О. И. Правовая интеграция в ЕС и ее «национальное» измерение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 136–153.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.136.153

Введение

«Отсутствие действенного интеграционного права делает невозможным реализацию задач и целей интеграции»¹. Право — это несущая конструкция в здании наднациональной европейской интеграции. Взаимовлияние и взаимопроникновение национальных правовых систем государств-членов Европейского союза (далее — ЕС) пошло по пути наднациональной правовой интеграции, основанной на «объединении обоих порядков, как национального, так и европейского»². При этом используемые правовые средства не сводятся к унификации национальных законодательств государств-членов ЕС посредством механического приведения их в соответствие с законодательством, принимаемым на уровне интеграционного объединения — ЕС. На вооружение взята проводимая на наднациональном уровне гармонизация подходов к правовому регулированию одних и тех же отношений в государствах-членах, приведшая к созданию в ЕС единых (а не сходных, сопоставимых!) правил регулирования интеграционных отношений, представляющих интерес, как для ЕС, так и его государств-членов.

В результате сегодня в ЕС функционируют механизмы наднациональной правовой интеграции, которые обеспечивают каждому государству-члену и его региональным органам власти возможность участвовать на основе сотрудничества и институциональной взаимозависимости с другими государствами-членами и их региональными органами власти в выработке и принятии на наднациональном уровне таких правовых актов, которые имеют объектом своего регулирующего воздействия интеграционные отношения не только с участием самих государств-членов ЕС, их органов власти, но и их граждан, являющихся также гражданами ЕС. При этом национальные правовые системы не утрачивают, а, напротив, усиливают нормативно-регулирующий потенциал за счет интегрированности в правовую систему ЕС, которая, преломляясь через национальные правовые порядки, выбирает основным объектом регулирующего воздействия конкретного гражданина, его права, свободы.

Именно нацеленность на правовое регулирование статуса отдельных лиц и обеспечивает «реальное действие наднационального права в рамках национальных правовых порядков государств-членов»³, чьи органы власти, сохраняя, по словам Г. Еллинека, «господствующий характер»⁴, наделены учредительной властью по праву, основанному на народном волеизъявлении, применять в отношении своих граждан (являющихся в то же время гражданами ЕС) меры принуждения, обеспечивающие выполнение правовых предписаний ЕС. В конечном итоге, это также мотивирует и объясняет стремление наднациональных институтов, реализующих регулирующие прерогативы ЕС, добиваться того, чтобы процесс принятия его актов по возможности был приближен к его гражданам, учитывал местную, региональную, национальную специфику подлежащих регулированию с их участием отношений, прежде всего за счет *институционализации вовлеченности в законодательный процесс ЕС органов, непосредственно формируемых*

¹ Энтин Л.М. Право Европейского союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы. М., 2009. С. 238.

² Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском союзе / Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы международной научно-практической конференции / отв. ред. В.Д. Зорькин. М., 2014. С. 40.

³ Варламова Н.В. Проблемы институционализации наднационального уровня осуществления публично-властных полномочий / Интернационализация конституционного права в условиях глобализации: труды Института государства и права Российской академии наук. № 6. М., 2014. С. 13.

⁴ Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 413–416.

гражданами национальных государств и политически ответственных перед ними. В этом и состоит «национальное» измерение наднациональной правовой интеграции в ЕС, исследованию которого посвящается данная статья.

О праве ЕС

В ЕС основным регулятором отношений между гражданами ЕС выступает не национальное право государств-членов, не заключаемые их национальными правительствами и ратифицируемые национальными парламентами международные договоры, а правовые акты (регламенты, директивы), принимаемые Европейским Парламентом и (или) Советом ЕС (далее — Совет). Эти акты подлежат применению субъектами права ЕС без ратификационных процедур национальных государств, но в том значении и понимании, какое им придается Судом Европейского союза (далее — Суд ЕС)⁵, единственным на сегодняшний день судебным органом, созданным в системе международных интеграционных объединений, решения которого носят окончательный и обязательный характер для участников соответствующих интеграционных отношений.

Именно благодаря полномочиям наднациональных институтов ЕС на издание актов, не требующих ратификации государствами-членами, ЕС удалось в короткий (по историческим меркам) срок обеспечить полноценное открытие границ не только в сфере рыночных отношений и обеспечения прав человека, но и в других областях сотрудничества, прямо не связанных с процессами транснационализации экономики и межгосударственной миграции населения (например, в сферах свободы, безопасности и правосудия). В этом значении и основное преимущество использования коммунитарного метода интеграции, суть которого была сформулирована в решении Суда ЕС по делу *Van Gend et Loos v. Administratie der Belastingen* следующим образом: «Сообщества представляют собой новый международный правопорядок, в пользу которого государства ограничились своими суверенными правами в определенных областях и субъектами которого являются не только государства-члены, но и их граждане»⁶.

Несмотря на свою коммунитарную природу, право ЕС создано на конвенционной основе: на основе международных договоров — Римских договоров (1957). Данные договоры стали ключевыми источниками, на основании которых развивалась европейская интеграция все последующие годы, хотя и не предопределили исключительно «договорного» характера права ЕС. Оно весьма специфично. «В отличие от обычных международных договоров Договор ЕЭС [Договор об учреждении Европейского экономического сообщества] создал собственную самостоятельную правовую систему, которая со вступлением Договора ЕЭС в силу стала составной частью правовых систем государств-членов и положения которой обязаны применять их суды»⁷. Начиная с процитированного положения из решения по делу *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, Суд ЕС во всех

⁵ В этом выражается специфика позитивации права ЕС. Происходит синтез двух европейских правовых традиций — романо-германской и англосаксонской (общего права), для которых характерны два принципиально разных способа формирования права: прецедентный и формально-правовой. В результате регламенты и директивы ЕС, устанавливая подлежащие обязательному применению правила поведения, функционируют в правовой системе ЕС, по большей части, не в качестве самостоятельных правовых актов, а на условиях, определенных практикой Суда ЕС. Это одна из причин, по которой вопрос о природе права ЕС продолжает вызывать споры. Подробнее см.: *Moorhead T. European Union Law as International Law // European Journal of Legal Studies. 2012. Issue 1. P. 126–143.*

⁶ Case C — 26/62, *Van Gend et Loos v. Administratie der Belastingen* [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu> (дата обращения: 12.09.2016)

⁷ Case C — 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu> (дата обращения: 12.09.2016)

последующих случаях, когда затрагивался вопрос о природе права ЕС, неизменно подчеркивал, что оно является самобытной правовой системой, не идентичной ни национальному праву государств-членов, ни международному праву, но вбирающей в себя «наиболее важное и существенное из практики функционирования национальных и международных правовых институтов»⁸.

Интегрированность с национальными правовыми системами государств-членов выступает сущностной чертой, квалифицирующим признаком права ЕС. Поэтому нельзя согласиться с теми исследователями, по мнению которых праву ЕС «противостоит национальное право европейских государств»⁹. Напротив, ЕС «внедряет» в национальные законодательства единообразные правовые стандарты почти по всем отраслям права. Так, по данным исследований, разработка и принятие от 10 до 40% национальных законов обусловлены наднациональным правовым регулированием¹⁰, от 60 до 70% правовых актов ЕС оказывают непосредственное воздействие не только на регионы, но и на муниципалитеты национальных государств¹¹. В итоге, как образно замечает один из крупнейших представителей социологической школы в общей теории права Ж. Карбонье, «в свод национального права включается свод права, пришедший из ЕС, причем не в качестве коллекции застывших норм, но как живой свод правил, который продолжает создавать право»¹².

Во много интегрированности актов ЕС с национальными правовыми системами способствует такой квалифицирующий признак права ЕС, как его верховенство (примат) над внутригосударственным правом. Хотя приверженность данному принципу (как его сформулировал в 1964 г. Суд ЕС в решении по делу *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*) государства-члены подтвердили не в самом Лиссабонском договоре¹³, а в приложенной к нему Декларации № 17 (не имеющей юридически обязательной силы); тем не менее данный факт не влияет на применение этого принципа как одного из основных принципов права ЕС (правда на условиях, определяемых практикой Суда ЕС). Как отмечает Г. Хольцингер, говоря о характере правопорядка в ЕС, «национальная конституция обладает значением при исполнении союзного права лишь в той мере, в которой она не воспрепятствует действительному исполнению союзного права»¹⁴. Национальные суды не могут отказаться применять правовые акты ЕС, даже если они противоречат национальным правовым актам.

⁸ Энтин М.Л. В поисках партнерских отношений: Россия и Европейский союз в 2004–2005 годах. СПб., 2006. С. 10–11.

⁹ Ефремова Н.А. Международно-правовые механизмы регулирования экономической интеграции и суверенитет государства: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2010. С. 30.

¹⁰ Raunio T. National Parliaments and European Integration. What We Know and What We Should Know // Arena Working Paper. 2009. № 2. P. 13–14.

¹¹ Conference on Subsidiarity. Proceedings of the Conference Held by the French State and the Committee of the Regions at the Senate on Friday, 24 October 2008. Paris, 2008. P. 230.

¹² Цит. по: Четвериков А.О. Правовое регулирование либерализации трансграничных отношений: опыт Европейского союза: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2010. С. 4.

¹³ Договор о пересмотре учредительных актов Европейских сообществ и Европейского союза, подписанный в Лиссабоне в 2007 г. и вступивший в силу 13.12. 2009 (Лиссабонский договор). См.: Европейский союз: Основопологающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2008. С. 603.

¹⁴ Хольцингер Г. Указ. соч. С. 40–41.

Механизм наднациональной правовой интеграции в ЕС основан на использовании правовых актов ЕС, создающих права и обязанности для лиц, находящихся под юрисдикцией государств-членов, которым и вверена реализация указанных актов. У ЕС отсутствуют на территориях его государств-членов «региональные» или «местные» органы власти, обеспечивающие исполнение [его] решений¹⁵; этим занимаются национальные органы власти и именно национальные судебные органы выступают основными применителями права ЕС, именно на них возложена презумпция ответственности за вред, причиненный правам частных лиц в связи с нарушением права ЕС. Суд ЕС неоднократно возлагал на государства-члены ответственность за ущерб, причиненный частным лицам несвоевременной имплементацией директив ЕС в национальную правовую систему.

О реализации наднациональных законодательных прерогатив

В соответствии со ст. 289 Договора о функционировании Европейского союза¹⁶ (ДФЕС) правовой акт, принимаемый ЕС, выступает в качестве законодательного акта ЕС, если он одновременно отвечает трем критериям: принят в форме регламента, директивы или решения; принят Европейским парламентом и (или) Советом; принят посредством законодательной процедуры.

Используя процессуальный (процедурный) критерий, Лиссабонский договор, казалось бы, значительно упрощает ситуацию с пониманием и применением одних и тех же по наименованию, но различных по содержанию и правовому значению актов ЕС. Регламент, директива, решение, принятые на основе одного из видов законодательной процедуры (общей или специальной), приобретают статус законодательного акта ЕС. Все иные акты, даже если они тоже именуется регламентом, директивой или решением, рассматриваются как акты применения права — подзаконные акты (еще их квалифицируют как акты административного характера). Но не все так просто, как может показаться на первый взгляд.

«В принципе, презюмируется, что законодательные акты будут регулировать наиболее важные сферы общественных отношений. Однако такого единого [материального] критерия учредительные акты не формулируют»¹⁷. Учредительные акты ЕС не формулируют какой-либо детерминированности между выбором законодательной процедуры (ее вида) и формы подлежащего принятию в ее рамках законодательного акта ЕС (регламента, директивы или решения) в зависимости от материального содержания вопроса, подлежащего урегулированию посредством принятия законодательного акта. Вопрос решается иначе: непосредственно в статьях учредительных актов, регулирующих сферы материальных интеграционных отношений, указывается, какой именно законодательный акт (регламент, директива или решение) и в рамках какой законодательной процедуры (общей или специальной) подлежит принятию.

В этом специфика надделения компетенцией ЕС посредством использования так называемых «правовых баз» — положений учредительных договоров, уполномочиваю-

¹⁵ Варламова Н.В. Указ. соч. С. 13.

¹⁶ Европейский союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. С. 211.

¹⁷ Энтин Л.М. Право Европейского союза. С. 108.

щих институты ЕС на принятие законодательных актов по вопросам ведения ЕС. Ссылки на них обязательны в преамбуле каждого законодательного акта ЕС, а отсутствие соответствующей ссылки или ее неполное приведение влекут отмену акта Судом ЕС¹⁸, поскольку любые меры ЕС, не имеющие «правовой базы», расцениваются как символические и идущие вразрез с принципом наделения компетенцией.

Можно сказать, что тот или иной вид законодательного акта, подлежащий принятию в рамках той или иной законодательной процедуры, в «правовых базах» определяется по дискреционному усмотрению разработчиков учредительных актов ЕС. Анализ «правовых баз» показывает, что выбор вида законодательного акта, равно как и вида законодательной процедуры, зависят от «степени чувствительности» государств-членов к наднациональному регулированию того или иного вопроса интеграционного развития. Как правило, в «правовых базах» предпочтение отдается специальной законодательной процедуре, осуществляемой единолично Советом. Примечательно, что ДФЕС уполномочивает Европейский парламент на единоличное принятие законодательного акта только в трех случаях: статус и общие условия осуществления функций депутатов Европейского парламента (п. 2 ст. 223 ДФЕС), порядок осуществления Европейским парламентом следственных полномочий (ст. 226 ДФЕС), статус и общие условия осуществления функций Омбудсмана (пар. 4 ст. 228 ДФЕС). Во всех остальных случаях использования специальной законодательной процедуры «правовые базы» уполномочивают Совет на единоличное принятие законодательного акта.

Совет ориентирован непосредственно на согласование национальных интересов государств-членов ЕС при реализации законодательной политики ЕС в той или иной сфере интеграционного развития. В состав Совета входит по одному представителю каждого государства-члена на министерском уровне, уполномоченному создавать обязательства для представляемого национального правительства и осуществлять право голоса, в том числе право вето (при соблюдении определенных условий). Поэтому при указании в ряде статей ДФЕС (например, ст. 113, 115, 191) на то, что «Совет постановляет единогласно в соответствии со специальной законодательной процедурой», для национальных правительств создается возможность воздействия на законодательный процесс ЕС путем использования принадлежащего им права вето. В этом смысле «правовые базы», уполномочивающие Совет «постановлять единогласно в соответствии со специальной законодательной процедурой», встают на защиту суверенных национальных интересов, свидетельствуя о повышенной значимости вопроса для сбалансированной реализации регулирующих прерогатив.

О защите национальных законодательных прерогатив

ЕС действует по правилу *intra vires*, т.е. только в пределах той компетенции, которую предоставили ему в учредительных договорах государства-члены для достижения целей, установленных этими договорами. Любая компетенция, не предоставленная ЕС в договорах, принадлежит государствам-членам. Данный подход отражает сложившуюся в 1950-х годах (при учреждении Европейских сообществ) и сохраняющуюся по сей день специфику наделения ЕС компетенцией: разные сферы отношений передаются государствами-членами в ведение ЕС не целиком, а лишь применительно к отдельным их

¹⁸ См., напр.: Case C- 325/91, *France v Commission* [Электронный ресурс]: // URL: [http:// curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) (дата обращения: 12.09.2016)

аспектам, прямо оговоренным в «правовых базах». Поэтому реализация регулирующих прерогатив ЕС осуществляется на рестриктивной основе — строго в соответствии с «правовыми базами»¹⁹, а при их отсутствии — в соответствии с общими принципами реализации компетенции ЕС. На сегодняшний день в праве ЕС существует три таких принципа — принцип наделения компетенцией, принцип субсидиарности и принцип пропорциональности.

В ст. 5 Договора о Европейском союзе (ДЕС) принцип субсидиарности помещен между принципами наделения компетенцией и пропорциональности. И если принцип наделения компетенцией относится к существованию самой компетенции ЕС, то принципы субсидиарности и пропорциональности регулируют ее реализацию. Применение каждого из них дает ответы на следующие вопросы: может ли ЕС действовать (принцип наделения компетенцией); если может, то следует ли ЕС действовать (принцип субсидиарности); если следует действовать, то до каких пределов и каким образом (принцип пропорциональности)²⁰. Это значит, что все три названные принципа конвергентны и их применение взаимообусловлено. Как пишет по этому поводу И. Купер, принцип наделения компетенцией выступает «предварительным условием последующего применения принципа субсидиарности, поскольку отсутствие компетенции ЕС предполагает нарушение принципа субсидиарности»²¹. В свою очередь применение принципа пропорциональности обусловлено применением принципа субсидиарности, само содержание которого имеет «встроенный аспект пропорциональности»²².

Как следует из абз. первого п. 3 ст. 5 ДЕС, «согласно принципу субсидиарности Союз в сферах, которые не относятся к его исключительной компетенции, действует лишь тогда и в такой степени, в какой цели предполагаемого действия не могут достаточным образом быть достигнуты государствами-членами на центральном, региональном или местном уровне, но ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия могут быть лучше достигнуты на уровне Союза».

П. 3 ст. 5 ДЕС *in globo* содержит тест сравнительной эффективности действий ЕС и действий его государств-членов (его еще называют критерием лучшего достижения цели или критерием масштаба (последствий) предполагаемого действия, а также критерием «added value»²³). Но данный тест (критерий) не играет самостоятельной роли, поскольку его применение само по себе не ведет к признанию необходимости действий ЕС по причине их «масштабов или последствий». Исходя из действующей редакции пар. 3 ст. 5 ДЕС, в оценке необходимости действий ЕС на первый план выступает критерий достаточности средств, доступных государствам-членам ЕС для достижения по-

¹⁹ В исключительных случаях при отсутствии специальной «правовой базы» ЕС может воспользоваться резервными полномочиями, содержащимися в «статьях-лазейках». Наиболее широкой по своему регулиющему потенциалу является ст. 352 ДФЕС, исходя из которой Совет может принимать решения по тем вопросам, которые прямо не отнесены к ведению ЕС, но необходимы для достижения его целей, предусмотренных в учредительных договорах. С одной стороны, это способствует гибкости в определении и реализации регулирующих прерогатив ЕС, но, с другой стороны, становится затруднительным определение остаточных регулирующих прерогатив государств-членов.

²⁰ Calliess Ch. Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen, 2010. S. 207–212.

²¹ Cooper I. Is the Early Warning Mechanism a Legal or a Political Procedure? Three Questions and a Typology / Cornell A., Goldoni M. (eds.) National and Regional Parliaments in the EU-Legislative Procedure Post-Lisbon. Portland, 2017. P. 33–34.

²² Goldoni M., Cornell A. The Trajectory of the Early Warning Mechanism. Ibid. P. 341.

²³ Добавочная ценность (англ.).

ставленных целей. Причем использование данного второго критерия не предполагает сравнения с ожидаемым результатом на уровне ЕС, поскольку во внимание принимается только действительная (не потенциальная) способность государств-членов к достижению поставленных целей. Иными словами, если средства, доступные всем государствам-членам ЕС, достаточны, чтобы достигнуть цели предполагаемого действия, но действия ЕС эффективнее в силу так называемого «эффекта экономии, вызванного эффектом масштаба», то тем не менее буквальное прочтение п. 3 ст. 5 ДЕС не предоставляет ЕС права приоритетного действия: «Союз... действует лишь тогда и в такой степени, в какой цели предполагаемого действия не могут достаточным образом быть достигнуты государствами-членами..., но ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия могут быть лучше достигнуты на уровне Союза».

Процитированное положение воспринято ДЕС из Маастрихтского договора (с той лишь разницей, что оба критерия излагались с использованием союза «и») и, по словам К. Ленарта, выражает «гарантию доступности управления, которое требует, чтобы Сообщество воздерживалось от действий, если государства-члены могут достаточным образом достигнуть цели предполагаемого действия»²⁴. «Конкурирующая ценность, защищаемая таким прочтением принципа субсидиарности, это суверенитет государств-членов»²⁵: остаточные полномочия государств-членов не должны быть затронуты более чем необходимо. Это делает достаточность средств, находящихся в распоряжении государств-членов, сущностным критерием в следующем отношении: когда средства, находящиеся в распоряжении хотя бы одного государства-члена, оказываются недостаточными для достижения цели предполагаемого действия, то появляется необходимость действий ЕС, но опять-таки не в любом случае, а только когда ввиду масштабов или последствий предполагаемого действия цели могут быть лучше достигнуты на уровне ЕС. Большая эффективность действий ЕС как таковая (в силу «масштабов или последствий предполагаемого действия»), вне связи с достаточностью средств, находящихся в распоряжении его государств-членов, не выступает основанием признания их необходимыми.

Таким образом, действие теста сравнительной эффективности в редакции Лиссабонского договора обусловлено применением критерия достаточности средств, находящихся в распоряжении государств-членов ЕС. В этом сущностное отличие теста сравнительной эффективности, содержащегося в пар. 3 ст. 5 ДЕС, от теста сравнительной эффективности, закреплявшегося в ст. 130г (4) Римского договора в ее первоначальной редакции, воспринятой затем Единым европейским актом и измененной только с вступлением в силу Маастрихтского договора («цели ... могут быть лучше достигнуты на уровне Сообщества, нежели на уровне отдельных государств-членов»). В этом смысле Лиссабонскому договору удалось придать принципу субсидиарности, его тесту сравнительной эффективности большую осуществимость. По крайней мере правоприменительно стало очевидно, что, когда цели предполагаемого действия могут достаточным образом быть достигнуты всеми государствами-членами ЕС, то действия последнего не требуются. Правовые последствия этих правил применения критериев принципа субсидиарности для мониторинга его соблюдения институтами ЕС крайне важны с тех пор, как с вступлением в силу Лиссабонского договора в ЕС был учрежден субсидиарный контрольный механизм (далее — СКМ).

²⁴ *Lenaerts K. The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism // Fordham International Law Journal. 1993. Issue 4. P. 875.*

²⁵ *Ibid. P. 883.*

О субсидиарном контрольном механизме

В соответствии с СКМ любой национальный парламент (или любая палата национального парламента при двухпалатном парламенте) в течение восьми недель со дня передачи на его рассмотрение проекта законодательного акта ЕС может направить в адрес института ЕС, ответственного за подготовку проекта законодательного акта ЕС (как правило, это Комиссия ЕС), мотивированное заключение о несоответствии проекта принципу субсидиарности. В зависимости от количества мотивированных заключений, ст. 7 Протокола о применении принципов субсидиарности и пропорциональности, принятого в 2007 году вместе с Лиссабонским договором²⁶ (Протокол), предусматривает применение двух процедур — «желтой карты» и «оранжевой карты»²⁷.

«Желтая карта» применяется, если мотивированные заключения представляют не менее одной трети (одной четверти в отношении проектов, затрагивающих пространство свободы, безопасности и правосудия) всех голосов, которыми наделены национальные парламента (каждый национальный парламент или палата национального парламента располагает двумя голосами). В этом случае проект законодательного акта подлежит повторной экспертизе, по результатам которой Комиссия ЕС (если проект исходит от нее) может принять решение оставить его в прежнем виде, изменить или отозвать. Любое решение при этом должно быть мотивированным.

С момента вступления в силу Лиссабонского договора национальные парламента инициировали три «желтые карты»: в мае 2012 г. (в отношении проекта регламента об осуществлении права на принятие коллективных действий в контексте свободы учреждения и свободы оказания услуг²⁸ (проект Монти II)), в октябре 2013 г. (в отношении проекта регламента об учреждении европейской прокуратуры²⁹) и в мае 2016 г. (в отношении поправок в директиву о перемещенных работниках³⁰). В первом случае Комиссия ЕС решила отозвать законопроект ввиду политического несогласия в Совете, а не в результате возбуждения национальными парламентами «желтой карты». Во втором случае Комиссия решила оставить законопроект без изменений, посчитав его соответствующим принципу субсидиарности. В третьем случае Комиссия также заключила, что законопроект не нарушает принципа субсидиарности, в связи с чем его «отзыв или изменение не требуются»³¹.

²⁶ Европейский союз: Основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. С. 396.

²⁷ Лиссабонский договор не содержит положений о каких-либо цветных картах, применяемых в законодательном процессе ЕС. Термины «желтая карта» и «оранжевая карта» происходят из ежегодных докладов Комиссии ЕС о принципах субсидиарности и пропорциональности. См., напр.: European Commission. Annual Report 2012 on Subsidiarity and Proportionality. COM (2013) 566 final. 30 July 2013. P. 3.

²⁸ European Commission. Proposal for a Council Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services. COM (2012) 130 final. 21 March 2012.

²⁹ European Commission. Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office. COM (2013) 534 final. 17 July 2013.

³⁰ European Commission. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. COM (2016) 128 final. 8 March 2016.

³¹ European Commission. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the National Parliaments on the Proposal for a Directive amending the Posting of Workers Directive, with regard to the Principle of Subsidiarity, in accordance with Protocol 2. COM (2016) 505 final. 20 July 2016.

«Оранжевая карта» применяется (только!) в рамках общей законодательной процедуры, если мотивированные заключения поддержаны не чем менее простым большинством голосов, которыми наделены национальные парламенты. Тогда проект законодательного акта также подлежит повторной экспертизе, по результатам которой он также может быть оставлен в прежнем виде, изменен или отозван. Однако в случае принятия Комиссией ЕС решения об оставлении проекта в прежнем виде, она готовит мотивированное заключение, в котором должна обосновать причину, по которой считает проект соответствующим принципу subsidiarity. Это заключение Комиссии, а также мотивированные заключения национальных парламентов подлежат передаче Европейскому парламенту и Совету, которые до окончания первого чтения проверяют проект на предмет его соответствия принципу subsidiarity. Если большинством в 55% членов Совета или большинством голосов в Европейском парламенте законодатель ЕС приходит к выводу о несоответствии проекта законодательного акта принципу subsidiarity, то его дальнейшее рассмотрение не проводится.

До настоящего времени ни одной «оранжевой карты» инициировано не было.

О «сторожевых псах» национальных законодательных прерогатив

С вступлением в силу Лиссабонского договора впервые в истории наднациональной европейской правовой интеграции национальным парламентам государств-членов ЕС дано право (на основании учредительных актов ЕС!) проверять проекты законодательных актов ЕС по вопросам, не отнесенным к исключительному ведению ЕС, на предмет соответствия их принципу subsidiarity в рамках СКМ. Это свидетельствует об усилении позиции национальных парламентов в процессе принятия политических решений на уровне ЕС, которое не является случайным, поскольку именно национальные парламенты, по словам Ф. Фабрини, способны «интернализировать»³² издержки передачи компетенции на уровень ЕС»³³.

Пост-лиссабонское усиление роли национальных парламентов некоторыми авторами оценивается как «компенсационный процесс»³⁴. В ходе наднациональной правовой интеграции законодательные прерогативы национальных парламентов оказались наиболее уязвимыми в связи со значительным расширением регулирующих прерогатив Европейского парламента, который при этом «никогда не разделял и не будет разделять демократические традиции национальных парламентов, остается далеким от граждан, являясь частью проблемы демократической легитимности в ЕС»³⁵. Будучи, по большей части, напрямую избранными представительными органами национальной государственной власти, парламенты государств-членов ЕС, в отличие от Европейского пар-

³² Пропускать через себя (англ.)

³³ *Fabbrini F.* The Principle of Subsidiarity: Courts Working Paper Series. № 66. 2016. P. 21.

³⁴ См., напр.: *Dashwood A.* The Relationship between the Member States and the European Union/European Community // *Common Market Law Review*. 2004. Issue 2. P. 68; *Cooper J.* The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU // *Journal of Common Market Studies*. 2002. Issue 2. P. 292.

³⁵ European Union Select Committee of House of Lords. The Role of National Parliaments in the European Union: Written Evidence. 30 September 2013. P. 40 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.parliament.uk/documents/lords-committees/eu-select/Role%20of%20national%20parliaments/nat-parl-evidence-volume.pdf> (дата обращения: 13.08.2016)

ламента, обладают пекулярной (в смысле особенной, присущей только им) демократической легитимностью, обусловленной их непосредственной, территориально близкой связью с населением. Поэтому, как верно отмечает Ч. Грант, проблема обеспечения демократической легитимности наднациональной правовой интеграции в ЕС не может быть решена за счет более интенсивного участия Европейского парламента, призывая к большей вовлеченности в процесс принятия актов ЕС национальных парламентам как средству «сделать ЕС в целом более демократически легитимным»³⁶. «Они [национальные парламентам] близки к народу и усиление их взаимодействия с наднациональными институтами в процессе принятия актов ЕС выступает стратегически наиболее верным средством приблизить ЕС к его населению»³⁷.

Действительно, роль национальных парламентам в вопросах, которые подпадают под их регулирующую компетенцию и в то же время выступают объектом наднационального гармонизирующего регулирования на уровне ЕС, в принципе не может быть замещена Европейским парламентом, поскольку последний не несет ответственности за ситуацию в национальном государстве. Расширение законодательной компетенции Европейского парламента, равно как и содействие более тесному взаимодействию между ним и национальными парламентами (посредством таких площадок, например, как COSAC³⁸, межпарламентские конференции по экономическому и финансовому управлению) способны обеспечить только «парламентское измерение» законодательных решений ЕС, но не их демократическую легитимность, поскольку не решает вопроса о политической ответственности за их принятие.

Названное обстоятельство дает в руки национальных парламентам мощный рычаг политического воздействия на процесс принятия законодательных актов ЕС. Оставаясь связанными со своим избирателями, национальные парламентарии осуществляют контрольные полномочия в отношении своих правительств, члены которых формируют наднациональный институт ЕС — Совет, выступающий наряду с Европейским парламентом законодателем ЕС. В соответствии с пар. 2 ст. 10 ДЕС члены Совета политически ответственны только перед своими национальными парламентами и (или) избирателями. Перед членами Европейского парламента национальные министры не несут политической ответственности. Именно поэтому национальные парламентам предопределены Лиссабонским договором стать, по образному выражению И. Купера, «сторожевыми псами субсидиарности»³⁹, будучи, с одной стороны, наиболее заинтересованными в защите национальных регулирующих прерогатив, ограждении их от чрезмерного вмешательства со стороны ЕС по вопросам, не отнесенным к его исключительному ведению, а, с другой стороны, наиболее политически влиятельными в формировании позиции представителей своих правительств в Совете при прохождении соответствующего проекта законодательного акта ЕС.

³⁶ Grant C. How to Build a Modern European Union. Report. Centre for European Reform. 2013. P. 9 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.cer.org.uk/sites/default/files/rp_119.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

³⁷ European Commission. A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change: Political Guidelines. Strasbourg, 15 July 2014. P. 10 [Электронный ресурс]: // URL: https://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/juncker-political-guidelines_en.pdf (дата обращения: 15.12.2016)

³⁸ Конференция парламентских комитетов по делам Союза парламентам Европейского союза. Аббревиатура COSAC производна от французского наименования — Конференция специализированных органов по делам Сообществ (Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires).

³⁹ Cooper I. Op. cit. P. 283.

О «приводном ремне» в субсидиарном контрольном механизме

В мае 2012 г. на подготовленный Комиссией проект Монти II национальные парламенты направили 12 мотивированных заключений, инициировав процедуру «желтой карты» по ст. 7 Протокола⁴⁰. В ответах парламентам Комиссия ЕС сослалась на отсутствие нарушения принципа субсидиарности *stricto sensu* и при этом все же решила 26.09.2012 отозвать проект Монти II, но не из-за возбуждения национальными парламентами процедуры «желтой карты» (ни одно из возражений национальных парламента не было признано обоснованным), а ввиду того, что «учитывая дискуссию в заинтересованных кругах, Монти II, скорее всего, не получит необходимой политической поддержки в Совете»⁴¹. Таким образом, «вероятность политической оппозиции в Совете сыграла роль решающего фактора»⁴² в отзыве проекта Монти II, хотя формально, в соответствии с нормами Протокола, Комиссия ЕС могла бы по результатам повторной экспертизы оставить проект в прежнем виде, без изменений, продолжив по нему работу в рамках законодательного процесса ЕС.

Проект Монти II показал, что задача продвижения позиций национальных парламентов о несоблюдении в законодательном процессе ЕС принципа субсидиарности может решаться Советом в силу ряда причин. Прежде всего, это связано с положениями учредительных договоров о функционировании в ЕС многоуровневой представительной демократии и особой роли, отведенной национальным парламентам, в ее реализации (ст. 10 и 12 ДЕС). Поскольку «функция демократического представительства реализуется национальными парламентами преимущественно на стороне исполнительной власти путем обеспечения демократического базиса для действий представителей своих национальных правительств в Совете»⁴³, мотивированные заключения имеют больший шанс быть принятыми во внимание Комиссией ЕС, если они «достигают ее ушей» через представителей национальных правительств в Совете.

Вторая причина видится в национальных конституционных установлениях, исходя из которых национальная исполнительная власть получает свою легитимность от представительной (законодательной) ветви власти. При этом в большинстве государств-членов ЕС отсутствует «четкая разделительная линия между законодательной и исполнительной ветвями власти»⁴⁴. Национальные правительства получают мандат от национальных парламента, в силу чего позиция членов правительства, как правило, разделяется парламентариями. В противном случае это демонстрировало бы отсутствие

⁴⁰ European Commission. Annual Report 2012 on Subsidiarity and Proportionality. COM (2013) 566 final. 30 July 2013. P. 7.

⁴¹ [Электронный ресурс]: URL: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/> (дата обращения: 12.09.2016)

⁴² Davor J. Representative Democracy Across Levels? National Parliaments and EU Constitutionalism // Croatian Yearbook of European Law and Policy. 2012. P. 263 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/132/96> (дата обращения: 15.12.2016)

⁴³ Neunreither K. Political Representation in the European Union: A Common Whole, Various Wholes or Just a Hole? / Neunreither K., Wiener A. (eds.) European Integration after Amsterdam: Institutional Dynamics and Prospects for Democracy. Oxford, 2000. P. 145.

⁴⁴ Palsson A.-M. The EU's Principle of Subsidiarity — an Empty Promise: Report, 2013. P. 22 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.eudemocrats.org/eud/uploads/AMP_Subsubsidiarity_an_empty_promise_2013.pdf (дата обращения: 13.08.2016)

доверия к правительству и вело бы к необходимости поднять вопрос о его отставке. Поэтому проверка на соответствие проекта законодательного акта ЕС принципу субсидиарности, проведенная национальным парламентом, как правило, не отличается выводами от позиции, занимаемой по данному проекту членами правительства.

Третья причина связана со статусом Совета как законодателя ЕС. Совет по сравнению с Европейским парламентом имеет более сильную институциональную позицию в законодательном процессе для отстаивания принципа субсидиарности институтами ЕС. Если для принятия проекта законодательного акта ЕС в рамках общей законодательной процедуры в Совете требуется более высокий уровень поддержки данного проекта, нежели в Европейском парламенте (55% вместо простого большинства), то для принятия проекта законодательного акта ЕС в рамках специальной законодательной процедуры в подавляющем большинстве случаев (кроме трех ситуаций, описанных в ст. 223, 226 и 228 ДФЕС) требуется единогласное одобрение данного проекта только членами Совета. Учитывая, что «правовой базой» для принятия проекта Монти II выступала ст. 352 ДФЕС, требовавшая единогласного одобрения данного проекта Советом в рамках специальной законодательной процедуры, для национальных парламентов не составило бы труда «создать» блокирующее меньшинство в Совете, сведя на нет все усилия Комиссии по продвижению проекта Монти II.

В-четвертых, как показывает функционирование СКМ, национальные парламенты более эффективны во взаимодействии со своими правительствами, нежели с Комиссией. Предоставив национальным парламентам возможность напрямую участвовать в законодательном процессе ЕС, Лиссабонский договор тем самым предпринял попытку усилить его «национальное измерение». Однако «переориентировать усилия национальных парламентов с контроля их национальных правительств на контроль в отношении европейского законодателя»⁴⁵ пока что не удалось: национальные парламенты оказались неэффективны во взаимодействии с Комиссией ЕС. За последние восемь лет функционирования СКМ Комиссией ЕС был отозван только один законопроект; во всех трех случаях инициирования «желтых карт» (2012, 2013 и 2016 гг.) национальным парламентам так и не удалось добиться от Комиссии ЕС признания обоснованности заявленных ими в мотивированных заключениях возражений («субсидиарных возражений»). Поэтому национальные парламенты, обеспечивая подотчетность правительств, которые формируют Совет, тем самым создают себе ценную возможность налаживания политического диалога с Комиссией ЕС через своих представителей в Совете. Если Комиссия не принимает во внимание их «субсидиарные возражения», национальные парламенты могут «разрешить» таковые через Совет.

Таким образом, в рамках СКМ Совет может играть роль «приводного ремня» между национальными парламентами и Комиссией ЕС (не заменяя ее при этом). С теоретической стороны, это ни в коей мере не искажает сложившееся в праве ЕС понимание и применение субсидиарности как «политического принципа на законодательной арене»⁴⁶, «ограничивающего реализацию законодательных прерогатив Союза»⁴⁷. С прак-

⁴⁵ Jans T., Piedrafita S. The Role of National Parliaments in European Decision Making [Электронный ресурс]: // URL: http://www.eipa.eu/files/repository/eipascope/20090709111616_Art3_Eipascoop2009_01.pdf (дата обращения: 13.08.2016)

⁴⁶ Berman G.A. Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States // Columbia Law Review. 1994. Issue 2. P. 331–456.

⁴⁷ Более подробно об этом см.: Cooper I. Op. cit. P. 281–304; Davies G. Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time // Common Market Law Review. 2006. Issue 1. P. 63–84; Kumm M. Con-

тической стороны, без внесения каких-либо изменений в учредительные договоры ЕС можно избежать некоторых недостатков действующего порядка рассмотрения Комиссией ЕС мотивированных заключений национальных парламентов⁴⁸.

Некоторые выводы

Как указывают авторы одного из докладов, «самым уникальным в опыте Европейского Сообщества явилось то, что его участникам удалось выработать принципы и создать соответствующие механизмы, посредством которых они обеспечивают равновесие между общими и сепаратными интересами»⁴⁹. Одним из таких принципов в праве ЕС выступает принцип субсидиарности, который не отдает предпочтений и не создает презумпций решениям как более «лучшим» какого-либо уровня власти⁵⁰, но «требует баланса за счет сравнительной эффективности таковых»⁵¹. Образно выражаясь, субсидиарность может работать как «вверх» (в пользу центра), так и вниз (в пользу более мелких единиц). Результат, получаемый в каждом конкретном случае, будет зависеть от оценки способности более мелких единиц «справляться эффективно с решением возлагаемых задач»⁵².

Применяясь преимущественно в сфере совместной компетенции ЕС и его государств-членов, принцип субсидиарности поддерживает равновесие между регулируемыми прерогативами указанных двух уровней власти за счет своей гибкости, «которая дает возможность в соответствии с необходимыми обстоятельствами расширять деятельность интеграционного образования [ЕС] в пределах его полномочий и, напротив, ограничивать или прерывать ее если действия интеграционного образования [ЕС] уже не являются оправданными»⁵³. При всей его гибкости, динамичности (возможно, по этой причине в праве ЕС до сих пор отсутствуют четкие критерии его применения)

stitutionalizing Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union // *European Law Review*. 2006. Issue 4. P. 503–533; *Louis J.-V. National Parliaments and the Principle of Subsidiarity: Legal Options and Practical Limits*// *European Constitutional Law Review*. 2008. Issue 3. P. 429–459; *Schütze R. Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?* // *Cambridge Law Journal*. 2009. Issue 3. P. 525–536.

⁴⁸ Сегодня ситуация такова, что при возбуждении процедуры «желтой карты» Комиссии ЕС (в соответствии с нормами Протокола) предстоит оценивать соответствующий проект законодательного акта на предмет его соответствия принципу субсидиарности, и, если данный проект исходит от нее самой (что имеет место в подавляющем большинстве случаев), то Комиссия оказывается в щекотливом положении, поскольку при подготовке и внесении данного проекта она уже дала его комплексную оценку, в том числе на предмет соответствия принципу субсидиарности (о чем говорится в сопроводительном документе — так называемом «Докладе об оценке воздействия»). С учетом этого не удивительно, что во всех трех случаях возбуждения «желтых карт» Комиссия ЕС занимала по отношению к национальным парламентам оборонительную позицию.

⁴⁹ Глобальное управление: возможности и риски / отв. ред. В.Г. Барановский, Н. И. Иванова. М., 2015. С. 210 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.imemo.ru/files/File/ru/publ/2015/2015_009_full.pdf (дата обращения: 13.01.2017)

⁵⁰ UK House of Lords. European Union Committee. *The Role of National Parliaments in the European Union*: Report. London, 2014. P. 26.

⁵¹ *Breton A., Cassone A., Frascini A. Decentralization and Subsidiarity: Toward a Theoretical Reconciliation* // *International Journal of Law and Economics*. 1998. Vol. 19. P. 21.

⁵² *Lenaerts K., Nuffel P. European Union Law*. London, 2011. P. 134.

⁵³ *Энтин Л.М., Энтин М.Л., Трыканова С.А., Орина И.В. Актуальные проблемы европейского права*. М., 2008. С. 67.

принцип субсидиарности «трудно операционализировать»⁵⁴. Субъекты законодательного процесса ЕС подвержены различным политическим взглядам при решении вопроса, на каком уровне (наднациональном или национальном) лучше осуществить регулирование искомых отношений. Поэтому принцип субсидиарности выступает в законодательном процессе ЕС скорее в качестве принципа, «структурирующего политическую риторiku»⁵⁵ (в свете ограничения наднационального регулирования), нежели в качестве «действенного ограничителя» действий наднационального законодателя.

По оценкам исследователей, принцип субсидиарности оперирует в праве ЕС в качестве «двойственной, неопределенной нормы, преимущественно предлагающей стандарт политического поведения для легитимации законодательных действий ЕС»⁵⁶. Фактически и сам СКМ, предназначенный для имплементации принципа субсидиарности в законодательном процессе ЕС, работает только через политический диалог национальных парламентов как с институтами ЕС, реализующими его законодательные прерогативы, так и друг с другом.

Хотя национальные парламенты выражают свои мнения индивидуально, взаимодействия между ними при реализации СКМ нельзя отрицать. Все три «желтые карты» были ожидаемым результатом «сети», сложившейся между национальными парламентами как минимум с 2006 г.⁵⁷ При этом, как оценивает Комиссия ЕС, «координация между ними [национальными парламентами] остается проблемой»⁵⁸. Несмотря на признанную пост-лиссабонскую тенденцию к демократизации законодательного процесса ЕС (за счет прямой вовлеченности национальных парламентов), нельзя заключить, что национальные парламенты функционируют в качестве единого блока, реализующего в законодательном процессе функции, по терминологии И. Купера, «виртуальной третьей палаты»⁵⁹. В каждом национальном парламенте существует собственная, уникальная система мониторинга соблюдения принципа субсидиарности. Национальные парламенты используют различные процедурные правила подготовки мотивированных заключений, следуют различным политическим приоритетам при выборе подлежащего проверке на соответствие принципу субсидиарности проекта законодательного акта ЕС и применяют различные критерии при его оценке. По сути, сегодня в законодательном процессе ЕС применяется 28 национальных парламентских моделей субсидиарной проверки проектов законодательных актов ЕС, в рамках которых отсутствует единое

⁵⁴ *Syrpis Ph.* In Defense of Subsidiarity // Oxford Journal of Legal Studies. 2004. Vol. 24. P. 330.

⁵⁵ *Constantin S.* Rethinking Subsidiarity and the Balance of Powers in the EU in Light of the Lisbon Treaty and Beyond // Croatian Yearbook of European Law and Policy. Zagreb, 2008. Vol. 4. P. 171 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cyelpl.com/index.php/cyelpl/article/view/57/48> (дата обращения: 13.08.2016)

⁵⁶ *Kersbergen K.V., Verbeek B.* The Politics of International Norms: Subsidiarity and the Imperfect Competence Regime of the European Union // European Journal of International Relations. 2007. Vol. 13. P. 224.

⁵⁷ С 2006 г. Комиссия ЕС развивает отношения с парламентами государств-членов в рамках платформы «политического диалога». Комиссия ЕС направляет национальным парламентам проекты всех ее законодательных инициатив. С вступлением в силу Лиссабонского договора эта работа осуществляется параллельно с СКМ. Именно поэтому в ст. 4 Протокола заложено, что в рамках СКМ проекты всех законодательных актов ЕС (а не только затрагивающих регулирование сфер совместной компетенции) в обязательном порядке направляются институтами ЕС национальным парламентам.

⁵⁸ Более подробно об этом см.: European Commission. Annual Report 2012 on Subsidiarity and Proportionality. COM (2013) 566 final. 30 July 2013 [2.2].

⁵⁹ Более подробно об этом см.: *Cooper I.* A “Virtual Third Chamber” for the European Union? National Parliaments after the Treaty of Lisbon // West European Politics. 2012. Issue 3. P. 441–465; *Cooper I.* Bicameral or Tricameral? National Parliaments and Representative Democracy in the European Union // Journal of European Integration. 2013. Issue 5. P. 53–546.

понимание принципа субсидиарности, его соотношения с иными компетенционными принципами, применяемыми в праве ЕС. По большому счету, гетерогенность в применении национальными парламентами СКМ выступает одним из главных препятствий к их согласованному, а, значит, и более результативному участию в контроле реализации законодательных прерогатив ЕС, и ее преодоление выступает одной из главных задач дальнейшего развития наднациональной правовой интеграции в ЕС.



Библиография

Интернационализация конституционного права в условиях глобализации: труды Института государства и права Российской академии наук. 2014. № 6. М.: Институт государства и права РАН, 2014. 177 с.

Мюллер-Графф П.-К. Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 80–99.

Хольцингер Г. Конституционное государство в Европейском союзе / Современный конституционализм: вызовы и перспективы: материалы международной конференции к 20-летию Конституции Российской Федерации / отв. ред. В.Д. Зорькин. М.: Норма, 2014. 480 с.

Энтин Л.М. Право Европейского союза. Новый этап эволюции: 2009–2017 годы. М.: Аксиома, 2009. 220 с.

Breton A., Cassone A., Frascini A. Decentralization and Subsidiarity: Toward a Theoretical Reconciliation // International Journal of Law and Economics. 1998. Vol. 19. P. 21–51.

Berman G.A. Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States // Columbia Law Review. 1994. Vol. 94. Issue 2. P. 331–456.

Cooper I. A “virtual third chamber” for the European Union? National parliaments after the Treaty of Lisbon // West European Politics. 2012. Vol. 35. Issue 3. P. 441–465.

Cooper I. Bicameral or tricameral? National parliaments and representative democracy in the European Union // Journal of European Integration. 2013. Issue 5. P. 530–546.

Cooper I. The Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and the Logic of Arguing in the EU // Journal Common Market Studies. 2002. Issue 2. P. 281–304.

Cornell A. and Goldoni M. (eds.) National and Regional Parliaments in the EU-Legislative Procedure Post-Lisbon. Oxford: Hart, 2017. 384 p.

Davor J. Representative Democracy across Levels? National Parliaments and EU Constitutionalism / Croatian Yearbook of European Law and Policy. 2012. Available at: URL: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/132/96> (дата обращения: 15.12.2016)

Dashwood A. Relationship between Member States and the European Union / European Community // Common Market Law Review. 2004. Issue 2. P. 355–381.

Fabbrini F. The principle of Subsidiarity: Courts Working Paper Series. № 66. 2016. 25 p.

Kersbergen K.V., Verbeek B. The Politics of International Norms: Subsidiarity and the Imperfect Competence Regime of the European Union // European Journal of International Relations. 2007. Vol. 13. P. 217–224.

Lenaerts K. The Principle of Subsidiarity and the Environment in the European Union: Keeping the Balance of Federalism // Fordham International Law Journal. 1993. Vol. 17. Issue 4. P. 846–895.

Legal Integration in the EU and its “National” Aspect



Oksana Pimenova

Head, Section for Cooperation with Federal Bodies, Council of Federation, Federal Assembly of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 26 Bolshaya Dmitrovka Str., Moscow 103426, Russia. E-mail: oxana_krasnova@mail.ru



Abstract

In the article, the author studies issues related to the execution of supranational regulatory powers and protection of national interests in the EU. The purpose of the article is to assess the EU legislative process against the background of application of subsidiarity as a principle of protection of national legislative powers in the areas of non-exclusive competence of the EU. The author has used argumentative, empirical, logical and normative methods of research. At the same time, due to the insufficient legislation and inadequate judicial enforcement of the subsidiarity principle, the author mainly relies on the argumentative research method in her conclusions. Thus, the author justifies the statement that the subsidiarity control mechanism established by the Lisbon Treaty has not yet become an effective tool for national parliaments to play an important role in the EU legislative process. The subsidiarity principle expected to be applied through this mechanism works rather as a principle «for structuring the political discourse» on the EU legislative arena and does not really limit the legislative power of the EU. However, the current weakness of national parliaments in their dialogue with the EU Commission (as a main source of legislative initiatives at the European level) may be successfully counterbalanced by cooperation between national parliaments and their national governments whose members make up the EU Council — a supranational institution acting as a European legislator along with the European Parliament. The Monti II case demonstrated that Council members, while remaining politically accountable to their national parliaments, could successfully function as a “transmission belt” between the EU Commission and national parliaments in the subsidiarity control mechanism allowing parliaments to have a meaningful effect on the process of execution of EU legislative powers.



Keywords

supranational legal integration; EU law; subsidiarity principle; regulating powers; EU Council; EU legislative process; democratic legitimacy; subsidiarity control mechanism; «yellow card»; Monti II project.

Citation: Pimenova O.I. (2017) Legal Integration in the European Union and Its “National” Aspect. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 136–153 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.136.153



References

- Berman G. (1994) Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the EC and the US. *Columbia Law Review*, issue 2, pp. 331–456.
- Breton A., Cassone A., Frascini A. (1998) Decentralization and Subsidiarity: Toward a Theoretical Reconciliation. *International Journal of Law and Economics*, vol. 19, pp. 19–51.
- Cooper I. (2013) Bicameral or Tricameral? National Parliaments and Representative Democracy in the European Union. *Journal of European Integration*, issue 5, pp. 530–546.
- Cooper I. (2012) A Virtual “Third Chamber” for EU? National Parliaments after the Treaty of Lisbon. *West European Politics*, issue 3, pp. 441–465.
- Cooper I. (2002) Watchdogs of Subsidiarity: National Parliaments and Logic of Arguing in the EU. *Journal of Common Market Studies*, issue 2, pp. 281–304.
- Cornell A., Goldoni M. et al. (2017) *The National and Regional Parliaments in the European Union Legislative Procedure Post-Lisbon*. Oxford: Hart, 384 p.
- Dashwood A. (2004) The Relationship between Member States and the European Union /Community. *Common Market Law Review*, issue 2, pp. 355–381.
- Davor J. (2012) Representative Democracy Across Levels? The National Parliaments and the European Union Constitutionalism. *The Croatian Yearbook of European Law and Policy*. Vol. 8. Available at: URL: <http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/132/96> (accessed: 15.12.2015)
- Entin L.M. (2009) *Pravo Evropejskogo souza. Novy etap evolutcii 2009–2017* [The Law of EU: a New Stage of Evolution 2009–2017]. Moscow: Aksioma, 220 p. (in Russian)

Fabbrini F. (2016) *The Principle of Subsidiarity: Courts*. Working Paper Series № 66.

Holtzinger K. (2014) Konstitucionnoe gosudarstvo v evropeyskom souze [The Constitutional State in the EU]. *Modern Constitutionalism: Challenges and Prospects*. Materials of Conference to 20th Anniversary of Russian Constitution. Ed. by V. Zorkin. Moscow: Norma, 480 p. (in Russian)

Internatsionalizatsia konstitucionnogo prava v usloviyakh globalizatsii (2014) *Trudy Instituta gosudarstva i prava* [The Internationalization of Constitutional Law during Globalization. Proceedings of State and Law Institute]. Issue 6. Moscow: Institute of State and Law.

Kersbergen K., Verbeek B. (2007) Politics of International Norms: Subsidiarity and the Imperfect Competence Regime of the EU. *European Journal of International Relations*, vol. 13, pp. 217–224.

Lenarts K. (1993) The Principles of Subsidiarity and the environment in the European Union: Keeping Balance of Federalism. *Fordham International Law Journal*, issue 4, pp. 846–895.

Mueller-Graff (2008) Lissabonkiy dogovor v sisteme pervichnogo prava Evropeyskogo Souza [The Lisbon Treaty in a System of Original Law of EU]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–99.

Территориальное устройство государства как способ управления этническим многообразием (конституционно-правовое регулирование в странах БРИКС)¹



А.Н. Мочалов

доцент кафедры конституционного права Уральского государственного юридического университета, кандидат юридических наук. Адрес: 620137, Российская Федерация, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21. E-mail: artur.mochalov@usla.ru



Аннотация

Для многих современных государств характерна этнотерриториальная фрагментация. Отдельные местности или регионы внутри страны могут быть территориями концентрированного проживания этнических групп, являющихся национальными меньшинствами в масштабе страны в целом. В статье рассматривается вопрос, каким образом этнотерриториальная структура населения может отражаться в конституционном регулировании территориального устройства государства. На основе сравнительно-правовой методологии проводится анализ этнического фактора в конституционно-правовом регулировании территориального устройства стран БРИКС. Цель исследования — показать, что данные страны независимо от их географического положения, конституционного строя или исторического прошлого учитывают этнотерриториальную фрагментацию населения в своем территориальном устройстве, но делают это разными способами и с использованием различных конституционно-правовых форм. В работе дается объяснение выявленным различиям. По мнению автора, государственная территория в данном случае выступает инструментом управления этническим многообразием. Конституция страны может наделять регионы, населенные этническими меньшинствами, особым правовым статусом и закреплять за ними права самоуправления (территориальная аккомодация этнических групп). И наоборот: внутренние границы могут быть проведены таким образом, чтобы ни одно из этнических меньшинств не получало численного доминирования в том или ином регионе. В свою очередь самоуправление на «этнических» территориях также может реализовываться в рамках различных конституционно-правовых форм, основными среди которых являются федерализм, территориальная автономия, а также создание специализированных территорий, пользующихся конституционной защитой. На примере стран БРИКС иллюстрируются различные подходы и способы их реализации. Автор приходит к выводу, что выбор способа территориальной аккомодации этнических групп обусловлен главным образом степенью политических притязаний таких групп в отношении территорий их концентрированного проживания. В то же время надделение «этнических» регионов особым статусом не всегда приводит к углублению этнополитических расколов, а напротив, может способствовать интеграции общества.

¹ Статья написана в рамках исследования, выполняемого за счет средств гранта Президента Российской Федерации для государственной поддержки молодых российских ученых — кандидатов наук МК-8057.2016.6.



Ключевые слова

этническое многообразие, этнотерриториальная фрагментация, территориальное устройство государства, самоуправление, федерализм, территориальная автономия, национальные меньшинства, коренные народы.

Библиографическое описание: Мочалов А.Н. Территориальное устройство государства как способ управления этническим многообразием (конституционно-правовое регулирование в странах БРИКС) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 154–173.

JEL: K10; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.154.173

Введение

Большинство стран мира отличаются этническим многообразием. Лишь в 20% государств доминирующая этническая группа составляет свыше 90% населения. Только около 9% стран можно назвать этнически гомогенными².

Существует категория полиэтнических государств, в которых этнические, языковые или конфессиональные группы (далее, не углубляясь в терминологические уточнения, будем использовать термин «этнические группы») проживают не дисперсно, а концентрированно, т.е. составляют значительную часть или локальное большинство населения той или иной местности или региона внутри страны. Другими словами, в таких государствах имеются исторически сложившиеся территории концентрированного проживания этнических групп, обладающих выраженными культурными отличиями от других групп или остального населения и находящихся, как правило, в положении национальных меньшинств в масштабах страны в целом. В числе примеров — Каталония в Испании, Квебек в Канаде, «национальные» субъекты в Российской Федерации. Для всех перечисленных стран (их список можно продолжать) характерна *этнотерриториальная фрагментация*.

Концентрированно проживающие этнические группы, называемые в работах некоторых зарубежных авторов «безгосударственными нациями»³, нередко выступают с требованиями большей самостоятельности (автономии) в решении внутренних вопросов на занимаемых ими территориях с учетом особенностей культуры, языка и традиций. Порой звучат требования отделения и образования собственного национального государства (здесь можно вспомнить о референдумах о независимости, проходивших в свое время в Квебеке, Шотландии, Каталонии, Крыму). По этой причине государства, в которых существует этнотерриториальная фрагментация, вынуждены уделять повышенное внимание поддержанию государственной целостности и находить правовые средства преодоления дезинтеграционных тенденций. Особую роль в конституционно-правовом регулировании межэтнических отношений в таких государствах играет территориальное устройство. Один из наиболее острых вопросов заключается в следующем: должно ли территориальное устройство государства, закрепляемое в его конституции, отражать особенности географического распределения этнических групп, и, если да, то каким образом?

² Connor W. Ethnonationalism. The Quest for Understanding. Princeton, 1994. P. 29.

³ Кимличка У. Федерализм и сецессия: восток и запад // Ab Imperio. 2000. № 3–4. С. 256.

Поиску ответа на данный вопрос посвящено много работ как в сфере конституционного права, так и в смежных научных областях, таких, как история, этнология, политология и социология⁴. Многие публикации связаны с изучением отдельных форм государственного устройства с точки зрения их потенциала для управления этническим многообразием в условиях этнотерриториальной фрагментации. В частности, большое внимание уделяется федерализму⁵ и территориальной автономии⁶. Влияние территориальной организации государства на межэтнические отношения исследуется также с позиций теории национализма⁷ и этнополитической конфликтологии⁸. В российской науке проблемам территориального устройства полиэтнических государств также уделяют внимание специалисты в области межнациональных отношений и теории идентичностей⁹. Существенный вклад в дискуссию вносят работы, посвященные проблемам национально-территориального устройства РФ¹⁰ и других полиэтнических государств, а также сравнительные исследования¹¹.

Данная статья содержит сравнительный обзор основных способов организации государственной территории и форм их конституционно-правовой регламентации в странах с этнотерриториальной фрагментацией. Эмпирическим материалом для анализа послужило конституционное регулирование территориального устройства в странах БРИКС (Бразилия, Российская Федерация, Индия, Китайская Народная Республика,

⁴ См., напр.: *Choudhry S. Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies / Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation? / Ed. by S. Choudhry. N.Y., 2008. P. 3–40; Safran W. Spatial and Functional Dimensions of Autonomy: Cross-National and Theoretical Perspectives / Identity and Territorial Autonomy in Plural Societies. W. Safran, R. Maiz (eds.). London, 2000. P. 11–34; Лексин И.В. Территориальное устройство России. Конституционно-правовые проблемы. М., 2014; Чертков А.Н. Территориальное устройство Российской Федерации. Правовые основы. М., 2009 и др.*

⁵ См., напр.: *Anderson L. Federal Solutions to Ethnic Problems. Abingdon, 2013; Burgess M. Multinational Federalism in Multinational Federations / Multinational Federalism / Ed. by M. Seymour and A.-G. Cagnon. L., 2012. P. 23–44; McGarry J., O'Leary B. Federation and Managing Nations / Multinational Federations / Ed. by M. Burgess and J. Pinder. Abingdon, 2007. P. 180–211; Pinder J. Introduction / Multinational Federations. P. 1–16; The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions? / Ed. by J. Erk and L. Anderson. Abingdon, 2010; Филиппов В.Р. Критика этнического федерализма. М., 2003 и др.*

⁶ См., напр.: *Benedikter T. The World's Modern Autonomy Systems. Bozen/Bolzano, 2009; Lapidoth R. Autonomy. Flexible Solutions to Ethnic Conflicts. Washington, 1997; Лексин И.В. Территориальная автономия в системе категорий государственного устройства // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 3. С. 56–61 и др.*

⁷ *Brass P.R. Ethnicity and Nationalism: Theory and Comparison. New Delhi, 1991; Connor W. Op. cit.*

⁸ *Coakley J. The Resolution of Ethnic Conflict: Toward a Typology // International Political Science Review. 1992. Vol. 13. No. 4. P. 343–358.*

⁹ См. напр.: *Дробужева Л.М. Изменения социального ресурса российского федерализма в середине первого десятилетия XXI века // Россия реформирующаяся. 2005. № 5. С. 248–259; Паин Э.А. Между империей и нацией. Модернистский проект и его традиционалистская альтернатива в национальной политике России. М., 2003; Семенов И.С. Политика идентичности и идентичность в политике: этнонациональные ракурсы, европейский контекст // Полис. Политические исследования. 2016. № 4. С. 8–28 и др.*

¹⁰ См. напр.: *Болтенкова Л.Ф. От НКВД до федерализма. М., 2008; Колюхова И.А. Современный российский федерализм и мировой опыт: итоги становления и перспективы развития. М., 2004 и др.*

¹¹ Среди лишь некоторых работ по зарубежным странам на русском языке можно назвать: *Кузнецова С.С. Этнические и экономические аспекты индийского федерализма и их отражение в конституционном праве (на примере штата Джаркханд) // Российское право: образование, практика, наука. 2016. № 4. С. 43–47; Федерализм в России и Канаде / под ред. С.В. Кабышева и др. М., 2009; Чжэн Кай. Национально-территориальная автономия в Китайской Народной Республике: дис. ... к. ю. н. М., 2009 и др.*

Южно-Африканская Республика), представляющих собой обширное поле для компаративистских исследований рассматриваемой проблематики. С одной стороны, все они имеют сложный этнический состав населения и признаки этнотерриториальной фрагментации. С другой стороны, в каждой из них данные признаки проявляются по-разному и, соответственно, различным образом отражаются в конституционном закреплении территориального устройства. Это дает возможность не только находить, но и объяснять различия.

Статья состоит из четырех частей. В первой части приводится описание основных способов организации государственной территории с точки зрения управления этническим многообразием. Во второй части дается краткий обзор этнической (а при необходимости также языковой и конфессиональной) структуры населения каждой из стран БРИКС, приводятся особенности этнотерриториальной фрагментации в каждой из них. Третья часть содержит анализ конституционно-правового регулирования территориального устройства отдельных стран БРИКС в зависимости от характера этнотерриториальной фрагментации. С учетом того, что этническому фактору в политико-территориальном устройстве России посвящено немало работ, основной акцент сделан на изучении регулирования в четырех зарубежных странах (в то же время, когда это необходимо, проводятся параллели с Россией). Четвертая часть содержит выводы.

Основные способы организации государственной территории в условиях этнотерриториальной фрагментации

Перед любым государством с этнотерриториальной фрагментацией встает ряд вопросов:

должны ли внутренние административные границы государства соответствовать границам между регионами проживания различных этнических групп?

если да, то необходимо ли наделять «этнические» регионы специальным правовым статусом, дающим его населению право самостоятельно решать некоторые внутренние вопросы с учетом их языка, традиций и культурных особенностей?

если ответы на оба предыдущих вопроса положительны, то какой способ организации государственной территории (федерализм, территориальная автономия и т.д.) будет в наибольшей степени выражать интересы этнических групп, не ставя при этом под угрозу территориальную целостность страны?

Эти вопросы выступают предметом спора не только в среде политиков. В течение многих десятилетий они остаются в числе наиболее обсуждаемых как в российской, так и в зарубежной научной литературе. Одни ученые являются сторонниками территориальной *аккомодации* национальных меньшинств, заключающейся в предоставлении им прав самоуправления, или автономии, в решении ряда внутренних вопросов на «их» территориях. Другие же категорически возражают против придания «этническим» территориям особого правового статуса, полагая, что такой шаг способствует углублению этнополитических расколов.

Ф.Ф. Кокошкин еще в 1917 г. выступал с критикой «этнической» децентрализации, которая, по его мнению, «не является единственным средством для культурного самоопределения национальностей»¹². В противном случае «мы будем постоянно наталки-

¹² Кокошкин Ф. Ф. Автономия и федерация / Хрестоматия по конституционному праву. Т. III. / Сост. Н.А. Богданова, Д.Г. Шустров. М., 2014. С. 306.

ваться на... границы, за которыми начинается совсем другой уклад жизни, совсем другое правовое устройство, совсем другие социально-политические задачи»¹³. Иной точки зрения придерживался Н.И. Лазаревский, полагавший, что «автономия не только не нарушает государственного единства, но его и не затрагивает», а «отказ в автономии возможен лишь при условии борьбы с проявлением местного национализма»¹⁴.

Нет единства мнений и среди современных авторов. Многие комментаторы (в особенности правоведы), ставшие в 1990-е годы свидетелями усиления этнорегионального сепаратизма на фоне продолжавшейся дезинтеграции российского общества, резко критикуют «этнизацию» территориальной структуры государства и высказываются о необходимости упразднения «национального» признака в федеративном устройстве России¹⁵. Особой атаке подвергся так называемый «этнический федерализм»¹⁶, который М.В. Глигич-Золотарева охарактеризовала как «два шага назад в эпоху родоплеменных отношений»¹⁷. Другие ученые замечают, что «этнические федерации и их институты имеют скорее положительный потенциал, чем отрицательный»¹⁸, а «федерализм, в том числе тот, который называют этническим, помогает избежать... конфликтов»¹⁹.

В зарубежной научной литературе тоже можно встретить различные суждения. Так, по мнению А. Лейпхарта, исследовавшего проблемы управления «многосоставными» обществами и предложившего оригинальную концепцию консоциальной демократии, оптимальным способом «встроить» в политическую систему территориально обособленные сегменты общества является федерализм²⁰. С ним солидарен Д. Горовиц, полагающий, что федерализм позволяет преобразовать национальное меньшинство в региональное большинство, что, в свою очередь, дает возможность подходить к решению региональных проблем с учетом особенностей соответствующей этнической группы²¹. Но имеется и противоположная позиция, основанная на опасениях, что предоставление этнической группе прав самоуправления на определенной территории может только усилить расколы в обществе и институционально «заморозить» их²².

Современные авторы предпринимают попытки объединить точки зрения сторонников территориальной аккомодации этнических групп и ее противников²³. Отмечается, что наделение «этнических» территорий автономным статусом не препятствует интеграции национальных меньшинств в общество, а, напротив, может даже способство-

¹³ Там же. С. 309.

¹⁴ Лазаревский Н.И. Автономия / Там же. С. 300–301.

¹⁵ См.: Добрынин Н.М. Российский федерализм. Становление, современное состояние и перспективы. Новосибирск, 2005. С. 28, Колюхова И.А. Указ. соч. С. 280–284.

¹⁶ См. напр.: Филиппов В.Р. Указ. соч.

¹⁷ Глигич-Золотарева М.В. Правовые основы федерализма. М., 2006. С. 109.

¹⁸ Фарукиин М.Х. Институциональные основы этнических федераций // Полис. Политические исследования. 2017. № 2. С. 114.

¹⁹ Дробижева Л.М. Указ. соч. С. 257.

²⁰ См.: Lijphart A. Consociation and Federation: Conceptual and Empirical Links // Canadian Journal of Political Science. 1979. No. 3. P. 499–515.

²¹ См.: Horowitz D. A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society. Los Angeles, 1985. P. 214.

²² The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions? P. 2.

²³ Пример такого подхода можно найти в работе: McGarry J., O'Leary B. Federation and Managing Nations. P. 189.

вать ей²⁴. Данная позиция находит поддержку и среди российских ученых. Например, В.А. Тишков, будучи последовательным сторонником интеграции всех российских народов в «нацию наций», в то же время признает, что «развитие разных форм автономии, в том числе этнотерриториальной при всех ее плюсах и минусах создает возможность ощущать правовую обеспеченность групповой целостности и воспроизводства этнической культуры»²⁵. Тем не менее универсального подхода к территориальному устройству, который мог бы быть применим ко всем полиэтническим государствам, ни наукой, ни практикой не выработано, да и вряд ли он существует.

В современной практике конституционализма территориальное устройство может использоваться для управления этническим многообразием двояко. Во-первых, государство может исходить из необходимости территориальной аккомодации этнических групп и создать в местах проживания национальных меньшинств «этнические» регионы со специальным правовым статусом, дающим, например, возможность использования языков меньшинств в школах, подачи обращений и ведения судопроизводства на таких языках, обеспечивающим представительство меньшинств в органах власти и т.д. В соответствии с конституцией или текущим законодательством такие регионы могут в той или иной степени наделяться правом на внутреннее самоуправление исходя из культурных особенностей населения (например, самостоятельно проводить культурную и языковую политику, вести вопросыми правопорядка, регулировать некоторые земельные и хозяйственные отношения и т.д.).

Во-вторых, возможна противоположная ситуация, когда внутренние границы устанавливаются таким образом, чтобы «растворить» меньшинства среди доминирующей в регионе этнической группы или «разбросать» их между несколькими регионами. В результате ни в одном из них меньшинства не образуют устойчивого большинства.

При использовании первого подхода не менее значимым является выбор способа организации государственной территории — институционального дизайна и соответствующей ему конституционно-правовой формы, в рамках которых будет осуществляться самоуправление на территориях проживания этнических групп. От выбранного способа будет зависеть объем самоуправления и правовых гарантий его реализации. Можно назвать три основных способа: этнический федерализм, территориальная автономия, создание специализированных территорий с особым конституционно-правовым режимом.

Этнический (а также лингвистический и этнолингвистический) федерализм (в западной науке используется и термин «мультинациональный федерализм») предполагает, во-первых, разграничение государственных функций и компетенции между двумя уровнями государственной власти (федеральным центром и субъектами федерации), во-вторых, участие образующих государство политико-территориальных единиц — субъектов федерации в осуществлении федеральной власти²⁶. При этом один, несколько или все субъекты образуются по этническому (национальному), лингвистическому, либо смешанному (этнолингвистическому, этноконфессиональному) признаку, будучи местами концентрированного проживания тех или иных этнических групп (в терми-

²⁴ Benedikter T. Op. cit. P. 19-20.

²⁵ Тишков В.А. Полиэтническое общество и государство: понимание и управление культурным разнообразием / Кризис мультикультурализма и проблемы национальной политики / под ред. М.Б. Погребинского и А.К. Толпыго. М., 2013. С. 172.

²⁶ Pinder J. Op. cit. P. 15.

нологии М. Берджесса — «внутренних наций»²⁷). «Этнические» субъекты федерации осуществляют государственную власть с учетом культурных и языковых особенностей населения, в частности, могут устанавливать собственный официальный язык. В региональных правовых системах, а также в организации региональных институтов могут быть учтены национальные традиции.

Территориальная автономия означает наделение публично-территориальной единицы в составе государства некоторой степенью самоуправления в решении определенных внутренних вопросов. Различают административную и политическую формы автономии²⁸. В последнем случае предполагается возможность автономных единиц принимать собственное законодательство по ряду вопросов (но в пределах, очерченных общегосударственным законодательством). В большинстве случаев территориальная автономия учреждается в местности проживания какого-либо национального меньшинства и преследует цель защитить его языковые и культурные особенности при осуществлении им самоуправления²⁹. Как правило, автономные территориальные единицы образуются в составе унитарных государств и представляют собой более самостоятельные в политическом отношении образования, чем остальные административно-территориальные единицы, не наделенные правами автономии. Однако территориальная автономия возможна и в федерациях. В этом случае автономные территории образуются, как правило, в составе субъектов федерации, имеют в сравнении с ними более низкий юридический статус и более ограниченный объем компетенции³⁰, а их представители не участвуют в работе федеральных органов власти.

Следует сказать, что федерализм и территориальная автономия имеют сходство: оба способа связаны с децентрализацией государственной власти. Поэтому в современных работах можно встретить широкую трактовку территориальной автономии как самоуправления территориальных единиц вообще. В этом смысле политическая самостоятельность субъектов федеративных государств может рассматриваться как частный случай автономии³¹. И наоборот, понятие «федерализм» может применяться не только к тем государствам, в конституциях которых закреплена федеративная форма государственного устройства, но и к тем, кто использует в территориальной организации распределение власти на два уровня на основе «разделенного управления», в частности, к государствам, в составе которых имеется территориальная автономия³². Л. Андерсон констатирует, что статус автономной единицы может быть схож со статусом субъекта федерации³³.

В то же время, как справедливо отмечается в литературе, федерализм предполагает не просто децентрализацию власти, а ее распределение в более широком политико-

²⁷ Burgess M. Op. cit. P. 26.

²⁸ См.: Лексин И.В. Территориальная автономия в системе категорий государственного устройства. С. 58–59; Федерализм в России и Канаде. С. 19–20; Чертков А.Н. Территориальное устройство Российской Федерации. С. 79–80.

²⁹ См.: Lapidoth R. Op. cit. P. 27–32.

³⁰ Чиркин В.Е. Современное государство. М., 2001. С. 163.

³¹ См.: Лексин И.В. Территориальная автономия в системе категорий государственного устройства. С. 58–59.

³² См.: Watts R. Comparing Federal Systems. Montreal/Kingston, 2008. P. 8.

³³ Anderson L. Op. cit. P. 219.

правовом контексте³⁴, территориальное рассредоточение³⁵. Говоря словами Д. Елазара — «нецентрализацию»³⁶ в том смысле, что федеративная модель не предполагает деления на «центр» и «периферию», а вся государственная власть осуществляется совместно органами власти федерального и регионального уровней, самостоятельными в пределах своей компетенции.

Необходимо также обратить внимание на следующий момент. Хотя федерализм и территориальная автономия могут применяться как способы территориальной аккомодации этнических групп, правом самоуправления в каждом случае пользуются не сами этнические группы, а в целом публично-территориальные коллективы, населяющие соответствующие территории и включающие в себя личностей как «титულიной» этнической группы, так и других групп (т.е. «внутренних» меньшинств).

В числе способов территориальной организации государства, используемых для управления этническим многообразием, следует назвать еще один — *создание специализированных территорий (земель)* для проживания этнических меньшинств. Обычно его не указывают в одном ряду с федерализмом и территориальной автономией по той причине, что он, во-первых, в строгом смысле не имеет отношения к формам государственного устройства, во-вторых, не предполагает распределения государственных функций между двумя уровнями управления. Специализированные территории, в отличие от субъектов федерации или автономных территорий, не рассматриваются в качестве универсальных территориальных единиц и не вносят корректив в существующее в государстве административно-территориальное или федеративное устройство. Они накладываются «поверх» существующего территориального деления. Децентрализация и территориальная аккомодация меньшинств в данном случае проявляются в том, что этнические группы на специализированных территориях, могут наделяться правом использовать традиционные институты социальной организации для осуществления самоуправления в соответствии с их обычными правовыми системами (в той мере, в какой это согласуется с правовой системой страны в целом). При этом, в отличие от двух предыдущих способов, самоуправлением наделяется именно этническая группа.

Чаще всего такой способ применяют к коренным народам, сохранившим родоплеменной уклад и тем самым обособляющим себя от остального населения страны. Правовой режим специализированных территорий (резерваций, земель исконного проживания коренных народов, национальных поселений и т.д.) может быть различным и в большинстве случаев предусматривает юридические гарантии сохранения традиционного хозяйства и исконной среды обитания, однако не предполагает их надления статусом публично-территориальных единиц. В некоторых странах такие территории могут иметь статус муниципалитетов, а институты социальной организации коренных народов могут интегрироваться в систему органов публичной власти (например, Совет горных гуркхов Дарджилинга в Индии, статус которого закреплен в ст. 243ЗС Конституции).

В государстве может использоваться только один из перечисленных способов (например, только этнический федерализм), либо одновременно несколько способов (в

³⁴ McGarry J., O'Leary B., Simeon R. Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation / Constitutional Design for Divided Societies... P. 86–87.

³⁵ См.: Четвернин В.А., Прохоров А.В. О правовом понимании федерализма // Российское право в Интернете. 2007. № 1 [Электронный ресурс]: // URL: https://elibrary.ru/download/elibrary_9504333_34567849.htm (дата обращения: 19.06.2017)

³⁶ Elazar D.J. Contrasting Unitary and Federal Systems // International Political Science Review. 1997. Vol. 18. No. 3. P. 243.

отношении разных этнических групп). Выбор способа обусловлен множеством факторов, относящихся как к самому государству, так и к этническим группам. Дж. Коакли предлагает учитывать тип этнической группы и ее культурные и демографические характеристики, особенности «межкультурного разделения труда», существующие в государстве традиции управления и т.д. По его мнению, чем больше численность этнической группы, тем труднее игнорировать ее территориальные притязания и тем выше может оказаться статус региона, в котором она проживает³⁷. Дж. Мак-Гэрри, Б. О'Лири и Р. Симеон полагают, что федерализм и территориальная автономия в большей степени применимы к аккомодации крупных и средних по численности этнических групп. При этом ими выявлена следующая закономерность: чем крупнее этническая группа, тем с большей вероятностью она будет требовать не только самоуправления, а участия в распределении власти на принципах федерализма³⁸. В связи с этим выбор способа территориальной аккомодации этнической группы и определение статуса того или иного «этнического» региона часто носит компромиссный и даже вынужденный характер и выступает результатом политических уступок и договоренностей между руководством страны и «этническими» лидерами.

2. Этническое многообразие и этнотерриториальная фрагментация в странах БРИКС

Для исследования территориального устройства стран БРИКС необходимо дать краткую характеристику этнического состава каждой из них. Все пять стран можно назвать полиэтническими. При этом во всех случаях этническое многообразие в той или иной степени обуславливает этнотерриториальную фрагментацию.

Полиэтнический характер *России* не нуждается в дополнительных пояснениях. Многонациональность народа Российской Федерации закреплена в преамбуле и ст. 3 Конституции 1993 г. По данным Всероссийской переписи населения 2010 г. в России проживает около 200 народов. Доминирующая этническая группа — русские — составляет порядка 80% населения страны³⁹. Они образуют этническое большинство в подавляющем числе регионов. Лишь в 13 субъектах РФ их доля в структуре населения составляет менее 50%. Часть регионов России представляет собой «этнические» субъекты Федерации: будучи исторически сформировавшимися местностями концентрированного проживания соответствующих этнических групп (отличных от русского этноса), они образованы по национальному (22 республики) или национально-территориальному (четыре автономных округа и автономная область) признаку.

Во многом сходная картина наблюдается в *Китае*: здесь также присутствует доминирующая этническая группа (ханьцы — 91% населения), но наряду с ними в стране еще 55 официально признанных народов, являющихся национальными меньшинствами, большинство из которых имеет исторические регионы проживания⁴⁰. При этом наблю-

³⁷ Coakley J. Op. cit. P. 352–354.

³⁸ McGarry J., O'Leary B., Simeon R. Op. cit. P. 85–87.

³⁹ Сайт официальной статистической информации Всероссийской переписи населения 2010 г. [Электронный ресурс]: // URL: http://www.gks.ru/free_doc/new_site/perepis2010/croc/Documents/Vol4/pub-04-01.pdf (дата обращения: 19.06.2017)

⁴⁰ Данные переписи населения 2010 г. See: Communiqué of the National Bureau of Statistics of People's Republic of China on Major Figures of the 2010 Population Census (No. 1) [Электронный ресурс]: // URL: http://www.stats.gov.cn/english/NewsEvents/201104/t20110428_26449.html (дата обращения: 19.06.2017)

дается крайне высокая неоднородность распределения этнических групп. Так, почти 92% жителей Тибетского автономного района составляют этнические тибетцы, и лишь 8% приходится на ханьцев⁴¹. Вместе с тем, исторический район Тибета (в административном отношении — Тибетский автономный район и примыкающие к нему тибетские автономные округа в соседних провинциях) занимает без малого четверть территории Китая. На востоке обширные территории занимает историческая область Синьцзян (Восточный Туркестан, 17% площади страны) — «малая родина» мусульман-уйгуров и ряда других национальных меньшинств. Ханьцы здесь составляют менее половины населения, численно уступая уйгурам.

В Южно-Африканской Республике этнические различия носят расовый характер. Более 80% населения составляют африканцы (в официальной южноафриканской терминологии — «черные»), примерно по 8,5% — потомки европейских мигрантов («белые»), а также мулаты, или «цветные» — потомки лиц, рожденных в смешанных афро-европейских браках⁴². Африканское население проживает в основном на востоке страны, в то время как на западе большая часть жителей — мулаты. Расовые группы воспринимаются южноафриканским обществом (во многом вследствие проводившейся ранее политики апартеида) как относительно автономные политические сегменты, обладающие выраженным «расовым самосознанием». Но расовые группы ЮАР также неоднородны с точки зрения этнического и языкового состава. Среди африканского населения выделяется пять основных этнических групп (зулусы, коса и др.), ни одна из которых не является доминирующей⁴³. Каждая этническая группа имеет в пределах страны исторические ареалы концентрированного проживания (например, зулусы — на юго-востоке, коса — на юге и т.д.) и язык. Самый распространенный язык — зулусский, но родным он является только у четверти населения (хотя понимает его большинство граждан). «Белое» население и мулаты в совокупности делятся на две автономные языковые группы — англофоны и африканеры (носители языка африкаанс). Языковая принадлежность, выступающая в ЮАР своего рода «суррогатом этничности»⁴⁴, продемонстрировала мобилизационный потенциал в 1993–1994 гг., когда так называемый «Народный фронт африканеров» настаивал на самоопределении и образовании «национального государства» (*Volksstaat*) в составе Республики⁴⁵.

В Бразилии около половины населения называют себя «белыми» («евробразильцами»), на долю же «афробразильцев» и мулатов приходится в совокупности более 50% жителей. Несмотря на то, что бразильское общество, как и южноафриканское, является мультирасовым, большинство населения использует португальский язык и, подобно другим иммигрантским обществам, разделяет общие политические ценности и традиции. Это объединяет их в единую бразильскую нацию и сглаживает различия, носящие в основном культурный и в некоторой степени экономический, но не поли-

⁴¹ Там же.

⁴² Данные переписи населения 2011 г. См.: Сайт официальной статистической информации ЮАР [Электронный ресурс]: // URL: http://www.statssa.gov.za/census/census_2011/census_products/Census_2011_Census_in_brief.pdf (дата обращения: 19.06.2017)

⁴³ Murray C., Simeon R. Recognition without Empowerment: Minorities in a Democratic South Africa / Constitutional Design for Divided Societies... P. 411–412.

⁴⁴ Ibid. P. 414.

⁴⁵ Henrard K. Post-Apartheid South Africa: Transformation and Reconciliation // World Affairs. 2003. Vol. 166. No. 1. P. 43–44; Ramutsindela M. National Identity in South Africa: the Search for Harmony // Geo-Journal. 1997. Vol. 43. No. 1. P. 105.

тический характер. В то же время называть бразильское общество полностью лишенным этнотерриториальной фрагментации неверно. Разделение здесь проходит между «основной нацией» и коренными индейскими народами, сохранившими племенной образ жизни и имеющими отличительные этноязыковые характеристики, самоназвания и собственные институты социальной организации. Несмотря на незначительную долю в населении страны (всего 0,4%), они, по данным Бразильского института географии и статистики, образуют в совокупности 305 этнических групп и говорят на 274 языках⁴⁶. Индейские племена компактно населяют многочисленные территории (в основном в бассейне Амазонки на севере и западе Бразилии). До принятия нынешней Конституции Бразилии (1988) считалось, что «племенные» индейцы не могут рассматриваться в качестве полноправных членов нации (а Гражданский кодекс Бразилии вплоть до 2002 г. приравнивал индейцев по степени дееспособности к несовершеннолетним), в связи с чем проводилась политика их интеграции. Принятое официально противопоставление самобытных коренных народов Бразилии «полноправным бразильцам» способствовало политической мобилизации этих народов и росту их национального самосознания⁴⁷.

Наиболее пестрый этнический и культурный состав населения — в Индии, являющейся одним из ярких примеров «многосоставного» общества⁴⁸. Назвать точное количество этнических групп в этой стране затруднительно, поскольку в качестве первоосновы социальных коллективов здесь выступают, как правило, не этносы, а «этноконфессиональные альянсы с зачастую хрупким межобщинным взаимодействием»⁴⁹. С этнолингвистической точки зрения территория Индии напоминает мозаику. Ее население говорит на 448 языках⁵⁰ (имеющих в совокупности около 2000 наречий и диалектов). Самый распространенный язык — хинди, но на нем говорит только 41% населения, проживающего преимущественно на севере страны. Территориальная фрагментация, кроме того, проявляется по конфессиональному признаку: в Кашмире большинство составляют мусульмане, в Пенджабе — сикхи (в то время как в целом по стране 80% населения исповедует индуизм). Своеобразна фрагментация северо-востока Индии, населенного множеством малочисленных тибето-бирманских народов, длительное время развивавшихся изолированно от индоарийской цивилизации и сохранивших родоплеменной уклад. В культурном отношении они имеют существенные отличия от населения «основной» части Индии, а некоторые из них в колониальный период были христианизированы. Каждый из таких народов говорит на отдельном языке и занимает исконное пространство, обычно небольшое. Их культурные отличия от остального населения Индии подпитывают распространенный в этой части страны этнорегиональный сепаратизм.

Таким образом, во всех странах БРИКС имеются признаки этнотерриториальной фрагментации. В Индии и в ЮАР она носит наиболее сложный характер, поскольку

⁴⁶ Данные переписи населения 2010 г. См.: Официальный сайт Бразильского института географии и статистики [Электронный ресурс]: // URL: <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/atlas/> (дата обращения: 19.06.2017)

⁴⁷ См.: *Oliveira Neves L. The Struggles for Land Demarcation by the Indigenous Peoples of Brazil / Another Knowledge Is Possible: Beyond Northern Epistemologies / Ed. by B. de Sousa Santos. L., 2007. P. 112–113.*

⁴⁸ См.: *Lijphart A. The Puzzle of Indian Democracy: A Consociational Interpretation // The American Political Science Review. 1996. Vol. 90. No. 2. P. 258–259.*

⁴⁹ *Тишков В.А. Усложняющееся разнообразие: как его понимать и упорядочить / Культурная сложность современных наций / отв. ред. В.А. Тишков, Е.И. Филиппова. М., 2016. С. 11.*

⁵⁰ *Etnologue: Languages of the world [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.ethnologue.com/country/IN/languages> (дата обращения: 19.06.2017)*

одновременно основана на нескольких типах групповой идентичности. В наименьшей степени этнотерриториальная фрагментация выражена в Бразилии, где она связана с коренными народами, ведущими племенной образ жизни и занимающими незначительную долю в структуре населения.

3. Федерализм, территориальная автономия и специализированные территории в конституционном праве стран БРИКС

Рассмотрим особенности конституционно-правового регулирования территориального устройства Индии, Китая, ЮАР и Бразилии с позиции управления этническим многообразием (территориальное устройство России с этой точки зрения является темой отдельной дискуссии).

Федерализм как способ организации государственной территории используется в России, Индии и Бразилии. Причем в первых двух государствах он непосредственно связан с территориальной аккомодацией этнических групп.

После провозглашения Индией независимости ее федеративное устройство не учитывало этнотерриториальной фрагментации общества. Однако с 1956 г. здесь действует лингвистический принцип образования субъектов федерации, в соответствии с которым в каждом штате большинство населения использует определенный язык или несколько языков. Ст. 345 Конституции Индии (1950)⁵¹ предусматривает право законодательного органа штата установить один или несколько языков, употребляемых в таком штате, в качестве официальных. Ст. 350 Конституции дает гражданам право подавать жалобы на любом языке, используемом в Индии или в соответствующем штате.

Лингвистический федерализм в Индии в то же время не является формой самоопределения или самоуправления языковых групп или народов — носителей соответствующих языков. Языковые группы в индийской конституционной доктрине не рассматриваются как коллективные субъекты, обладающие правами самоуправления. Федерализм в данном случае носит во многом функциональный характер и направлен, с одной стороны, на преодоление сепаратизма нехиндиязычных народов, в частности тамил⁵², с другой — на создание условий для интеграции всех языковых и этнических групп в единое политическое и правовое пространство Индии (в России во многом теми же соображениями продиктовано право республик устанавливать собственные государственные языки). Поэтому он изначально мыслился основателями современного индийского государства как способ аккомодации именно наиболее крупных языковых, но не этнических или религиозных групп.

В отношении некоторых малочисленных народов северо-востока Индии (главным образом тех, чьи политические притязания на исконные территории были выражены наиболее отчетливо) был выбран другой способ аккомодации — предоставление отдельным местностям *территориальной автономии* в составе полиэтнического штата

⁵¹ Конституции государств Азии: в 3 т. Т. 2. Средняя Азия и Индостан / под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2010. С. 177–448.

⁵² Chadda M. Minority Rights and Conflict Prevention: Case Study of Conflicts in Indian Jammu and Kashmir, Punjab and Nagaland [Электронный ресурс]: // URL: <http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-82-Minority-Rights-and-Conflict-Prevention-Case-Study-of-Conflicts-in-Indian-Jammu-and-Kashmir-Punjab-and-Nagaland.pdf> (дата обращения: 19.06.2017)

Ассам⁵³. Приложение 6 к Конституции Индии предусматривает создание автономных округов и автономных областей на «территориях племен», учреждение их законодательных органов (советов) и передачу им части законодательных полномочий для решения вопросов их внутренней организации в соответствии с их традициями и правовыми системами (например, в сферах землепользования, наследования, брачно-семейных отношений). В свою очередь, акты индийского Парламента или легислатуры штата по вопросам, отнесенным к компетенции окружных и областных советов, могут применяться в пределах автономных единиц только на основании распоряжения соответствующего совета. Децентрализация затрагивает и судебную сферу: окружные и областные советы могут учреждать суды для рассмотрения споров, стороны которых принадлежат к племенам, зарегистрированным в пределах соответствующего автономного округа или автономной области.

Однако территориальная автономия как «облегченный» вариант самоуправления не устраивала этнических лидеров некоторых северо-восточных народов (таких, как нага и мизо), требовавших независимости и прибегавших к насильственным методам борьбы. После нескольких лет вооруженного противостояния политическое руководство страны сделало уступку сепаратистам: в 1963 г. на карте Индии появился первый «этнический» штат Нагаленд, впоследствии — Манипур, Мизорам, Трипура и Мегхалая. Создание этих штатов было компромиссным решением: сепаратистские движения были сильны, Индия фактически утратила контроль над рядом территорий и рисковала их лишиться совсем. В отличие от «лингвистических» штатов, в которых языковые группы не рассматриваются в качестве коллективных субъектов — носителей групповых прав, «этнические» штаты «привязаны» к соответствующей «титულიной» этнической группе и выступают как форма ее самоуправления. Это отражается в их конституционном статусе. Например, Нагаленд и Мизорам, подобно автономным территориям, получили право осуществлять законодательное регулирование согласно обычаям местных племен (ст. 371A и 371G Конституции). Федеральные же законы имеют на данных территориях ограниченное применение и вступают в силу только после их санкционирования законодательными собраниями штатов. В индийской научной литературе есть точка зрения, что федерализация северо-востока оказалась следствием фактического провала политики территориальной автономии⁵⁴. Тем не менее автономия по-прежнему используется в десяти округах в Ассаме и других северо-восточных штатах и, как и федерализм, часто выступает результатом политического компромисса с лидерами сепаратистских движений.

Наиболее широко *территориальная автономия* как способ территориальной организации полиэтничного государства используется в Китае. Существенное его отличие от Индии — в том, что здесь она служит основным (и единственным) способом аккомодации этнических меньшинств внутри унитарного государства, в то время как в Индии это дополнение к первичному федеративному устройству, которое применяется исключительно в отношении коренных народов северо-востока и образует третий уровень территориальной организации государства (наряду с федеральным уровнем и уровнем штатов).

⁵³ Dhar I. Assam through the Prism of Reorganisation Experience / Interrogating Reorganization of States / Ed. by A. Sarangi and S. Pai. New Delhi, 2011. P. 286.

⁵⁴ Suan Hausing K. Asymmetric Federalism and the Question of Democratic Justice in Northeast India // India Review. 2014. Vol. 13. No. 2. P. 88.

Региональная национальная автономия рассматривается в китайской доктрине как форма территориального самоуправления (но не самоопределения) соответствующего национального меньшинства и создается в местах концентрированного проживания неханьских этнических групп. Всего в Китае 155 территориальных единиц, обладающих статусом региональной национальной автономии в соответствии со ст. 4 и 30 Конституции КНР (1982)⁵⁵ и Законом о региональной национальной автономии (1984)⁵⁶. Они входят в состав Китая наряду с «неавтономными» территориальными единицами (провинциями, уездами и т.п.), не связанными с каким-либо национальным меньшинством. В зависимости от ареала проживания этнической группы автономные территории могут быть образованы на трех уровнях: провинциальном (автономные районы), окружном (автономные округа) и уездном (автономные уезды).

Правовой статус автономных территорий независимо от их уровня в целом одинаков. В соответствии с Конституцией КНР и Законом 1984 г. их собрания народных представителей могут принимать собственное законодательство в сферах образования (которое может вестись на языке соответствующего меньшинства), культуры, спорта, планирования и т.д. В этих собраниях устанавливаются квоты представительства как «титულიной» этнической группы, так и других этнических групп. К «титულიной» национальности должно принадлежать лицо, занимающее должность председателя автономии.

В то же время ст. 7 Закона 1984 г. прямо указывает на приоритет общегосударственных интересов при осуществлении прав автономии: органы самоуправления автономных единиц «должны ставить интересы всего государства выше каких-либо других интересов и предпринимать необходимые усилия для выполнения задач, поставленных вышестоящими государственными органами». Ст. 5 Закона предписывает им «защищать единство страны и гарантировать, что Конституция и другие законы будут соблюдаться и исполняться на [их] территориях». В силу данных положений большинство инициатив собственного автономного регулирования воспринимается вышестоящими органами как попытка поставить региональные или национальные интересы выше государственных⁵⁷, поэтому фактически законодательные полномочия собраний автономных территорий существенно ограничены. К тому же законы автономных территорий подлежат обязательному согласованию с вышестоящими собраниями народных представителей, получить которое удается крайне редко. Такое положение объясняется тем, что территориальная автономия служит частью политики КНР, направленной на последовательную интеграцию неханьских народов в китайское социалистическое общество (во многом основанное на конфуцианских ценностях доминирующего этноса — ханьцев) и «сплочение различных национальностей»⁵⁸. Будучи встроенной в иерархическую структуру государственного управления, территориальная автономия является не столько компромиссом между интересами национальных меньшинств и общегосударственными интересами, сколько инструментом доведения до неханьских народов государственной идеологии, трансформации их сознания в духе этой идеологии и «встраивания» в надэтническое социалистическое общество, в котором не долж-

⁵⁵ Конституции государств Азии: в 3 т. Т. 3. Дальний Восток. М., 2010. С. 224–258.

⁵⁶ Law of the People Republic of China on Regional National Autonomy. Adopted on May 31, 1984 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.npc.gov.cn> (дата обращения: 19.06.2017)

⁵⁷ *Haiting Z.* The Laws on the Ethnic Minority Autonomous Regions in China // *Loyola University Chicago International Law Review*. 2012. Issue 2. P. 254–255.

⁵⁸ *Чжэн Кай.* Указ. соч. С. 16.

но быть места этничности⁵⁹. Территориальная автономия хотя и предполагает довольно ограниченную меру самоуправления, но предназначена в основном для осуществления государственной политики на национальных окраинах с учетом местных условий и культурных особенностей. По этой причине в западной литературе есть мнение, что национально-территориальная автономия КНР в действительности таковой не является⁶⁰.

Довольно любопытна с точки зрения исследуемого вопроса территориальная организация Южно-Африканской Республики. В российской конституционно-правовой науке это государство часто именуется «региональным»⁶¹: в соответствии с Конституцией ЮАР (1996)⁶² оно не является федерацией, однако каждая из девяти его провинций обладает законодательной компетенцией по широкому кругу вопросов, вправе принимать свою конституцию и, подобно субъектам федеративного государства, направляет представителей в верхнюю палату Парламента Республики (Национальный совет провинций). Провинции ЮАР, таким образом, могут рассматриваться как вариант законодательной территориальной автономии. Но такая автономия не является, как в Китае или Индии, «этнической»: образование провинций не было обусловлено культурными отличиями, а самоуправление на провинциальном уровне не предполагает учета этнокультурных особенностей местного населения, за исключением языка.

Когда в 1993 г. устанавливались межпровинциальные границы, в основу территориального деления страны было положено десять критериев, в числе которых — исторически сложившиеся связи между различными частями государства, доступность инфраструктуры, экономическая жизнеспособность будущих регионов и т.д. Этнические и расовые соображения формально при этом не учитывались (они неизбежно воспринимались как попытка реинкарнации апартеида и бантустанов), однако последними в перечне критериев все же были названы «культурные и языковые реалии»⁶³. В результате юридически закрепленные внутренние границы ЮАР во многом воспроизводят границы между историко-географическими регионами, складывавшиеся на протяжении нескольких веков. Хотя ни одна из провинций не рассматривается как «национальная» или «этническая», фактически в каждой из них доминирует одна или несколько этнических или языковых групп (что обусловлено особенностями их расселения, описанными выше). Например, провинция Квазулу-Натал в основном — историческая территория проживания зулусов и распространения зулусского языка; Восточно-Капская провинция — территория преимущественного проживания народа коса и распространения языка исикоса и т.д.

По этой причине ст. 6 Конституции ЮАР закрепляет в качестве официальных 11 языков, «заслуживающих равного уважения», и предписывает как национальному правительству, так и региональным правительствам использовать в своей деятельности по меньшей мере два из них. Ни один из языков не обладает в ЮАР особым статусом, однако в качестве *lingua franca* используется английский⁶⁴. Нельзя не отметить сходства

⁵⁹ Закурдаев А. А. Национальная идентичность как продукт управляемых этнических процессов в КНР // Культурная сложность современных наций. С. 317.

⁶⁰ Benedikter T. Op. cit. P. 218.

⁶¹ Чиркин В.Е. Указ. соч. С. 189.

⁶² [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/SACConstitution-web-eng.pdf> (дата обращения: 19.06.2017)

⁶³ Christopher A. Regionalization and Ethnicity in South Africa 1990-1994 // Area. 1995. Vol. 27. No. 1. P. 4.

⁶⁴ Murray C., Simeon R. Op. cit. P. 429.

данного подхода с лингвистическим федерализмом в Индии: в обеих странах языковые группы, составляющие большинство населения соответственно в провинции или штате, не рассматриваются с точки зрения конституционного права как коллективные субъекты осуществления регионального самоуправления (в отличие, например, от национальностей в Китае), однако языковые особенности во многом обуславливают территориальную организацию каждой из этих стран.

Собственно этнический фактор в ЮАР также проявляет себя как на провинциальном, так и на местном уровнях власти. Конституция Республики признает существование так называемых традиционных институтов этнических групп, в том числе «традиционной монархии, где она применяется» (ст. 143) и местных «традиционных лидеров» (ст. 212 и 212). Эти институты не встроены в систему конституционных органов власти, однако обладают авторитетом и играют большую символическую и культурную роль. Некоторое время назад провинция Квазулу-Натал пыталась закрепить статус так называемого «короля зулусов» в провинциальной конституции⁶⁵.

Интересно, что в ЮАР территория используется не только для аккомодации языковых и этнических групп, но также для «перемешивания» расовых групп. Такой подход применяется на местном уровне и нацелен на преодоление последствий апартеида и интеграцию «черного» населения в мультирасовые местные сообщества. Для этого границы между муниципалитетами по возможности проводились таким образом, чтобы в каждом муниципалитете одна часть представляла собой бывшие «белые» земли, а другая располагалась бы на бывших территориях бантустана⁶⁶.

Следует привести пример еще одного способа использования территориальной организации государства для управления этническим многообразием. Он применяется в Бразилии и нацелен не столько на интеграцию меньшинств, сколько, напротив, на сохранение их культурной и хозяйственной самобытности как залога сохранения экосистемы. Несмотря на то, что эта страна, подобно Индии и России, является федерацией, федерализм здесь не выступает способом территориальной аккомодации этнических или языковых групп⁶⁷. С учетом того, что этнотерриториальная фрагментация связана главным образом с малочисленными коренными индейскими народами, не заявляющими выраженных притязаний на занимаемые ими территории, ст. 232 Конституции Бразилии (1988)⁶⁸ предусматривает наименее политизированный способ их территориальной аккомодации — *создание специализированных территорий*. Земли традиционного проживания индейцев (в настоящее время их 704⁶⁹) пользуются специальной конституционной защитой, но при этом не наделяются самостоятельным статусом и не имеют собственных органов управления, статус которых признавался бы федеральным законодательством. Индейские общины обладают правом пользования (узуфрукта) соответствующими землями для проживания и ведения на них традиционного хозяйства, но как этнические группы не имеют на эти территории политических прав. В 2009 г. это

⁶⁵ Brand D. Asymmetry in Federal Systems — Constitutional Arrangements in South Africa / Asymmetries in Constitutional Law. Recent Developments in Federal and Regional Systems / Ed. by F. Palermo, C. Zwillinger and K. Kossler. Bozen/Bolzano, 2009. P. 129–130.

⁶⁶ Ramutsindela M. Op. cit. P. 106–107.

⁶⁷ Souza C. Brazil: The Prospects of a Center-Constraining Federation in a Fragmented Polity // Publius: The Journal of Federalism. 2002. Vol. 32. № 2. P. 24.

⁶⁸ Конституции государств Америки: в 3 т. Том 3. Южная Америка. М., 2006. С. 123–302.

⁶⁹ Current Legal Status of Indigenous Lands in Brazil [Электронный ресурс]: // URL: <https://pib.socioambiental.org/en/c/0/1/2/situacao-juridica-das-tis-hoje> (дата обращения: 19.06.2017)

подтвердил Федеральный верховный суд Бразилии, постановивший, что традиционные земли индейцев имеют исключительно социокультурное значение и не могут рассматриваться как основа провозглашения независимости коренных народов⁷⁰.

Самостоятельность и самоорганизация племен на землях индейцев, таким образом, не рассматривается в Бразилии как автономия или самоуправление в юридическом или политическом смысле. Функционирование институтов коренных народов в пределах их традиционных земель «молчаливо» допускается, однако решения традиционных органов самоуправления индейцев с точки зрения бразильского законодательства не имеют юридического признания. В этом состоит отличие Бразилии как от ЮАР, законодательство которой закрепляет институт «традиционного лидерства», так и от Индии, где традиционные институты и обычное право племен признаются Конституцией в качестве одного из элементов статуса «этнических» штатов и автономных территорий.

Отметим, что способ территориальной аккомодации малых народов, используемый в Бразилии (помимо «земель индейцев» он используется здесь также в отношении *киломбол* — традиционных поселений потомков африканских переселенцев), применяется (с теми или иными вариациями) также в ЮАР (в отношении племен бушменов и готтентотов), Индии (в отношении «включенных в списки племен», преимущественно в так называемом «племенном поясе» в центральной части страны), а также (с рядом существенных оговорок) в России (территории традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока⁷¹). Во всех случаях цель создания таких территорий не носит политического характера и не является ответом на региональный сепаратизм, а заключается, прежде всего, в защите прав коренных народов на землю и природные ресурсы как основу традиционного хозяйствования. При этом следует отметить, что в Индии традиции племенных народов могут учитываться при осуществлении местного самоуправления, а в *панчаятах* (сельских органах самоуправления) и муниципалитетах за представителями таких племен согласно ст. 243С и 243Т Конституции резервируется определенное число мест. Тем самым в Индии (в отличие от Бразилии и России) за концентрированно проживающими малыми народами признается коллективное право на политическое участие.

Выводы

Страны БРИКС демонстрируют, насколько по-разному может использоваться государственная территория для управления этническим многообразием. При этом прослеживается зависимость между характером и степенью этнотерриториальной фрагментации, с одной стороны, и выбранным способом территориальной организации — с другой.

Способы территориальной аккомодации этнической группы во многом зависят от интенсивности ее политических притязаний на занимаемую территорию. Наиболее рельефно данная закономерность прослеживается в Индии, где «этнический» федерализм, предполагающий наиболее высокую степень самоуправления территориальных единиц, служит ответом на вызовы регионального сепаратизма, когда обычная терри-

⁷⁰ Indigenous Rights in South America: FPIC and Other Key Issues for Natural Resource Development / Ed. by J. Sonoda. New Westminster, 2016. P. 98–99.

⁷¹ См.: Федеральный закон от 07.05.2001 № 49-ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» // Российская газета. 11.05. 2001.

ториальная автономия уже не способна сдерживать центробежные тенденции. Напротив, если этническая группа не заявляет выраженных притязаний на территорию, а ее интересы заключаются преимущественно в сохранении традиционного образа жизни, то ей предоставляется минимальная степень самоуправления, необходимая для воспроизводства традиционных форм хозяйствования и жизнедеятельности, но не предполагающая автономии в политическом и юридическом понимании. С этих позиций и в контексте сравнительного исследования «национальный» федерализм в России не выглядит политико-правовой аномалией. В начале 1990-х гг. он был единственным способом сохранения государственной целостности в условиях набиравшего обороты этнорегионального сепаратизма, приведшего к «параду суверенитетов»⁷².

Можно назвать еще одну зависимость: чем сложнее этническое многообразие и чем больше типов идентичности обуславливают этнотерриториальную фрагментацию общества, тем разнообразнее способы территориальной организации государства и конституционные формы ее закрепления. Этот вывод подтверждается примерами Индии и ЮАР.

Конституционный опыт стран БРИКС свидетельствует, что территориальная аккомодация этнических групп (с использованием различных способов) является, во-первых, общей тенденцией, независимо от географического положения и культурно-исторического потенциала государства, во-вторых, вопреки часто выражаемым опасениям, не всегда способствует углублению расколов, но также может преследовать цель интегрировать общество в нацию. Роль территориального фактора в интеграции полиэтнических обществ, в частности России, является темой дальнейшей дискуссии.



Библиография

- Закурдаев А.А. Национальная идентичность как продукт управляемых этнических процессов в КНР / Культурная сложность современных наций / отв. ред. В.А. Тишков, Е.И. Филиппова. М.: Политическая энциклопедия, 2016. С. 306–326.
- Кузнецова С.С. Этнические и экономические аспекты индийского федерализма и их отражение в конституционном праве (на примере штата Джаркханд) // Российское право: образование, практика, наука. 2016. № 4. С. 43–47.
- Семенов И.С. Политика идентичности и идентичность в политике: этнонациональные ракурсы, европейский контекст // Полис. Политические исследования. 2016. № 4. С. 8–28.
- Тишков В.А. Усложняющееся разнообразие: как его понимать и упорядочить / Культурная сложность современных наций / отв. ред. В.А. Тишков, Е.И. Филиппова. М.: Политическая энциклопедия, 2016. С. 7–18.
- Фарукшин М.Х. Институциональные основы этнических федераций // Полис. Политические исследования. 2017. № 2. С. 103–117.
- Чиркин В.Е. Современное государство. М.: Международные отношения, 2001. 416 с.
- Anderson L. Federal Solutions to Ethnic Problems. Abingdon: Routledge, 2013. 321 p.
- Benedikter T. The World's Modern Autonomy Systems. Bozen/Bolzano: EURAC Research, 2009. 306 p.
- Burgess M. Multinational Federalism in Multinational Federations / Multinational Federalism / Ed. by M. Seymour and A.-G. Cagnon. L.: Palgrave Macmillan, 2012. P. 23–44.
- Dhar I. Assam through the Prism of Reorganization Experience / Interrogating Reorganization of States / Ed. by A. Sarangi and S. Pai. New Delhi: Routledge, 2011. P. 282–301.
- Haiting Z. The Laws on the Ethnic Minority Autonomous Regions in China // Loyola University Chicago International Law Review. 2012. Vol. 9. Issue 2. P. 249–264.

⁷² Болтенкова Л.Ф. Указ. соч. С. 292–293.

Howland D. The Dialectics of Chauvinism: Minority Nationalities and Territorial Sovereignty in Mao Zedong's New Democracy // *Modern China*. 2011. No 37 (2). P. 170–201.

Indigenous Rights in South America: FPIC and Other Key Issues for Natural Resource Development / Ed. by J. Sonoda. New Westminster: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2016. 252 p.

The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions? Ed. by J. Erk and L. Anderson. Abingdon: Routledge, 2010. 132 p.

Suan Hausing K.K. Asymmetric Federalism and the Question of Democratic Justice in Northeast India // *India Review*. 2014. Vol. 13. No. 2. P. 87–111.

Territorial Structure of State as a Tool of Ethnic Diversity Management (Constitutional Law Regulation in the BRICS Countries)



Arthur Mochalov

Associate Professor, Constitutional Law Department, Ural State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 21 Komsomol'skaya Str., Yekaterinburg 620137, Russia. E-mail: artur.mochalov@usla.ru



Abstract

A large number of modern states are characterized by ethnic-territorial fractionalization. It means that separate regions of a state might be territories of concentration of ethnic groups which constitute a significant part or a local majority of population within these territories but have a position of national minorities within the state as a whole. The article discusses the ways in which the ethnic structure of population is reflected in constitutional-law regulation of territorial structure of a state. The comparative law analysis of the 'ethnic' factor in the constitutional rulings concerning territorial structure is represented in the article. The author has studied constitutions of the BRICS countries (Brazil, Russia, India, China, and South Africa) to demonstrate that all these states despite of their geographical positions and historical backgrounds take into consideration ethnic-territorial fractionalization in organization of the territories and choice of an appropriate constitutional form of such structuration. In the article the distinctions between the approaches in different states are described and explained. In the author's opinion, a state territory serves as a tool of ethnic diversity management. A state's constitution can give a special legal status to a region inhabited by an ethnic minority and stipulate self-government (or self-administration) for such regions (so-called territorial accommodation of ethnic groups). Conversely, internal borders can be drawn in a manner to prevent domination of an ethnic minority in a region. Self-government, in turn, can be exercised within different constitutional-law frameworks such as federalism, territorial autonomy and creation of special territories under constitutional protection. The author shows different approaches and mechanisms implemented in the BRICS countries and concludes that a mechanism of territorial accommodation of an ethnic group in a particular case depends on political demands of the group with respect to 'its' territory. At the same time, self-government of 'ethnic' regions not always leads to deepening cleavages between ethnic groups. The opposite is true: it can contribute social integration.



Keywords

ethnic diversity; ethnic-territorial fractionalization, territorial structure of state, self-government, federalism, territorial autonomy, national minorities, indigenous peoples.

Citation: Mochalov A.N. (2017) Territorial Structure of State as a Tool of Ethnic Diversity Management (Constitutional Law Regulation in the BRICS Countries). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 154–173 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.154.173



References

- Anderson L. (2013) *Federal Solutions to Ethnic Problems*. Abingdon: Routledge, 321 p.
- Benedikter T. (2009) *The World's Modern Autonomy Systems*. Bozen/Bolzano: EURAC Research, 306 p.
- Brand D. (2009) Asymmetry in Federal Systems — Constitutional Arrangements in South Africa. Palermo F., Zwilling C., Kossler K. (eds.) *Asymmetries in Constitutional Law. Recent Developments in Federal and Regional Systems*. Bozen/Bolzano: EURAC Research, pp. 117–131.
- Burgess M. (2012) Multinational Federalism in Multinational Federations. Seymour M., Cagnon A.-G. (eds.) *Multinational Federalism*. London: Palgrave Macmillan, pp. 23–44.
- Chertkov A.N. (2009) *Territorial'noe ustroystvo Rossiiskoi Federatsii. Pravovye osnovy* [Territorial Structure of the Russian Federation: The Legal Grounds]. Moscow: Kontrakt, 344 p. (in Russian)
- Choudhry S. (2008) Bridging Comparative Politics and Comparative Constitutional Law: Constitutional Design in Divided Societies. Choudhry S. (ed.) *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* New York: Oxford University Press, pp. 3–40.
- Dhar I. (2011) Assam through the Prism of Reorganisation Experience. Sarangi A., Pai S. (eds.) *Interrogating Reorganisation of States*. New Delhi: Routledge, p. 282–301.
- Dobrynin N.M. (2005) *Rossiiskii federalizm. Stanovlenie, sovremennoe sostoyanie i perspektivy* [The Russian Federalism. The Origin, Current Situation, and Perspectives]. Novosibirsk: Nauka, 429 p. (in Russian).
- Erk J., Anderson L. (eds.) (2010) *The Paradox of Federalism: Does Self-Rule Accommodate or Exacerbate Ethnic Divisions?* Abingdon: Routledge, 132 p.
- Filippov V.R. (2003) *Kritika etnicheskogo federalizma* [The Critics of Ethnic Federalism]. Moscow: RAN, 379 p. (in Russian).
- Gligich-Zolotareva M.V. (2006) *Pravovye osnovy federalizma* [The Legal Grounds of Federalism]. Moscow: Yurist, 422 p. (in Russian).
- Haiting Z. (2012) The Laws about Ethnic Minority Autonomous Regions in China. *Loyola University Chicago International Law Review*, vol. 9, issue 2, pp. 249–264.
- Howland D. (2011) The Dialectics of Chauvinism: Minority Nationalities and Territorial Sovereignty in Mao Zedong's New Democracy. *Modern China*, no 2, pp. 170–201.
- Leksin I.V. (2014) *Territorial'noe ustroystvo Rossii. Konstitutsionno-pravovye problemy* [The Territorial Structure of Russia: Constitutional Problems]. Moscow: Lenand, 432 p. (in Russian)
- McGarry J., O'Leary B. (2007) Federation and Managing Nations. Burgess M., Pinder J. (eds.) *Multinational Federations*. Abingdon: Routledge, pp. 180–211.
- McGarry J., O'Leary B., Simeon R. (2008) Integration or Accommodation? The Enduring Debate in Conflict Regulation // Choudhry S. (ed.) *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* New York: Oxford University Press, pp. 41–88.
- Murray C., Simeon R. (2008) Recognition without Empowerment: Minorities in a Democratic South Africa // *Constitutional Design for Divided Societies: Integration or Accommodation?* Pp. 409–437.
- Oliveira Neves L. (2007) The Struggle for Land Demarcation by the Indigenous Peoples of Brazil. Sousa S. (ed.) *Another Knowledge Is Possible: Beyond Northern Epistemologies*. London: Verso, pp. 105–119.
- Pinder J. (2007) Introduction. Burgess M., Pinder J. (eds.) *Multinational Federations*. Abingdon: Routledge, pp. 1–16.
- Sonoda J. (ed.) (2016) *Indigenous Rights in South America: FPIC and Other Key Issues for Natural Resource Development*. New Westminster (B.C.): Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 252 p.
- Souza S. (2002) Brazil: The Prospects of a Center-Constraining Federation in a Fragmented Polity. *Publius: The Journal of Federalism*, vol. 32, no 2, pp. 23–48.
- Watts R. (2008) *Comparing Federal Systems*. Montreal-Kingston: Queen's University Press, 206 p.

Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств



К.Е. Сюрмеев

аспирант кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), младший юрист юридической фирмы «Флайтмен и Прист». Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садово-Кудринская, 9. E-mail: k.surmeev@gmail.com



Аннотация

Параллельные судебные разбирательства трансграничных споров стали распространенной и многоаспектной проблемой в сфере международной подсудности. Эта проблема требует исследования и решения как на уровне международного сообщества, так и на уровне отдельных государств. Статья посвящена сравнительно-правовому анализу норм законодательства иностранных государств, регулирующих параллельные судебные разбирательства, а также исследованию соответствующей правоприменительной практики. Автор разделяет подходы к регулированию проблемы параллельных разбирательств на континентальный подход и подход стран «общего права». В связи с этим исследуются положения законодательства таких стран, как США, Англия, Канада, а также право ЕС, Швейцарии, Турции и Японии. Необходимость выделения двух подходов объясняется наличием объективно сформировавшихся принципов правового регулирования отношений, возникающих в связи с параллельными разбирательствами. При этом в основе указанных принципов выделяются такие социально-правовые ценности, как справедливость и законность, которые предопределяют логику и обоснование применения обозначенных подходов. Подход стран «общего права» направлен на максимально справедливое и эффективное разрешение трансграничного спора, о чем свидетельствует возможность суда применять доктрину *forum non conveniens* и учитывать обстоятельства дела для обоснования своей юрисдикции или юрисдикции иностранного суда на рассмотрение спора. Континентальный подход ориентирован на предсказуемость и определенность при разрешении вопроса о приостановлении или, наоборот, об отказе в приостановлении производства по делу в связи с параллельным разбирательством. Специфика подхода стран «общего права» проявляется в возможности обоснования легитимации параллельных процессов, что, несомненно, противоречит основным положениям континентального подхода, согласно которому параллельные процессы недопустимы. Стороны трансграничных коммерческих правоотношений, планируя процессуальную стратегию еще до возникновения спора, могут учитывать особенности того или иного подхода в целях возможного использования эффекта от параллельных разбирательств. Это может проявляться, например, в получении скорейшего преюдициального судебного акта. В связи с этим сделан вывод, что на настоящем этапе развития норм международной юрисдикции отсутствует однозначное решение проблемы параллельных разбирательств.



Ключевые слова

трансграничные коммерческие споры, параллельные разбирательства, конкуренция юрисдикций, международный гражданский процесс, международная подсудность, сравнительное право-ведение.

Библиографическое описание: Сюрмеев К.Е. Параллельные разбирательства в практике разрешения трансграничных споров: сравнительно-правовой анализ законодательства иностранных государств // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 174–187.

JEL: К 41; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.174.187

Предметом исследования настоящей статьи выступают общественные отношения, возникающие в связи с параллельными судебными разбирательствами трансграничных споров. Проблематика параллельных разбирательств наиболее полным образом проявляется в ситуациях, когда на разрешение спора претендуют два или более юрисдикционных органа, находящихся в разных странах. В правовой литературе такое явление получило название конкуренции юрисдикций¹.

Возможность попадания правоотношения в сферу конкуренции юрисдикций возникает при наличии в правоотношении иностранного элемента, который придает такому правоотношению характер трансграничности. Трансграничность спора является предпосылкой для возникновения параллельных разбирательств, так как зачастую иностранный элемент в том или ином виде обуславливает возможную юрисдикцию у конкретного иностранного суда. Данный факт, несомненно, дает сторонам трансграничного правоотношения повод для злоупотребления своим правом на обращение в суд с целью создать себе удобные условия в процессе рассмотрения дела.

Под параллельными разбирательствами в настоящей работе понимаются два или более процесса разрешения трансграничного спора, возникших на основании одних и тех же обстоятельств между тем же сторонами и проходящих одновременно в разных юрисдикционных органах. В качестве юрисдикционных органов могут рассматриваться как государственные, так и третейские суды (арбитражи).

Стоит отметить, что существует несколько подходов к определению параллельных разбирательств. Например, американский ученый Дж. Джордж рассматривает параллельные разбирательства не только как полностью тождественные споры между одинаковыми сторонами, но и как споры, решение по одному из которых может иметь существенный преюдициальный эффект для других. Кроме того, по его мнению, ситуация параллельных разбирательств также включает в себя производные или взаимосвязанные иски². По мнению М. Уилсона³, параллельные разбирательства охватывают случаи одновременного рассмотрения двух или более исков, в которых, по крайней мере, одно из требований или одна из сторон настолько связаны с другим спором, что решение по одному из таких непосредственно повлияет на другое.

¹ Право и экономическая деятельность: современные вызовы / отв. ред. А.В. Габов. М., 2015. С. 169.

² George J. International Parallel Litigation: A Survey of Current Conventions and Model Laws // Texas International Law Journal. Vol. 37. P. 500–501.

³ Wilson M. Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Parallel State Court Proceedings: Impact of Colorado River // University of Chicago Law Review. Issue 3. P. 641.

В российской юридической литературе сформировался единообразный подход к определению параллельных разбирательств, согласно которому параллельные разбирательства — ситуация, когда *фактически* один и тот же спор одновременно передается на рассмотрение различных юрисдикционных органов⁴. Сфера инвестиционного арбитража хотя и интересна в аспекте параллельных разбирательств, в рамках данной статьи тем не менее не исследуется, так как инвестиционные правоотношения и процедура разрешения споров, возникающих в связи с ними, регулируются международными договорами о защите инвестиций, а не национальным правом какого-либо государства.

В настоящее время в иностранной судебной практике и правовой доктрине сложились две модели нормативного регулирования проблемы параллельных разбирательств: континентальный подход и подход стран «общего права». Указанные подходы стали результатом универсализации правового регулирования, осуществляемого нормами законодательства различных стран⁵.

Формирование двух концептуальных подходов, иллюстрирующих фактически сложившуюся методологию, объясняется наличием в законодательстве разных стран некоторых общих принципов правового регулирования отношений, возникающих в связи с параллельными разбирательствами. Обозначенные принципы регулирования позволяют отграничить континентальный подход от подхода стран общего права в зависимости от допущения или, наоборот, запрета параллельных процессов.

Подход стран общего права (Англия, Канада, США) отличается более лояльным отношением к параллельным разбирательствам и в целом, за некоторыми исключениями, допускает возможность их легитимного признания. В странах континентальной системы права (государства-члены ЕС, Швейцария, Турция, Япония) параллельные разбирательства не допускаются. При этом такой запрет может быть как прямо установлен в законе (Япония)⁶, так и следовать из взаимосвязанного толкования норм права (Швейцария). Таким образом, самым существенным отличием, разграничивающим континентальный подход и подход стран общего права, является возможность легитимации параллельных разбирательств или, наоборот, их недопустимость, что соответственно отражает существующее социальное-правовое отношение к параллельным разбирательствам.

Для сравнительно-правового анализа иностранного законодательства необходимо определить круг правовых норм, которые регулируют отношения, возникающие в связи с параллельными разбирательствами. В качестве правовых норм, регулирующих те или иные аспекты параллельных разбирательств и позволяющих констатировать отнесение конкретной юрисдикции к одному из обозначенных выше подходов, предлагается рассматривать следующие положения национального законодательства.

Во-первых, это правила о принятии иска к производству, которые: (1) определяют компетенцию суда на рассмотрение спора с иностранным лицом; (2) регламентируют действия суда в случае установления существования или возможного появления параллельного разбирательства на стадии принятия судом дела к рассмотрению⁷. Стоить

⁴ Новые горизонты международного арбитража / под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М., 2013. Вып. 1. С. 89.

⁵ George J. Op. cit. P. 506–510.

⁶ Furuta Y. International Parallel Litigation: Disposition of Duplicative Civil Proceedings in the United States and Japan // Pacific Rim Law & Policy Association. 1995. No. 1. P. 57.

⁷ Например, гражданско-процессуальное законодательство Италии раньше допускало возможность предъявления иска в итальянский суд, в связи с чем остальные суды государств-членов ЕС долж-

отметить, что данная группа правовых норм в некоторых случаях корреспондирует с правом суда использовать доктрину *forum non conveniens* (ненадлежащий, неудобный суд) для недопущения параллельного процесса.

Во-вторых, это правила, устанавливающие права и обязанности суда в ситуации возникновения параллельного разбирательства. В большинстве случаев такими правилами являются нормы о приостановлении или прекращении производства по делу в связи с появлением параллельного спора⁸.

В-третьих, это правила признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений. Правила признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений чаще всего коррелируют с нормами соответствующих международных договоров⁹, при этом именно эти нормы играют решающую роль при решении проблемы появления двух противоречащих судебных или арбитражных актов.

Вышеуказанные виды правовых норм содержатся как в процессуальном законодательстве, так и в законодательстве о международном частном праве (далее — МЧП) иностранных государств, что подтверждает ярко выраженный трансграничный характер проблемы параллельных разбирательств. В своей взаимосвязи данные нормы иностранного правопорядка определяют «судьбу» параллельного процесса, а также разрешают некоторые вопросы, связанные с судебным процессом, который, по мнению иностранного судьи, является основным или первоначальным по отношению к параллельному.

При этом огромное значение для исследования и, в итоге, для решения проблемы параллельных процессов имеет правоприменительная практика, так как даже в странах континентального права решения высших судов фактически носят обязательный характер при рассмотрении аналогичных дел со схожими фактическими обстоятельствами. Целесообразно начать сравнительно-правовой анализ указанных выше подходов со стран общего права (Англия, Канада и США), поскольку сложившийся там подход исторически возник раньше и не является таким однозначным и предсказуемым, как континентальный подход.

Страны общего права

«Общее право» (common law) исторически сложилось в Англии, в связи с чем английские судебные прецеденты в той или иной степени являются «ориентирами» для стран общей системы права и, в частности, для стран Британского Содружества наций. Известной особенностью английского судопроизводства является возможность инициирования судебного процесса против любого лица, которое в момент предъявления иска находилось на территории Великобритании¹⁰. Указанное право фактически предо-

ны были приостановить производство по делу до момента принятия итальянским судом решения о наличии или отсутствии у него компетенции по рассмотрению дела. Данное явление получило название «итальянской торпеды» и в дальнейшем было разрешено путем принятия нового регулирования.

⁸ Например, ч. 5 ст. 144 АПК РФ предусматривает право суда приостановить производство по делу в случае рассмотрения международным судом, судом иностранного государства другого дела, решение по которому может иметь значение для рассмотрения данного дела.

⁹ Например, Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) // Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.

¹⁰ Comparative Study of Residual Jurisdiction in Civil and Commercial Disputes in the EU // National Report for England. P. 1 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_england_en.pdf (дата обращения: 31.07.2017)

ставляет истцу возможность без особых трудностей инициировать процесс в английском суде при наличии уже введущегося за пределами Великобритании разбирательства. Основным источником английского права в части определения компетенции английских судов по рассмотрению гражданских и коммерческих споров является Закон о юрисдикции и решениям по гражданским делам (1982; далее — Закон 1982 г.), а также применимы положения общего права и судебные прецеденты.

Одним из механизмов английского суда для предотвращения параллельного процесса, помимо антиисковых обеспечительных мер (*anti-suit injunctions*)¹¹, является доктрина *forum non conveniens*. В разделе 49 Закона 1982 г. устанавливается, что суд может приостановить или прекратить производство по делу на основании применения доктрины *forum non conveniens*¹². Это возможно, если английский суд установит, что имеется другой юрисдикционный орган, рассмотрение спора в котором будет более подходящим как непосредственно для сторон, так и в интересах правосудия и справедливости.

Подход английского права к проблеме параллельных разбирательств отличается тем, что суд, решая вопрос о необходимости приостановления или прекращения производства, принимает во внимание и анализирует большое количество факторов и обстоятельств дела, а не только осуществляет механистическое правоприменение. Это объясняется возможностью применить доктрину *forum non conveniens*, которая позволяет суду смотреть на обстоятельства дела через призму отыскания наиболее благоприятного форума для разрешения спора¹³. В связи со значительной степенью судебской дискреции и наличием лишь базовых принципов и ориентиров при принятии решения о приостановлении судебного разбирательства можно сделать вывод, что такой подход не способствует последовательности и предсказуемости принимаемых судебных актов (на что, с другой стороны, ориентирован континентальный подход).

При этом английский суд также может отказать в приостановлении или в прекращении производства по делу, если он придет к выводу, что английская юрисдикция является более справедливым форумом для данного спора (*forum conveniens*). Английская судебная практика, являясь источником общего права, исходит из необходимости учета различных факторов при решении вопроса о приостановлении или прекращении производства в английском суде. В качестве примера такого подхода можно рассмотреть дело *E I Du Pont de Nemours & Co v Agnew and Kerr*¹⁴, в котором суд пришел к выводу, что выбор сторонами английского права в качестве применимого к контракту наряду с другими факторами является более «весомым» обстоятельством для отказа в приостановлении дела, чем возможность возникновения параллельного рассмотрения дела в другой юрисдикции.

В рамках дела *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA*¹⁵ судом было принято решение о приостановлении производства в пользу американского суда, так

¹¹ Белоглазев А.И. Арбитраж, *order public* и уголовное право (взаимодействие международного и национального частного и публичного права). Киев, 2009. Т. 1. С. 712–713.

¹² [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1982/27/section/49> (дата обращения: 31.07.2017)

¹³ Основания для применения этого принципа изложены Палатой лордов в деле *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd.* [1986] UKHL 10.

¹⁴ *E. I. Du Pont de Nemours & Co v Agnew and Kerr* (1987) 2 Lloyd's Rep 585 [Электронный ресурс]: // URL: <http://swarb.co.uk/du-pont-du-nemours-v-agnew-ca-1987/> (дата обращения: 31.07.2017)

¹⁵ *Cleveland Museum of Art v Capricorn Art International SA* (1990) 2 Lloyd's Rep 166 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150234> (дата обращения: 31.07.2017)

как последствия конкуренции юрисдикций оказались более весомым аргументом, чем остальные факторы по делу. В связи с этим справедливо отмечается, что выбор сторонами договора Англии в качестве форума для разрешения спора может «перевесить» возможность возникновения параллельных процессов, на основании чего английский суд откажет в приостановлении или прекращении производства по делу¹⁶.

Канадская правовая система также относится к правовой семье «общего права» (за исключением франкоязычного Квебека). Канадские суды, как и английские, могут применять доктрину *forum non conveniens* в целях предотвращения параллельных разбирательств. Ст. 11 разд. 2 Закона о судебной юрисдикции и передаче производств (2003)¹⁷ закрепляет право суда отказаться от своей компетенции в пользу иностранного суда.

При решении вопроса о наличии более подходящего иностранного форума канадский суд должен руководствоваться следующими факторами:

- 1) удобство для сторон (в том числе в экономическом аспекте) вести дело в другом суде;
- 2) какое право должно быть применимым к спору;
- 3) необходимость избежать множественность процессов;
- 4) необходимость предотвращения появления противоречащих судебных решений;
- 5) вопросы потенциального признания и исполнения решения иностранного суда; и
- 6) справедливое и эффективное функционирование канадской системы права в целом.

Иностранная юрисдикция должна иметь реальную и материальную связь со спором, что может проявляться в виде различных обстоятельств спора (например, в наличии значительного количества доказательств в другой стране). При этом отказ канадского суда от рассмотрения спора в пользу другого суда может происходить только при наличии исключительных обстоятельств¹⁸, описанных выше.

В связи с этим некоторые авторы отмечают, что доктрина *forum non conveniens* хотя и является способом предотвращения параллельных разбирательств, тем не менее первоначально создавалась не для целей разрешения вопроса параллельных разбирательств. Более того, ее применение возможно только когда есть угроза возникновения параллельного процесса, но не в ситуации уже ведущегося за границей разбирательства¹⁹. Если иностранное решение будет с большой долей вероятности признано в Канаде, и при этом вынесший его иностранный суд имел полномочия на рассмотрение такого дела в соответствии с канадским правом, то в таком случае у канадского суда нет необходимости продолжать параллельное производство по делу, так как публичные интересы Канады, в частности, суверенитет судебной власти, были защищены путем «предоставления» иностранному суду возможности рассматривать дело.

Если же, наоборот, иностранный форум не имел связи со спором в соответствии с тем, как данную связь толкует и применяет канадский суд, то вынесенное иностранное решение не будет признано и исполнено в Канаде. Именно эта стадия процесса направ-

¹⁶ Comparative Study of Residual Jurisdiction... P. 13–14 [Электронный ресурс]: // URL: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_england_en.pdf (дата обращения: 31.07.2017)

¹⁷ Section II of the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act (SBC 2003) [Электронный ресурс]: // URL: http://www.bclaws.ca/Recon/document/ID/freeside/00_03028_01 (дата обращения: 31.07.2017)

¹⁸ Spar Aerospace Ltd. v American Mobile Satellite Corp. (2002), 220 D.L.R. (4th) 54, (2002) 4 S.C.R. 205 [Электронный ресурс]: // URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2021/index.do> (дата обращения: 31.07.2017)

¹⁹ Parrish A. Comity and Foreign Parallel Proceedings: Reply to Black and Swan. Lloyd's Underwriters v Comonco Ltd. (2009). P. 219.

лена на защиту прав стороны спора, против которой было вынесено иностранное решение по параллельному процессу за пределами Канады.

Отметим особенности общего подхода на примере законодательства и судебной практики США. Вопросы гражданского судопроизводства, в том числе с участием иностранных лиц в США регулируются федеральными правилами гражданского процесса²⁰. В силу особенностей судебной системы США, а именно, из-за разделения судов на федеральные суды и суды штатов с иногда совпадающей юрисдикцией по некоторым категориям дел, вопросы параллельных разбирательств получили в американской правовой доктрине, пожалуй, наиболее полное и основательное освещение.

Примечательно, что в федеральном законодательстве США нет прямого запрета на ведение сторонами параллельных процессов в двух разных судах, за исключением споров о недвижимом имуществе. В целях устранения конфликта юрисдикций как между двумя американскими судами, так и между судом США и иностранным форумом, в практике американских судов были выработаны специальные презумпции, используемые для решения вопроса о допустимости параллельного разбирательства по делу.

Например, суды США используют следующие презумпции: (1) презумпцию первого иска, (2) презумпцию поддержки арбитражной оговорки, (3) презумпцию против деклараторных исков, (4) презумпцию против анти-исковых обеспечительных мер и т.д.²¹. Данные презумпции несколько отличаются по своей природе от факторов, исследуемых английскими судами, но также направлены на максимально полный учет всех обстоятельств дела.

Интересным примером трансграничных параллельных процессов является дело *American Cyanamid Co. v Picaso-Anstalt*²², которое было рассмотрено судом США. В данном деле ответчик, привлеченный к рассмотрению спора о признании лицензионного соглашения расторгнутым во французском суде, инициировал против истца по первоначальному иску параллельное разбирательство в американском суде с целью признать указанное соглашение действующим. Истец заявил ходатайство о приостановлении производства в суде США, мотивировав это тем, что французский суд, во-первых, является надлежащим и адекватным форумом для разрешения дела и, во-вторых, первым принял иск к производству.

Американский суд тем не менее отказал в приостановлении процесса, сославшись на то, что для целей рассмотрения дела не имеет значения наличие другого форума для разрешения спора, а также на то, что им было уже проведено исследование значительной части дела по существу (*substantial discovery*). Кроме того, согласно выводам американского суда, возможность появления двух противоречащих друг другу решений по параллельным делам не является решающим обстоятельством при решении вопроса о прекращении одного из двух параллельных процессов. При этом вопрос о последующем признании и исполнении иностранного судебного акта должен решаться уже на основании и в ходе применения норм о признании и исполнении решений, а не на стадии судебного разбирательства. В рамках рассмотрения дела *Laker Airways Ltd v Sabena* суд

²⁰ Federal Rules of Civil Procedure of the United States of America [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.uscourts.gov/rules-policies/current-rules-practice-procedure/federal-rules-civil-procedure> (дата обращения: 31.07.2017)

²¹ George J. Op. cit. P. 533.

²² *American Cyanamid Co. v Picaso-Anstalt*, 741. F. Supp. 1150 (D.N.J. 1990) [Электронный ресурс]: // URL: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/741/1150/2153245/> (дата обращения: 31.07.2017)

пришел к выводу, что два параллельных разбирательства в принципе могут быть продолжены, но только до момента вынесения решения по одному из них, которое должно оказать преюдициальный эффект для другого процесса²³.

Можно сделать промежуточное заключение, что подход стран «общего права» предусматривает использование весьма широкого набора различных факторов и обстоятельств, которые может использовать суд при решении вопроса об обоснованности существования параллельных разбирательств. С одной стороны, такая дифференциация факторов позволяет максимально разумно и справедливо оценить степень влияния параллельных процессов друг на друга и проанализировать их правовые, экономические и социальные последствия. С другой стороны, возможность учета большого количества обстоятельств дела, существенная степень судейской дискреции по данному вопросу, а также желание сторон спора достичь своих целей с помощью любых допустимых (а зачастую и недопустимых) средств в совокупности могут привести к необоснованному продолжению производства по параллельным делам, и в конечном итоге к двум судебным актам разных судов, вынесенным на основании одних и тех же обстоятельств.

Континентальный подход

В Европейском союзе (далее — ЕС) действует Регламент Европейского парламента и Совета ЕС № 1215/2012 «О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам» (далее — Регламент № 1215/2012), который определяет вопросы юрисдикции между судами государств-членов, а также вопросы признания и исполнения судебных решений на территории ЕС²⁴. В литературе справедливо отмечается, что данный Регламент является основообразующим актом в сфере судебной юрисдикции судов государств-членов ЕС, в связи с чем его положения имеют приоритет над соответствующими нормами национального законодательства государств-членов ЕС²⁵.

В сферах международного гражданского процесса (далее — МГП) и коммерческого арбитража был выработан принцип, запрещающий сторонам спора инициировать судебное разбирательство где-либо еще помимо того суда, который уже начал рассматривать спор или принял его к своему производству. Данный принцип получил название «принципа контролируемой множественности процессов» (*lis alibi pendens*)²⁶.

Указанный принцип прямо закреплен в Регламенте № 1215/2012, в разделе 9 которого устанавливается два основания приостановления процесса. Во-первых, в соответствии со ст. 29 Регламента суд, принявший иск вторым *может* приостановить производство по делу до момента вынесения судом, первым принявшим иск, акта о признании себя компетентным. Таким образом, если суд, первым принявший иск, вынесет решение о

²³ Laker Airways Ltd v Sabena, 604 F. Supp. 280 (D.D.C. 1984) [Электронный ресурс]: // URL: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/559/1124/1970405/> (дата обращения: 31.07.2017)

²⁴ Регламент «№ 1215/2012 Европейского парламента и Совета (в новой редакции)» [Электронный ресурс]: // URL: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:en:PDF> (дата обращения: 31.07.2017)

²⁵ Терехов В.В. Основные нововведения реформированного Регламента ЕС о юрисдикции и признании и исполнении решений // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. С. 216.

²⁶ Луниц Л.А. *Lis alibi pendens* в аспекте международного гражданского процесса // Советский ежегодник международного права. М., 1965. С. 475–477.

наличии у него компетенции рассматривать спор, то второй суд прекратит производство по делу.

Во-вторых, в ст. 31 Регламента устанавливается *обязанность* любого суда приостановить разбирательство (а впоследствии и прекратить его) в случае, когда соглашением сторон только один суд наделен исключительной юрисдикцией на рассмотрение спора. Данное нововведение является адекватным и логически последовательным «ответом» на ситуацию, ранее возникавшую в правоприменительной практике судов государств-членов ЕС. Такая ситуация возникала, когда сторона спора подавала иск в удобный для нее суд государства-члена ЕС, тем самым вынуждая другой компетентный суд приостановить производство либо отказать в принятии иска²⁷. Кроме того, принцип *lis alibi pendens* в том или ином виде нашел отражение в национальном праве как государств-членов ЕС, так и других стран²⁸ и активно применяется Судом ЕС²⁹ в рамках разрешения различных категорий дел. Другими странами-представителями континентального подхода, законодательство и правоприменительная практика которых заслуживают внимания, являются Швейцария, Турция и Япония. Стоит отметить, что в Швейцарии и Турции приняты специальные законы о МЧП, содержащие нормы, касающиеся проблемы параллельных разбирательств и МГП в целом.

Ст. 9 Закона Швейцарии о МЧП 1987 г. предусматривает обязанность суда приостановить производство по делу, если суду станет известно, что за границей ведется параллельный процесс³⁰. При этом обязательным условием такого приостановления являются достоверные сведения, что иностранный суд компетентен рассматривать спор, и что он в разумный срок вынесет решение, которое в дальнейшем может быть признано и исполнено в Швейцарии. Стоит отметить, что швейцарский суд в случае приостановления производства по указанному основанию может прекратить процесс только в том случае, если ему будет предъявлено иностранное судебное решение, подлежащее исполнению на территории Швейцарии.

Другой правовой системой, относящейся к континентальному подходу, является система Японии³¹. В Японии параллельные разбирательства находятся под прямым законодательным запретом. Так, ст. 142 ГПК Японии устанавливает, что ни одна из сторон ведущегося разбирательства не имеет права предъявлять иск в другой суд³². Однако, несмотря на явное желание законодателя исключить возможность возникновения параллельных разбирательств, такие процессы тем не менее имеют место. Это объясняется тем, что под

²⁷ Ходыкин Р.М. Выигрышность английской юрисдикции в том, что суды разумно подходят к толкованию договора и всегда стараются защитить его действительность // Закон. 2016. № 1. С. 17.

²⁸ Митина М.А. О понимании сущности регулирования международной подсудности: современные тенденции // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 4. С. 239.

²⁹ См., напр.: FKI Engineering Ltd v Stribog Ltd., 2011 [Электронный ресурс]: // URL: <http://lexisweb.co.uk/cases/2011/may/fki-engineering-ltd-and-another-v-stribog-ltd> (дата обращения: 31.07.2017); The owners of the cargo lately laden on board the ship «Tatry» v The owners of the ship «Maciej Rataj» [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=98837&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=25203> (дата обращения: 31.07.2016)

³⁰ Switzerland's Federal Code on Private International Law 1987 [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20в%20ред.%202007%20\(англ.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20в%20ред.%202007%20(англ.).pdf) (дата обращения: 31.07.2017)

³¹ Аболонин Г.О. Практическое применение групповых исков в некоторых странах мира // Вестник гражданского процесса. 2015. № 4. С. 242.

³² Code of Civil Procedure of Japan [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/jp/jp175en.pdf> (дата обращения: 31.07.2017)

«судом» в ГПК Японии и в практике японских судов понимается только национальный, а не иностранный суд³³. Данное толкование ст. 142 ГПК Японии вызвало соответствующие проблемы при возникновении параллельного процесса в иностранном суде.

В связи с возникшей неопределенностью Верховный суд Японии пришел к выводу о необходимости принять руководящие положения для нижестоящих судов для целей определения юрисдикции японских судов при рассмотрении ими трансграничных споров. Наиболее значимым в японской судебной практике в рамках исследуемой проблемы является дело *Malaysia Airlines v Goto*, в рамках которого рассматривался спор о допустимости принятия японским судом к производству иска, на первый взгляд, никоим образом не связанного с японской юрисдикцией³⁴. Из выводов, к которым пришел суд по итогам рассмотрения этого дела, следует, что японские суды в принципе могут иметь юрисдикцию в отношении любого дела при наличии исключительных обстоятельств.

В результате у японских судов появилась возможность принять к производству практически любое дело, если будет доказано, что существуют исключительные обстоятельства связи спора с японской юрисдикцией. Несомненно, указанная возможность разрешения дела в японском суде способствует возникновению параллельных разбирательств трансграничных споров, поскольку, как было указано ранее, японское право запрещает параллельные разбирательства в двух национальных судах.

В Турецкой республике вопросы судопроизводства с иностранными лицами регулируются специальным актом — Турецким кодексом о международном частном праве и международном гражданском процессе 2007 г. (далее — Кодекс 2007 г.)³⁵. Несмотря на относительную новизну и комплексный подход к регулированию вопросов МЧП/МГП, в научной литературе указывается на серьезные недостатки данного акта, которые заключающиеся в следующем.

Во-первых, Кодекс 2007 г. не содержит норм, разрешающих вопрос о конкуренции юрисдикций турецкого и иностранного судов, что способствует возможному появлению параллельного разбирательства за границей³⁶. Во-вторых, в нормах Кодекса отсутствует такое основание для отказа в признании и исполнении иностранного судебного решения, как наличие уже вынесенного решения по тождественному спору, как, например, это установлено в праве ЕС или России. В связи с этим справедливо отмечается, что проблема контролируемой множественности процессов в турецком законодательстве не решается, что является упущением законодателя и может привести к злоупотреблению правом сторонами процесса³⁷.

Основные выводы

Различия нормативных моделей регулирования параллельных судебных и арбитражных разбирательств в законодательстве разных стран предопределяют выделение двух теоретических, нормативных и правоприменительных подходов к исследуемой проблеме. За необходимостью их отграничения скрывается весьма простая и логичная цель —

³³ *Furuta Y.* Op. cit. P. 25–26.

³⁴ *Fawcett J.* Declining Jurisdiction in Private International Law. Oxford, 1995. P. 304–310.

³⁵ Журнал международного частного права. 2009. № 3. С. 57–76.

³⁶ *Баталова М.Р.* Международное частное право Турецкой Республики (опыт кодификации): дис... к. ю. н. М., 2014. С. 211.

³⁷ Там же. С. 210.

выявить основополагающие, концептуальные основания данных подходов. Обобщение принципов нормативных моделей регулирования в праве разных государств приводит к мысли, что в основе условной классификации подходов лежат еще более фундаментальные причины, проявляющиеся через степень выраженности социально-правовых универсалий: справедливости (страны общего права) и законности (страны с континентальной системой права).

Сразу сделаем оговорку, что категории справедливости и законности в аспекте исследуемого вопроса не рассматриваются как взаимоисключающие или противопоставляемые — наоборот, они присутствуют в каждом из подходов, но с разной степенью воздействия на нормативное регулирование. Предпринятая попытка выявления ценностного обоснования нормативного регулирования направлена на установление общих взаимосвязей между положениями законодательства стран-представителей конкретного подхода.

В рамках подхода стран общего права на суд возлагается обязанность обеспечить баланс противоположных интересов участников параллельных разбирательств таким образом, чтобы вынесенное решение было не только законным и обоснованным, но и справедливым. Именно такая ценность, как справедливость лежит в основе подхода стран общего права — об этом, в частности, свидетельствует вышеупомянутая доктрина *forum non conveniens*, сущность которой заключается не в соблюдении судом национального закона, а в поиске форума, который мог бы разрешить спор наиболее справедливым и эффективным способом. К сожалению, справедливость, являясь абстрактной категорией, не всегда может служить суду четким ориентиром при принятии решения о приостановлении или, наоборот, об отказе в приостановлении производства по делу в пользу другого форума, так как квалификация категории справедливости принимает субъективный характер и проистекает из судебного усмотрения.

В странах континентального права результаты решения вопроса параллельных разбирательств более предсказуемы и понятны, чем в странах общего права. Категория законности, преобладающая в рамках данного подхода, направлена на минимизацию степени вмешательства различных внешних (злоупотребление сторонами спора своими правами при обосновании подсудности того или иного форума) и внутренних (дискреция судьи) факторов в процесс разрешения вопроса параллельных разбирательств. Однозначная регламентация действий судьи в ситуации появления параллельного процесса служит весьма действенным «фильтром», который применяется при самом незначительном подозрении, что иностранный процесс будет являться параллельным.

Но именно неспособность континентального подхода учесть весь спектр фактических обстоятельств, его отрыв от социальной и экономической реальности являются его самым главным недостатком, что обуславливает эффективность его применения лишь в весьма ограниченном числе случаев параллельных разбирательств. Речь идет о делах, когда параллельные процессы являются полностью идентичными — судье достаточно установить сам факт возникновения тождественного процесса в другом форуме. Несмотря на попытки предусмотреть гибкий механизм определения степени взаимосвязанности двух параллельных процессов для целей приостановления или прекращения одного из них³⁸, в правоприменительной практике тем не менее возникают проблемы определения степени такой взаимосвязанности дел.

³⁸ Например, в ст. 30 Регламента № 1215/2012 устанавливается, что иски признаются связанными, если между ними существует настолько тесная связь (*closely connected*), что целесообразно рассматривать их совместно для избегания риска возникновения противоречащих судебных решений.

Понимание сторонами спора особенностей того или иного подхода может свидетельствовать о выработке процессуальной стратегии еще до возникновения параллельных разбирательств как таковых. Соотношение вышеуказанных подходов друг с другом является одним из наиболее дискуссионных вопросов в зарубежной правовой доктрине, посвященной проблеме параллельных разбирательств, о чем свидетельствует отсутствие однозначного мнения о превалировании одного подхода над другим. При этом в силу того, что указанные подходы в той или иной форме реализованы в национальном праве отдельных государств, вопрос, какой из них был бы наиболее эффективен для рассмотрения конкретного дела, может быть рассмотрен исключительно в плоскости теоретического моделирования ситуации разрешения спора, но никак не в сфере правоприменительной практики, в связи с чем проблема предотвращения параллельных разбирательств трансграничных споров остается открытой и требует дальнейшего исследования.



Библиография

- Аболонин Г.О. Практическое применение групповых исков в некоторых странах мира // Вестник гражданского процесса. 2015. № 4. С. 207–260.
- Баталова М.Р. Международное частное право Турецкой Республики (опыт кодификации): дис... к. ю. н. М., 2014. 249 с.
- Белоглазев А.И. Арбитраж, order public и уголовное право (взаимодействие международного и национального частного и публичного права). Киев: Таксон, 2009. Т. 1. 1438 с.
- Лунц Л.А. *Lis alibi pendens* в аспекте международного гражданского процесса / Советский ежегодник международного права. М., 1965. С. 475–477.
- Митина М.А. О понимании сущности регулирования международной подсудности: современные тенденции // Известия вузов. Правоведение. 2010. № 4. С. 229–239.
- Новые горизонты международного арбитража / Сборник статей под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. Вып. 1. 383 с.
- Право и экономическая деятельность: современные вызовы / отв. ред. А.В. Габов. М.: Статут, 2015. С. 400.
- Терехов В.В. Основные нововведения реформированного Регламента ЕС о юрисдикции и признании и исполнении решений // Вестник гражданского процесса. 2014. № 6. С. 204–229.
- Турецкий кодекс 2007 г. о международном частном праве и международном гражданском процессе // Журнал международного частного права. 2009. № 3. С. 57–76.
- Ходыкин Р.М. Выигрышность английской юрисдикции в том, что суды разумно подходят к толкованию договора и всегда стараются защитить его действительность // Закон. 2016. № 1. С. 6–20.
- Fawcett J. *Declining Jurisdiction in Private International Law*. Oxford: Oxford University Press, 1995. 508 p.
- Furuta Y. *International Parallel Litigation: Disposition of Duplicative Civil Proceedings in the US and Japan* // Pacific Rim Law and Policy Association. 1995. No 1. P.2–58.
- George J. *International Parallel Litigation — A Survey of Current Conventions and Model Laws* // Texas International Law Journal. Vol. 37. P. 500–535.
- Parrish A. *Comity and Foreign Parallel Proceedings: Reply to Black and Swan. Lloyd's Underwriters v Comonco Ltd*. 2009. P. 209–224.
- Wilson M. *Federal Court Stays and Dismissals in Deference to Parallel State Court Proceedings: The Impact of Colorado River* // University of Chicago Law Review. Issue 3. P. 641–680.

Parallel Litigation in Cross-Border Disputes Practice: Comparative Analysis of Foreign Legislation



Konstantin Syurmeev

Postgraduate Student, Department of Private International Law, Law Faculty, Kutafin Moscow State Law University; Junior Associate, Flightman & Priest Law Firm. Address: 9 Sadovo–Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russian Federation. E-mail: k.syurmeev@gmail.com



Abstract

Parallel litigation of cross-border disputes has become a widespread and multifaceted problem in the field of international jurisdiction, which requires research and resolution on the level of the international community and at the level of individual states. The article is devoted to comparative legal analysis of the legislation of foreign states governing parallel litigation, as well as research of relevant law enforcement practice. The author provides a division between the continental law approach and common law approach. Hence, the author examines the relevant provisions of the laws of the USA, UK, Canada, as well as the law of the EU, Switzerland, Turkey and Japan. The need in identifying two common approaches is accounted for the objective principles of legal regulation of relations arising in connection with parallel litigation. On the basis of these principles one can distinguish the following two social legal values as justice and legitimacy, which to some extent dictate the logic and justification of the application of the outlined approaches. The approach of common law countries aimed at the most fair and effective resolution of cross-border dispute due to ability of the court to apply the doctrine of *forum non conveniense* and to accommodate the different circumstances of the case to substantiate its or jurisdiction of a foreign court in respect of the dispute. Continental law approach, in turn, is focused on the predictability and certainty in the resolution of the question of the suspension or on the contrary, on the refusal to suspend the proceedings in connection with parallel proceedings. The specificity of the approach of common law countries is appeared in the ability to justify the legitimacy of parallel processes, which undoubtedly is contrary to the basic provisions of the continental approach according to which the parallel litigation is unacceptable. The parties to cross-border commercial relations, while planning procedural strategy even before the emergence of the dispute, can take into account features of a particular approach in order possible use of the effect of parallel proceedings that may occur, for example, in obtaining a speedy trial prejudicial act. In this regard, it is concluded that at the present stage of development of the rules on international jurisdiction there is no straightforward solution of the problem of parallel litigation.



Keywords

cross-border commercial disputes; parallel litigation; competing jurisdictions; international civil procedure; international jurisdiction; comparative law.

Citation: Syurmeev K.Ye. (2017) Parallel Litigation in Cross-Border Disputes Practice: Comparative Analysis of Foreign Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 174–187 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.174.187



References

- Abolonin G.O. (2015) Prakticheskoe primeneniye gruppovukh iskov v nekotorykh stranah mira [The Implementation of Collective Suits in Some Countries]. *Vestnik grazhdanskogo processa*, no 4, pp. 207–260.
- Asoskov A.V. et al. (2013) *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New Dimensions of International Arbitration]. Moscow: Infotropic Media, 383 p. (in Russian)
- Batalova M.R. (2014) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo Turetskoi Respubliki (opyt kodifikatsii)* [International Private Law of the Turkish Republic: Experience of Codification]. Candidate of Juridical Sciences Thesis. Moscow, 249 p. (in Russian)

- Beloglavek A.I. (2009) *Arbitrage, order public i ugovnoe pravo (vzaimodeistvie natsionalnogo i mezhdunarodnogo chastnogo i publicnogo prava)* [Arbitration, Order Public and Criminal Law (The Interaction of National and International Private and Public Law)]. Vol. 1. Kiev: Takson, 1438 p. (in Russian)
- Fawcett J. (1995) *Declining Jurisdiction in Private International Law*. Oxford: OUP, 508 p.
- Furuta Y. (1995) International Parallel Litigation: Disposition of Duplicative Civil Proceeding in the US and Japan. *Pacific Rim Law and Policy Association*, no 1, pp. 2–58.
- Gabov A.V. et al. (2015) *Pravo i ekonomicheskaiia deyatel'nost: sovremennye vyzovy* [Law and Economic Activity: Modern Challenges]. Moscow: Statut, 400 p. (in Russian)
- George J. (2007) International Parallel Litigation — a Survey of Current Conventions and Model Laws. *Texas International Law Journal*, vol. 37, pp. 500-535.
- Hodykin R.M. (2016) Vyigryshnost angliyskoi iurisdikcii v tov, chto ona razumno podhodit k tolkovaniu dogovora i vseгда starautsa zaschitit ego deistvitel'nost [The Strong Side of English Jurisdiction are: Serious Approach to Interpreting a Contract and Constantly Protection Its Force. *Zakon*, no 1, pp. 6–20.
- Luntz L.A. (1965) Lis alibi pendens v aspekte mezhdunarodnogo grazhdanskogo processa [Lis alibi pendens from Point of View of International Civil Law Process]. *Soviet Yearbook of International Law*, pp. 475–477.
- Mitina M.A. (2010) O ponimanii suschnosti regulirovaniia mezhdunarodnoi podsudnosti: sovremennye tendentsii [Understanding Essence of International Jurisdiction: Contemporary Trends]. *Izvestia vuzov. Pravovedenie*, no 4, p. 229–239.
- Parrish A. (2009) Comity and Foreign Parallel Litigation: a Reply to Black and Swan. *Lloyd's Underwriters v Comonco Ltd.*, pp. 209–224.
- Terekhov V.V. (2014) Osnovnye novovvedeniia reformirovaniia reglamenta ES o iurisdikcii i priznanii i ispolnenii reshenyi [Main Innovations in Reforming Guidelines of EU about Jurisdiction, Confession and Execution of Decisions]. *Vestnik grazhdanskogo processa*, no 6, pp. 204–229.
- Turetskiy kodeks 2007 goda o mezhdunarodnom chastnom prave i mezhdunarodnom grazhdanskom processe [The Turkish Code of 2007 about International Private Law and International Civil Process]. *Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava*, no 3, pp. 57–76.
- Wilson M. (2005) Federal Court stays and Dismissals in Deference to Parallel State Courts Proceedings: The Impact of Colorado River. *The University of Chicago Law Review*, issue 3, pp. 641–680.

Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs Purposes in the Eurasian Economic Union¹



Dmitry V. Korf

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



Abstract

The article presents one of the key customs law features — the customs nomenclature and classification of goods. The study demonstrates its multifunctional nature: its value for customs tariff regulation and the calculation of customs duties, its use for statistical purposes, and for the identification of goods when they are subject to non-tariff regulation. 181 million people living in the Eurasian Economic Union (EAEU) generated over 4.3 trillion U.S. dollars of yearly PPP-based gross domestic product as of 2015². Within the customs union in the EAEU, members use a common external tariff to impose import customs duties on goods entering the union from the outside, and customs nomenclature used to build an external customs tariff serves also as the basis for trade negotiations amongst the EACU member states. The research examines the concepts of the Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity (CNFEA), its international standardization, the Harmonized Commodity Description and Coding System, the basic rules of customs classification, the legal organizational aspects of maintaining the CNFEA and the adoption of provisional decisions on the classification of goods. The history of the development of the international basis for nearly all customs nomenclatures known as the harmonized system is viewed as a continuous process in response to the sophistication of the structure of international trade. The massive growth in turnover of international goods is also considered as a driver for international negotiations on common unified customs nomenclature. However, the structure and volume of international trade turnover are constantly changing in a changing world. That is why maintaining and regularly updating the harmonized system is one of the main goals of the World Customs Organization (WCO) in its role as an intergovernmental organization designed to facilitate the free movement of goods and improve customs procedures among all of its members (individual states and the EU).



Keywords

Customs Union, Eurasian Economic Union, customs legislation, the commodity nomenclature, foreign economic activity, classification of goods for customs purposes.

¹ The article was prepared within the framework of Academic Fund Program at National Research University Higher School of Economics (HSE) in 2016-2017 (grant № 16-01-0064) and supported within the framework of a subsidy granted to the HSE by the Government of the Russian Federation for the implementation of the Global Competitiveness Program.

² World Bank. International Comparison Program database. Available at: // <http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.PP.CD>

Citation: Korf D.V. (2017) *Commodity Nomenclature and Classification of Goods for Customs Purposes in Eurasian Economic Union // Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 188–198 ((in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.188.198

The classification of goods for customs purposes represents a feature of customs law that provides uniformity in the customs tariff regulation of foreign trade transactions.

The Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity (henceforth CNFEA), which is used for the purposes of customs classification, is multifunctional and has become an important legal means without which it is impossible to apply, in practice, any method of state regulation concerning foreign trade.

CNFEA is the systematized nomenclature of goods and their corresponding codes of commodity groups, headings, subheadings and notes. It includes general and specific rules of classification, that is, definition of the code of a material product by the commodity nomenclature is obligatory. This distinguishes the commodity nomenclature used for customs purposes from any other cases — CNFEA is always the basis of customs tariffs. The procedure of determining the code of goods by CNFEA (alternatively known as *tariff equating*) have an important economic and legal value.

First, the rate of customs duty and consequently the customs tariff burden on foreign trade operations depend on its customs heading.

Second, the commodity nomenclature is used for determining the non-tariff measures of state regulation (licenses, quotas) that are subject to application in respect of particular foreign trade transactions.

Third, the commodity nomenclature represents the basis for maintaining customs statistics, which allow the analysis of a foreign trade turnover and on this basis develop future customs and foreign trade policy.

Forth, CNFEA serves as the basis for trade negotiations between Eurasian Economic Union member states.

Maintaining CNFEA enhances and modernizes commodity nomenclature, bringing it into compliance with the statistical customs requirements for international trade and with the changes brought by the modernization of international legal basis of CNFEA.

The legal base of the commodity nomenclature used in the Eurasian Economic Union (henceforth EAEU) is constituted by the Harmonized Commodity Description and Coding System of the World Customs Organization (henceforth HS) and the Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Commonwealth of Independent States (henceforth CNFEA CIS), therefore changes in HS followed by the changes of CNFEA. However, this modern form of customs commodity nomenclature was the result of a long historical process.

Until the early 19th century, the range of goods exchanged in international trade was relatively narrow because there had been only a slight increase in industrial production. Medieval customs tariffs very often contained only a few dozen items of goods. Hence, there was no need to group descriptions of goods or to apply a coding system. Under those conditions, countries often used an alphabetical list as a simple nomenclature for customs tariffs. For example, this technique was used to list goods in the Russian Customs Tariff in 1724³. Even now, listing goods in alphabetical order is sometimes used in devising codes of export customs duties when the number of goods subject to duties is relatively small. All the same, it should be noted that almost all countries also use HS nomenclature for convenience when they establish their export customs duties.

³ *Lebedev V. I. Reformy Petra I [Reforms of Peter I]. Moscow, 1937. P. 48–51.*

Today, the method of grouping goods in alphabetical order is often used in various tax laws that establish different rates for different categories of goods, but this approach does not apply to import customs tariffs.

Indeed, the ordering of customs classifications of goods became an issue only when the total number of kinds of goods subject to customs duties was more than several hundred. This condition was not met until the first half of the 19th century as a result of the boom in industrial production, primarily in Western Europe and the New World, with a corresponding expansion of the list of goods exchanged in international trade.

The states reacted to this change in the structure of international trade by elaborating the commodity nomenclature (from the Latin word *nomenclatura* meaning “list”) of their customs tariffs in the 19th century, as more and more national producers demanded that their governments protect them from foreign competition by imposing high customs duties on imported goods.

Each state independently decided how to protect its domestic producers from foreign competition. In some cases they would completely ban the import of certain goods from certain countries, but more often a protectionist policy in state regulation of foreign trade resulted in high rates for customs duties.

Such policies not only complicated the commodity nomenclature of import customs tariffs, but also created additional inconveniences for importers and exporters who had to classify their goods several times as they crossed customs borders where different tariff nomenclatures were based on different criteria for classification. If we consider that in the 19th century transit customs duties were also widely levied, the difficulties that traders encountered at that time were by no means insignificant.

In addition, these conditions made comparison of the statistical data on the foreign trade of different states extremely difficult. Thus, between 1831 and 1854 Belgium summarized foreign trade statistics by grouping it into three categories according to the degree of processing of products: “raw materials”, “edible products in the natural state”, and “manufactured products”. After 1854 Belgium nevertheless had to return to “alphabetical order” because of many other European countries continued to apply alphabetical nomenclatures to goods while collecting customs duties and compiling statistical reports on foreign trade.

This approach used in Belgium, as well as in some other European countries, led to a discussion of how to combine and unify the principles for grouping goods in the nomenclature of customs tariffs and statistical nomenclatures at an international level.

In 1853 the first International Statistical Congress was held in Brussels where recommendations on the unification of customs nomenclatures for statistical purposes were adopted. Participants in this Congress also favored a uniform international tariff nomenclature as the basis for international statistical nomenclature.

The Statistical Congress of 1853 recommended that the statistical nomenclatures of most states be developed in close connection with the nomenclatures of their customs tariffs, and a change in one of them should be reflected in similar changes to the other. The creation of a single international basis, according to which states would construct the nomenclature of national customs tariffs, was proposed as a mechanism for such changes.

The Convention concerning the Creation of an International Union for the Publication of Customs Tariffs, Regulations for the Execution and Memorandum of Signature was adopted in Brussels on 5 July 1890. According to Article XII of the Convention, in order to enable the International Union to produce its Bulletin International with as much exactitude as possible, the contracting parties were to submit, directly and promptly, two copies of their customs tariff, carefully corrected and up to date.

This was the first attempt to gather in one place all national customs tariffs and rules. Some Russian researchers note that cooperation between states in customs matters began with this Convention⁴.

The Convention regarding the unification of commercial statistics was signed on December 31, 1913 in Brussels, and it concerned mainly the harmonization of international statistics. The parties to the Convention agreed to provide the International Bureau of Foreign Trade Statistics each year with information that conformed to a unified list of goods. This treaty was the first harmonized system for describing and coding goods used in foreign trade, and this system was used not only for statistical purposes, but also as a basis for building national customs tariffs.

By the beginning of the 1920s, the nomenclature established by the 1913 Convention no longer met the needs of the states for effective regulation of customs and tariffs or the statistical needs of other users because the goods exchanged in foreign trade had become more and more diverse; and a more detailed classification was demanded. A new nomenclature was prepared under the League of Nations. Between 1931 and 1937 an *ad hoc* committee of experts on statistics, established by the Economic Committee of the League of Nations, prepared a new version of the “Draft Customs Nomenclature”, which would be suitable for economic and statistical analysis of foreign trade. What resulted was the commodity nomenclature of 1937, which was called the Minimum List of Commodities for International Trade Statistics of the League of Nations, also known as the Geneva Nomenclature of 1938⁵.

The Geneva nomenclature of 1938 is based on two criteria for classification, one of which, the principle of the use of goods, prevails over the other, grouping by type of material. The nomenclature was a classification of a vertical type and consisted of 17 sections, 50 groups and 456 basic commodity items. A little later, the Minimum List of Goods for International Trade Statistics was used by the United Nations as the basis for the construction of the Standard International Trade Classification (UN / SITC).

WWII interrupted international cooperation in harmonizing national customs tariff nomenclatures. On December 15, 1950, the Convention on the Establishment of the Customs Cooperation Council was signed in Brussels, and it came into force on November 4, 1952. Also on December 15, 1950 in Brussels the parties signed the Nomenclature Convention for the classification of goods in customs tariffs⁶.

Further development of a single international customs tariff nomenclature for goods had already been carried out with the direct participation of the Council of Customs Cooperation, now known as the World Customs Organization (WCO).

The annex to the 1950 Convention, which entered into force on 11 September 1959, became known as the “Brussels Tariff Nomenclature” (BTN). In 1974 the BTN was renamed, and the last edition of the Brussels nomenclature of 1978 was called “Nomenclature of the Council of Customs Cooperation”.

Many states have applied the BTN without participating in the Convention as a whole. The lack of any international legally binding obligation of states and customs unions to make appropriate changes in their nomenclature has often caused published versions of national customs tariffs and trade statistics to lag behind the most recent format that has a basis in international law.

⁴ *Sandrovskij K. K.* (2002) *Mezhdunarodnoe tamozhennoe pravo* [International Customs Law]. Kiev, 2002, p. 162.

⁵ League of Nations, 1938 (II.A.14; and corrigendum, 1939).

⁶ Australian Treaty Series. 1978. № 18.

The sophistication of the structure of international trade by the end of the 20th century, the exigencies of international organizations and states in the qualitatively new instruments of the international control of cross-border movement of particular goods, including those which constitute danger to persons, the necessity of implementing continuous monitoring of the foreign trade of species which are under threat of extinction, the avalanche-like increase in the turnover of international goods and the use of computer technologies in customs affairs, and the acceleration of customs procedures — all of these factors led to the need for a unification of customs classifications for modern international trade and the formation of a universal international customs classification—HS.

On June 14, 1983 at the session of the Customs Co-operation Council (currently the World Customs Organization) in Brussels the final version of the International Convention on HS was approved. The Convention came into force on January 1, 1988.⁷ In the Russian Federation, the Convention came into force on January 1, 1997 (The Resolution of the Government of the Russian Federation from April 3, 1996 № 372)⁸.

The unification of commodity nomenclatures and the formation of HS are the grounds for the simplification and development of foreign trade, the reduction of expenses incurred by the participants of foreign trade which relate to repetitive description, classification, and the coding of goods upon their transition from one classification system to another in the course of international trade.

HS represents the global international customs commodity nomenclature and system of coding the mechanism of maintaining and updating of which best responds to technological shifts in international trade. HS is used as a tool of international trade negotiations within the WTO.

The establishment of free trade areas or customs unions in many parts of the world began with the creation of a unified customs nomenclature based on HS. In this regard we point out some of the trade zones and unions are using a common unified customs tariff classification of goods:

Central American Integration System (S.I.C.A.) with their Harmonized Tariff Classification System or Sistema Arancelario Centroamericano (S.A.C.);

MERCOSUR and their common nomenclature;

Caribbean Community (CARICOM) Common External Tariff (CET) nomenclature;

Central African Economic and Monetary Community (CEMAC) Common External Tariff nomenclature;

Economic Community Of West African States (ECOWAS) ECOWAS Common External Tariff nomenclature;

Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Tariff nomenclature;

Gulf Co-operation Council (GCC) Unified Customs Tariff (2017) and its nomenclature;

The Combined Nomenclature of the Common Customs Tariff (EU).

Currently, 99.9% customs and statistical nomenclatures of the world are based on HS. The CNFEA applied within the Customs Union of the EAEU is not an exception.

⁷ International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System (As amended by the Protocol of Amendment to the International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System of June 24, 1986). Signed in Brussels on June 14, 1983. Entered into force on January 1, 1988. Available at: // URL: http://www.wcoomd.org/home_hsnomenclaturetable2012.htm [Website of World Customs Organization] (accessed: 26.03.2017)

⁸ Resolution № 372 of the Government of the Russian Federation of April 3, 1996 “O prisoyedinenii Rossiiskoi Federatsii k Mezhdunarodnoi konventcii o garmonizirovanoi sisteme opisaniia i kodirovaniia tovarov”. Sobranie zakonodatelstva Rossiiskoi Federatsii (SZ RF). 08.04.1996. N 15. Art. 1619.

The nomenclature of HS includes:

- a) commodity headings and subheadings;
- b) the digital codes for headings and subheadings;
- c) section, chapter, and subheading notes;
- d) general rules of interpretation of the HS.

Amendments to the HS nomenclature imply an international legal obligation of each contracting party of the HS Convention within a fixed timeframe to bring into accordance with the supplemented HS their statistical and customs tariff or single customs statistical nomenclatures.

The contracting parties of the HS Convention are bound to the application of HS as a base for their customs statistical nomenclature, which is applied when declaring imported goods and which is used for the collection of statistical data on foreign trade transactions.

In case of developing national customs statistical commodity classification, a member of the HS Convention is not allowed to arbitrarily delete selected commodity headings and subheadings of HS, amend or supplement the first six digits of the HS code, or modify the established basic rules in the annex regarding the application of HS.

It is permitted to *itemize* the HS nomenclature by means of adding additional subsections that are coded with more digits than in the HS.

The distinctive feature of the classification scheme of HS is *comprehensiveness*. Sections I, II and V are constructed on the principle of origin, sections IV, XI, XII, XVII, XVIII, XIX, XX and XXI by functional assignment, sections III, VI, VII by chemical composition, and sections VIII, IX, X, XIII, XIV and XV by the category of the material from which the goods was made.

The chapters are allocated with different rule — the degree of good processing. Simplistically: live animals are classified in chapter 1, skin and leather of animals in chapter 41, and leather footwear in chapter 64.

The HS nomenclature includes 21 sections (denoted in Roman numerals, the section number is not coded), which include chapters numbered from 1 to 97, also there are non-coded subchapters in the HS, 33 in total), the chapters are divided into commodity headings (1224), and most commodity headings are composed of two types of subheadings—with one dash and with two smaller hyphens (initially, there were 5019 subheadings in the HS)⁹.

In HS *six-digit coding* is applied. The code is read as follows: the first two digits indicate number of the chapter, the first four digits correspond to the number of the commodity heading inside the chapter, the first five digits mean the subheading with one dash belonging to a certain commodity heading, and the first six digits correspond to the final two-dash subheading belonging to a subheading of the first level (with one dash).

For example, the HS code 5202.91 means that the encoded goods belong to chapter 52 “Cotton”, to the commodity heading 52.02 “Cotton waste (including yarn waste and garnetted stock)” of that chapter, and then to the subheading with one dash 5202.9 “yarn waste other” and finally to the commodity subheading with two dashes 5202.91 “garnetted stock”, which belongs to the commodity subheading 52.02.

If the corresponding commodity heading of HS is not divided into subheadings, the fifth and sixth digits of the code are converted to zero.

This nomenclature covers all possible types of goods. It means that even if there is no separate subheading allocated to a particular good in the HS nomenclature, it is still possible to assign a six-digit HS classification code to this good. This is possible using the so called “basket

⁹ Berlin E.A., Ivanov N.A. *Tovarnaia nomenklatura vneshneekonomicheskoi deiatelnosti SNG* [Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the CIS]. Moscow, 1996. P. 84.

provisions” of commodity headings, or using the “other” of commodity subheadings¹⁰, which classify the goods that are not named in other chapters.

The HS nomenclature requires itemization, which is explained by the necessities of effective tariff protection and the realization of more flexible fiscal policy by states and customs unions.

The classification of goods by the HS nomenclature signifies a phase-by-phase determination of its classification code, that is establishment of chapter, commodity heading and commodity subheading, and its corresponding six-digit code.

The procedure of customs equating, i.e. customs code assignment or encoding, is the application of the rules of interpretation for the unambiguous reference of goods to the HS subheading. There are two means that are used for interpretation of the HS nomenclature: internal, or official; and external, or recommendatory. General rules of interpretation that are included in the annexes of HS Convention and the notes to the sections, chapters, and subheadings belong to the former. The HS Explanatory Notes and the Collection (so-called “compendium”) of Classification Opinions adopted by WCO based on HS Committee recommendations belong to the latter.

In accordance with Article 10 of the HS Convention, disputes between contracting parties concerning the interpretation or application of HS is settled by negotiation between them. The disputes that are not settled in this way are passed to the HS Committee, which considers the dispute and makes recommendations for its settlement. The occurrence of such disputes in practice is rare. There are relatively frequent latent collisions when the customs administrations of two states or WCO members prescribe the classifications of the same goods differently. Such hidden “disputes” are resolved in national courts, not by the HS Committee. At the same time, private entities can initiate discussion of a problem in the World Customs Organization through International Chamber of Commerce (ICC), which is invited as the representative of the private sector for participation as an observer in all meetings of HS Committee.

CNFEA CIS is one of the customs commodity nomenclatures that has derived from HS. It is applied in the territory of states that are signatories to the relevant agreement. CNFEA CIS represents itemization of the coding of HS nomenclature to the ninth digit.

Agreement established CNFEA CIS was signed on November 3, 1995 (hereinafter referred to as “the Agreement”).¹¹ In this document, in particular it was established (Art.1) that the parties are creating single commodity nomenclature based on HS, in order to implement the tariff and non-tariff measures of the regulation of foreign economic activity, the advancement of maintaining statistical accounting, and the exchange of statistical information. The single nomenclature is provided in the Annex of the corresponding Agreement.

The peculiarity of CNFEA CIS lies in the fact that it is administered by the customs service of one of the contracting states, namely the Russian Federation. These powers are fixed in Article 2 of the Agreement and they state that the Federal Customs Service of Russia (FCSR) monitors changes of the international basis of CNFEA CIS, brings it into accordance with the HS nomenclature, maintains this nomenclature and stores a reference copy, and, at the request of the Council of Heads of the Customs Services, approves classification decisions on the interpretation of CNFEA CIS.

¹⁰ What Every Member of the Trade Community Should Know about: Tariff Classification. Informational publication of the U.S. Customs and Border Protection. Available at: http://www.cbp.gov/linkhandler/cgov/trade/legal/informed_compliance_pubs/icp017r2.ctt/icp017r2.pdf. [Website of the U.S. Customs and Border protection] (accessed: 23.12.2016).

¹¹ The Agreement of the States of the CIS of November 3, 1995 “O Edinoi Tovarnoi Nomenklature vneshneekonomicheskoi deiatelnosti SNG” [About Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Commonwealth of Independent States]. Rossiiskaia gazeta. 03.02.1996. N 22.

Questions regarding the development of the explanations to the CNFEA CIS lie in joint competence of the customs services of states which are signatories to the Agreement.

The powers of FCSR on maintaining the single nomenclature are limited by the Agreement (Point 2 of Article 2), whereas decisions on the modification and supplementation of CNFEA CIS and explanations on the interpretation of the nomenclature shall be approved by the Council of Heads of Customs Services of the CIS states.

CNFEA CIS represents a nine-digit commodity nomenclature, out of which the first six digits completely correspond to the HS nomenclature and the three subsequent digits are sub-headings, which belong to CNFEA CIS coding.

The seventh and eighth digits of code of the goods according to the CNFEA CIS, currently in most cases coincide with the Combined Nomenclature of the European Union. This is connected with the fact that the basis of CNFEA CIS — the CNFEA of Russia was developed with difficulty, therefore it was decided to use the subheadings of the Combined Nomenclature of the EU to code goods at the level of seventh and eighth digits, as the EU considered as one of the major international trading partner of Russia.

The shortcomings of the CNFEA CIS, related to its insufficient itemization, were eliminated with the Commodity nomenclatures, which were passed on the base of the CNFEA CIS and are itemization of the HS Nomenclature and the CNFEA CIS to the tenth digit:

The Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Eurasian Economic Community (CNFEA EurAsEC);

The Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union (CNFEA CU);

The Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity (CNFEA EAEU).

The functioning of CNFEA EAEU was approved by the Decision of the Eurasian Economic Commission on July 16, 2012 N 54 (with subsequent changes and supplements made) “About the Approval of the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activities of the Eurasian Economic Union and the Common Customs Tariff of the Eurasian Economic Union”¹².

The powers to approve CNFEA EAEU supervene from:

1) The Agreement on the Functioning of the Customs Union within the Multilateral Trade System from May 19, 2011;

2) The Regulation of the Eurasian Economic Commission, approved by the Decision of the Supreme Eurasian Economic Council at the level of the heads of the states from November 18, 2011 № 1.

CNFEA EAEU is integrated into the Common Customs Tariff of the Eurasian Economic Union and represents its inalienable part.

The decisions on entering modifications and additions to CNFEA EAEU are made by the Eurasian Economic Commission¹³

¹² Decision N 54 of the Eurasian Economic Commission of July 16, 2012 “Ob utverzhenii Edinoini Tovarnoi Nomenklaturi vneshneekonomicheskoi deiatelnosti Tamozhennogo Soiuzia i Edinogo Tamozhennogo Tarifa Tamozhennogo Soiuzia” [About Approval of the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activities of the Customs Union and the Common Customs Tariff of the Eurasian Economic Union]. Available at: // URL: <http://www.tsouz.ru/>, 23.07.2012 [Website of the Eurasian Economic Union] (accessed: 26.03.2017)

¹³ For instance, the Decision No 64 of the Council of the Eurasian Economic Commission of September 18, 2014 “O vnesenii izmenenii v Edinuiu tovarnuiu nomenklaturu vneshneekonomicheskoi deiatelnosti Tamozhennogo Soiuzia i edinyi Tamozhennii Tarif Tamozhennogo Soiuzia v otnoshenii otdelnykh vidov pressovogo oborudovaniia dlia aviacionnoi promishlennosti” [On Entering Modifications to the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union and Common Customs Tariff of the Customs Union Concerning Separate Types of the Press Equipment for Aviation Industry]. Available at: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/>, 23.09.2014 [Website of the Eurasian Economic Union] (accessed: 26.03.2017).

The acts of the Board of the Eurasian Economic Commission document explanations to the Commodity Nomenclature (Recommendation N 23 of the Board of the Eurasian Economic Commission “About Explanations to the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Eurasian Economic Union”¹⁴) and the classification decisions on certain types of goods (for example, the Decision of the Board of the Eurasian Economic Commission from September 16, 2014 N 157 “About Classification of Gauze Fabric by Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union”¹⁵).

In cases of disputes over classification decisions and other matters concerned with the application of CNFEA EAEU, the dispute decisions are made by the Court of the EAEU. The technical maintenance of CNFEA EAEU is performed by the Secretary of the Eurasian Economic Commission and the Federal Customs Service, which include the Bureau of Commodity Nomenclature of the FCS of Russia.

The basis for the legal mechanism of the interaction between the supranational body and the Federal Customs Service concerning issues of the technical maintenance of the Commodity Nomenclature was enshrined in the Decision of the Commission of the Customs Union N 295 “About Documents Regarding Technical Maintenance of the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union”¹⁶.

The Russian legislation on customs regulation determines the main dimensions of the activities of the Bureau of Commodity Nomenclature of FCSR.

The Bureau participates in the fulfilment of Russia’s obligations arising from its participation in the International Convention on Harmonized Commodity Description and Coding System of June 14, 1983 and the Agreement on the Single Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Commonwealth of Independent States of 3 November 1995.

It also participates in the preparation of proposals for the development of state policies in the field of customs affairs and their implementation in the maintenance and application of commodity nomenclatures of foreign economic activity.

The Bureau of Commodity Nomenclature of FCSR organizes and coordinates the activities of customs bodies concerning the accurateness of the classification of goods in accordance with CNFEA EAEU and the compliance of the adoption of preliminary decisions about the classification of goods in accordance with CNFEA EAEU.

In order to perform its corresponding tasks, the Bureau prepares Russian language versions of documents of the World Customs Organization concerning HS, develops proposals for the classification of certain goods in accordance with the CNFEA EAEU, and maintains the Col-

¹⁴ Recommendation No 23 of the Board of the Eurasian Economic Commission “O poiasneniiakh k Edinoi Tovarnoi Nomenklature vneshneekonomicheskoi deiatelnosti Evraziiskogo Ekonomicheskogo Soiuza” [About Explanations to the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Eurasian Economic Union]. Available at: // URL: <http://eaeunion.org/>, 01.12.2016 [Website of the Eurasian Economic Union] (accessed: 26.03.2017).

¹⁵ Decision No 157 of the Board of the Eurasian Economic Commission “O klassifikatsii tkani marlevoi po Edinoi Tovarnoi Nomenklature vneshneekonomicheskoi deiatelnosti Tamozhennogo Soiuza” [About Classification of Gauze Fabric by Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union]. Available at: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/> [Website of the Eurasian Economic Commission] (accessed: 26.03.2017).

¹⁶ Decision of the Commission of the Customs Union No 295 “O dokumentakh po tekhnicheskomu vedeniui Edinoi Tovarnoi Nomenklature vneshneekonomicheskoi deiatelnosti Tamozhennogo Soiuza” [About documents regarding the technical maintenance of the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Customs Union]. Available at: // URL: <http://www.tsouz.ru/>, 25.06.2010. [Website of the Customs Union Commission]. Entered into force on 1 July 2010.

lection of preliminary decisions about classification of goods in accordance with the CNFEA EAEU, which is available on the website of FCSR.

The Customs Code of Customs Union¹⁷ (Art. 51) establishes for FCSR the following functions for technical management of CNFEA EAEU:

- 1) monitoring changes in the international framework of CNFEA, and explanations and solutions for the interpretation of this framework;
- 2) making proposals to the Eurasian Economic Commission of the customs union on bringing CNFEA into conformity with its international basis;
- 3) preparation for the publication and the direction of CNFEA and explanations for it to the Eurasian Economic Commission.

Conclusions

To summarize the analysis of the legal basis for the classification of goods for customs purposes within the EAEU, we note the following:

1. The procedures of customs classification and single commodity nomenclature are used for the identification of goods for customs purposes, and also, they provide a means of achieving uniformity of customs classification.

The unification of customs nomenclature that is used in world trade is one of the most vital tasks of the World Customs Organization and modern international customs law.

2. The classification of goods for customs purposes with the application of commodity nomenclature is used for regulating customs tariff and non-tariff international trade and maintaining foreign trade statistics.

The customs classification of goods and assignments of the corresponding code to this good from commodity nomenclature constitute the initial stage of the procedure of customs tariff regulation, that is determination of the amount of the customs duty, which is subject to payment for the movement of this good across the customs border. Only after determining the code of the goods according to the commodity nomenclature, it is possible to establish the rate of the customs duty that is subject to payment.

This classification also initiates the application of the instruments of non-tariff regulation (such as licenses, quotas) to the goods of international trade. Without the implementation of customs classification, administrative barriers in foreign trade cannot be used.

Both of these circumstances causes the most conflict in the procedures of the customs classification of foreign trade.

3. To minimize conflict in the customs classification of goods, legal means, such explanations by competent bodies of the application of commodity nomenclature and the adoption of preliminary decisions in assigning the commodity code for a particular good, are actively used.

When a dispute is not resolved in the pre-judicially, it is passed to the court.

4. In the EAEU, for the customs classification of goods participating in international trade, CNFEA is used. This represents the version of commodity nomenclature derived from HS — the outcome of the World Customs Organization for the unification of national customs statistics for the classification of goods participating in international trade.

5. The basis for CNFEA, used in the Common Customs Tariff of the EAEU, is CNFEA CIS, which was enacted in 1995 by the post-soviet republics of the USSR after the conclusion of the corresponding international legal agreement. The CNFEA CIS is extremely close to the unified

¹⁷ Tamozhenii kodeks Tamozhennogo Soiuz [Customs Code of Customs Union] of November 11, 2009. *Sobranie zakonodatelstva Rossiiskoi Federatsii*. 13.12.2010. No 50. Art. 6615.

versions of commodity nomenclatures: its first six digits coincide with HS; and the seventh and eighth digits with the Combined Nomenclature of the European Union. The itemization of the nomenclature for the ninth and tenth digits is under competence of EAEU.

6. The Eurasian Economic Commission (art. 54 of the Treaty on Eurasian Economic Union) is responsible for the maintenance of the Single Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the Eurasian Economic Union.

The power of the Eurasian Economic Commission to approve the Commodity Nomenclature is realized through the adoption of decisions by the Council of the Eurasian Economic Commission. Modifications and additions to the Commodity Nomenclature can be made by the decisions of the Council and the Board of the Eurasian Economic Commission.

The Board of Eurasian Economic Commission also prepares explanations of the Commodity Nomenclature (through adoption of Board recommendations) and the adoption of classification decisions on certain types of goods.

7. The technical maintenance of the Commodity Nomenclature is carried on by the Secretariat of the Eurasian Economic Commission and the FCSR, which includes the Bureau of Commodity Nomenclature.

The peculiarity of the Commodity Nomenclature of the EAEU is the delegation of the powers of the technical maintenance of the CNFEA EAEU to FCSR which carries it out on behalf of all EAEU, in accordance with the Customs code of the Customs union.



References

- Berlin E.A., Ivanov N.A. (1996) *Tovarnaia nomenklatura vneshneekonomicheskoi deiatelnosti SNG* [Commodity Nomenclature of Foreign Economic Activity of the CIS]. Moscow: Rossiyskaia tamozhennaya akademiia, 288 p. (in Russian)
- Berr C. (2008) *Introduction au droit douanier*. Paris: Economica, 73 p.
- Cabello Pérez M., Cabello Gonzale J. (2012) *Las aduanas y el comercio internacional*. Madrid: Editorial, 255 p.
- Customs Modernization Handbook* (2005) Ed. by L. De Wulf and J. Sokol. Washington: The World Bank, 302 p.
- Fabio M. (2010) *Customs Law of the European Union*. Kluwer Law International, 725 p.
- Giffoni M. (2012) *La réglementation douanière de l'Union européenne*. Bruxelles: Anthemis, 407 p.
- Kozyrin A.N. (2014) Tamozhennoe zakonodatelstvo Tamozhennogo soiuza EvrAzES [Customs Legislation of the EurAsEC Customs Union]. *Zakony Rossii: opit, analiz, praktika*, no. 4, pp. 3–7.
- Kozyrin A. N. (2013) Mezhdunarodnii dogovori i natsionalnoe zakonodatelstvo v pravovom mekhanizme Tamozhennogo soiuza EvrAzES [International Treaties and National Legislation in the Legal Mechanism of the EurAsEC Customs Union]. *Reformy i pravo*, no. 2, pp. 29–36.
- Lebedev V.I. (1937) *Reformy Petra I* [Reforms of Peter I]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatelstvo, 379 p. (in Russian)
- Masco B. (2013) *Tratado de Aduanas e Impuestos Especiales*. Madrid: Bosch, 319 p.
- Sandrovskiy K.K. (2002) *Mezhdunarodnoe tamozhennoe pravo* [International Customs Law]. Kiev: Znania, 461 p. (in Russian)
- Shokhin S.O. (2014) Mezhdunarodno-pravovii sapekty finansovoj deiatelnosti tamozhennih organov [International-law Aspects of Financial Activities of Customs Agencies]. *Juridicheskij mir*, no 5, p. 11–13.
- Theule-Martin C. (1995) *La douane: Instrument de la stratégie internationale*. Paris: Economica, 111 p.
- Udoenko S.P. (2006) *Tamozhenni tarif sovremennoj Rossii (1993—2005)* [Customs Tariff of Contemporary Russia (1993—2005)]. SPb.: Arkhej, 402 p.
- Viner J. (2014) *The Customs Union Issue*. Oxford: OUP, 185 p.

Некоторые аспекты правового регулирования последствий заключения трансграничных браков



О.Е. Савенко

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123995, Российская Федерация, Москва, ул. Садово-Кудринская, 9. E-mail: savenko-oksana@inbox.ru



Аннотация

Одна из актуальных проблем современного общества состоит в вопросе признания правовых последствий трансграничных браков. Правовое регулирование семейных отношений с иностранным элементом имеет многоуровневый характер и включает в себя материальные и коллизионные нормы, содержащиеся в многосторонних и двусторонних международных договорах и во внутригосударственном праве. Одной из проблем, связанных с унификацией норм права в области брачно-семейных отношений, является легализация последствий заключенных однополых союзов. Сейчас однополые союзы являются официальными в некоторых странах Европы и во многих штатах США. Список стран, легализовавших однополые союзы, постоянно расширяется. В некоторых странах, где однополые союзы запрещены, введен институт гражданского партнерства или гражданского союза. Во многих странах, легализовавших однополые союзы, гражданское партнерство однополых пар было промежуточной ступенью к брачному равноправию. Действующее российское законодательство не содержит специальных норм, направленных на регулирование отношений в однополых семейных союзах. В частности, имущественные отношения лиц, состоящих в таких отношениях, регулируются нормами российского гражданского права. Вследствие этого имущественные права и обязанности партнеров однополного союза значительно отличаются от имущественных прав супругов, находящихся в законном зарегистрированном браке. Так, например, приобрести имущество лица, состоящие в указанных отношениях, могут только в общую долевую собственность. Право общей долевой собственности между партнерами в однополых союзах может возникать при наличии письменного соглашения данных лиц, устанавливающего общность имущества, приобретенного в фактических отношениях. Нахождение партнеров в однополых фактических отношениях не порождает и юридических обязательств по содержанию партнерами друг друга ни во время отношений, ни после их прекращения. Правовое регулирование наследственных правоотношений в однополых союзах также имеет особенности. Таким образом, ситуация недостаточной правовой регламентации юридических последствий заключенных однополых союзов требует скорейшего законодательного решения. Такое решение возможно в форме гражданского партнерства.



Ключевые слова

международное частное право, трансграничный брак, коллизионные нормы, однополые союзы, имущественные правоотношения, алиментные обязательства, наследственные правоотношения.

Библиографическое описание: Савенко О.Е. Некоторые аспекты правового регулирования последствий заключения трансграничных браков // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 199–209.

JEL: K36; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.199.209

В юридической науке вопросы правового регулирования трансграничных браков (трансграничных союзов) являются весьма актуальными, поскольку определяющей тенденцией развития современного мира является углубление интеграционных процессов во всех сферах жизнедеятельности. Подобное взаимодействие и взаимопроникновение затрагивает правовые системы разных стран. С расширением глобализационных процессов усложняется и характер брачно-семейных отношений, появляются их новые виды и формы. Правовое регулирование брачно-семейных отношений, осложненных иностранным элементом, осуществляется посредством норм международного частного права.

Наличие иностранного элемента приводит к тому, что одновременно правопорядки нескольких государств могут претендовать на урегулирование соответствующего отношения, что влечет за собой возникновение коллизии (т.е. столкновения) правовых систем. Причиной ее возникновения является то, что материально-правовые нормы разных государств в силу своих исторических, религиозных и нравственных традиций существенно отличаются друг от друга¹. Большинство международных договоров содержит коллизионные нормы, что связано с различиями в правовом регулировании брачно-семейных отношений отдельных государств и отсутствием возможности создать унифицированные нормы материального семейного права².

Трудность правового регулирования таких отношений вызвана также особенностями национальных, религиозно-нравственных и духовных устоев различных государств, поддержание которых в некоторых государствах является приоритетной целью, нежели соблюдение национального законодательства. Следует подчеркнуть, что правовая база регулирования семейных отношений с иностранным элементом имеет многоуровневый характер, она включает в себя материальные и коллизионные нормы, содержащиеся в многосторонних и двусторонних международных договорах и во внутригосударственном праве.

Попытки унификации брачно-семейных отношений с иностранным элементом предпринимаются с начала XX в. Одним из поводов единообразия правового регулирования данных правоотношений явились так называемые «хромающие» браки (ситуации, когда браки, заключенные в одной стране с соблюдением ее законов, в другой стране оказываются непризнанными из-за невыполнения требований ее законодательства, и, таким образом, вступившие в брак лица в одной из стран не считаются супругами)³.

Так, в 1902–1905 гг. «хромающие» брачно-семейные отношения явились одним из оснований для унификации отдельных институтов семейного права в виде принятия конвенций и иных международных договоров: Гаагские конвенции о браке, разводе и судебном разлучении супругов, о личных и имущественных отношениях между супругами, об опеке над несовершеннолетними, попечительстве над несовершеннолетними. Позже, в 1928 г. появился региональный унифицированный источник международных

¹ Алешина А.В., Косовская В.А. Условия заключения браков, осложненных иностранным элементом: коллизионно-правовое регулирование в советском и российском законодательстве // Правозащитник. 2017. № 1 [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravozashitnik.net/ru/2017/1/9> (дата обращения: 04.06.2017)

² Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007. С. 117.

³ Штогубова О.А., Казановская Ю.А. О некоторых вопросах унификации норм в сфере регламентации брачно-семейных отношений, осложненных иностранным элементом // Современные тенденции развития науки и технологий. 2016. № 3. С. 136–141.

коллизийных норм — Гаванская конвенция по международному частному праву (Кодекс Бустаманте)⁴.

Важное место среди международных договоров в отношениях между супругами отводится Конвенции о праве, применимом к режиму собственности супругов, от 14.03.1978. Также существует Конвенция о заключении и признании действительности браков от 14.03.1978, заменяющая в отношениях между государствами-участниками Конвенцию об урегулировании коллизий законов в области заключения брака, подписанную 12.06.1902. Главой 1 Конвенции о признании браков 1978 г. регулируются требования к заключению браков: согласно ст. 3 брак заключается, когда будущие супруги соответствуют по существу требованиям национального права государства заключения, и один из них имеет гражданство этого государства или обычно проживает в нем либо когда каждый из будущих супругов соответствует по существу требованиям национального права, определенного коллизийными нормами государства заключения брака. Договаривающееся государство может отказать в признании действительности брака, когда такое признание явно несовместимо с его публичным порядком (ст. 14).

Категория публичного порядка применяется лишь когда не сама норма иностранного права, а именно последствия ее применения могут быть не совместимы с основами правопорядка. На противоречие применения норм иностранного права ссылаются ст. 167 Семейного кодекса Российской Федерации (далее — СК РФ), которая также содержит оговорку о публичном порядке: «Нормы иностранного семейного права не применяются в случае, если такое применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае применяется законодательство Российской Федерации». Само по себе применение норм иностранного семейного права никак не может противоречить основам правопорядка России, ему могут противоречить только последствия такого применения (именно на это обращается внимание в ст. 1193 ГК РФ)⁵. Конвенция о заключении и признании действительности браков вступила в силу 1 мая 1991 г. Конвенцию подписали Австралия, Египет, Люксембург, Нидерланды, Португалия, Финляндия. При этом только три из них (Австрия, Люксембург, Нидерланды) ее ратифицировали. Россия участницей данной Конвенции не является⁶. Россия в принципе не является активной участницей многосторонних международных договоров в области брачно-семейных отношений. Однако следует рассмотреть вопрос о возможности участия России в Конвенции о заключении и признании действительности браков 1978 г., поскольку многие положения российского семейного законодательства соответствуют положениям данной Конвенции.

Одной из проблем, связанных с унификацией норм права в области брачно-семейных отношений является легализация последствий заключенных однополых браков.

После принятия схемы нерегистрируемого сожительства в законе об аренде Нидерланды стали первой страной, где однополые пары смогли получить некоторые права. Самой первой в мире однополой парой, узаконившей свои отношения, стали датчане

⁴ Трофимец И.А., Ли С.Ю. К вопросу о международно-правовом регулировании брачных отношений с участием иностранцев // Семейное и жилищное право. 2010. № 6. С. 21–26.

⁵ Казановская Ю.А. Проблемы совершенствования правовой регламентации оговорки о публичном порядке в международном частном праве Российской Федерации // Научные труды SWorld. 2013. № 3. С. 68.

⁶ Проблемы унификации международного частного права / Н.В. Власова, Н.Г. Воронина, Т.П. Лазарева и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М., 2012. 488 с.

Аксель и Эйгил Аксгилы. Это произошло 1 октября 1989 года в день вступления в силу закона Дании об однополых союзах⁷.

Сейчас однополые союзы являются официальными в 14 странах, в том числе в Голландии, Бельгии, Испании, Канаде, Швеции, Португалии, Исландии, Аргентине, Великобритании, Франции, Финляндии, они официально разрешены во многих штатах США. Список стран, легализовавших однополые браки, постоянно расширяется. В некоторых странах, где однополые союзы запрещены, введен институт гражданского партнерства или гражданского союза. Во многих странах, легализовавших однополые браки, гражданские партнерства однополых пар были промежуточной ступенью к брачному равноправию.

Несмотря на придание сожительству разнополых или однополых пар (именуемому обычно зарегистрированным партнерством) возможности порождать некоторые правовые последствия, ни в одном из государств или его территориальных единиц, где сформировалось соответствующее отношение к сожительству, оно не расценивается в качестве брака, а сожители не приобретают такого объема взаимных прав и обязанностей, который имеется у супругов. Сожительство существует в национальном праве соответствующих государств как особая форма семейных отношений, отличающаяся от брака не только содержанием правовых связей, но и основаниями возникновения и прекращения, а также требованиями к условиям заключения брака и условиям возникновения отношений сожительства.

Что касается признания однополых союзов на международном уровне, то важную роль в легализации «однополых семьи» сыграла Каирская международная конференция ООН по народонаселению и развитию (1994), в которой принимала участие и Россия. Принцип 9-й Программы действий по регулированию народонаселения закрепил равноправие и равноценность разных типов половых союзов, включая однополые союзы.

В России, как уже нами было отмечено, однополые союзы прямо не запрещены, но и не регистрируются в органах записи актов гражданского состояния. Так, в СК РФ определяется «брачный союз мужчины и женщины», а одним из условий заключения брака является «взаимное добровольное согласие мужчины и женщины». Конституционность и соответствие международно-правовым стандартам прав человека указанного тезиса были проанализированы Конституционным Судом Российской Федерации (далее — КС РФ). Так, в его Постановлении от 23.03.2014 № 24-П «По делу о проверке конституционности части 1 статьи 6.21 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобой граждан Н.А. Алексева, Я.Н. Евтушенко и Д.А. Исакова»⁸ указывается: «Поскольку одно из предназначений семьи — рождение и воспитание детей, в основе законодательного подхода к решению вопросов демографического и социального характера в области семейных отношений в Российской Федерации лежит понимание брака как союза мужчины и женщины, что в полной мере согласуется с предписаниями статей 7 и 38 Конституции Российской Федерации и не противоречит Международному пакту о гражданских и политических правах (статья 23) и Конвенции о защите прав человека и основных свобод (статья 12), предусматривающим возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством, регулирующим осуществление этого права». Последняя ссылка является самым сильным аргументом.

И хотя уровень толерантности российского общества к однополым бракам является одним из самых низких в мире, в России действует политика недискриминации и обе-

⁷ Однополый брак [Электронный ресурс]: // URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>. (дата обращения: 03.06.2017)

⁸ [Электронный ресурс]: // URL: <http://base.garant.ru/70747124/#friends#ixzz4j6X6HZby> (дата обращения: 30.05.2017)

спечения основных конституционных прав однополых союзов. Как отмечается в выше-названном Постановлении КС РФ, в силу принципа индивидуальной автономии личности, как он отражен в ст. 22 (ч. 1), 23 (ч. 1), 28 и 29 (ч. 1–4) Конституции Российской Федерации, гарантирующих каждому право на свободу и личную неприкосновенность, право на неприкосновенность частной жизни, свободу выбирать, иметь и распространять свои убеждения и действовать сообразно с ними, свободу мысли и слова, право не быть принужденным к выражению своих мнений и убеждений и отказу от них, право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, каждый человек вправе вести тот или иной, в наибольшей степени отвечающий его наклонностям и представлениям, образ жизни, он свободен в определении своих убеждений и предпочтений и может беспрепятственно их придерживаться, а государство должно не допускать произвольного вторжения в сферу частной жизни, уважать связанные с нею различия⁹. Относящаяся к данной сфере свобода сексуального самоопределения подразумевает существование объективных различий в сексуальной идентичности и возможность для лиц, достигших совершеннолетия (по общему правилу) выбирать любые не сопряженные с насилием и причинением вреда жизни или здоровью либо угрозой его причинения конкретные варианты сексуального поведения, включая те, которые большинством могут оцениваться неодобрительно, в том числе с точки зрения этических, религиозных и иных представлений, сложившихся в социокультурных условиях развития данного общества. Соответственно, сами по себе сексуальные контакты между лицами одного пола по обоюдному согласию, не подпадающие под уголовно-правовой запрет действий сексуального характера с лицом, не достигшим 16-летнего возраста, не находятся ни под запретом международно-правовых норм, ни под запретом Конституции России, ст. 19 (ч. 2) которой гарантирует защиту равным образом всем лицам вне зависимости от их сексуальной ориентации, а сексуальная ориентация как таковая не может служить правомерным критерием установления различий в правовом статусе человека и гражданина.

Граждане России имеют возможность заключить однополый союз за рубежом. Такую возможность на сегодняшний день предлагают Португалия, Канада, некоторые штаты США, Дания, Аргентина и ЮАР. В данных странах разрешена регистрация однополого союза между иностранцами (в том числе туристами) вне зависимости от легальности однополого союза у них на родине.

По вопросу легализации подобных союзов на территории России не сложилось однозначного мнения. СК РФ, допуская союз только между мужчиной и женщиной, не относит нарушение этого требования к формальным препятствиям для признания зарегистрированного за границей брака. Юристы называют такие браки «хромоющими» — они порождают юридические последствия в одном государстве и считаются недействительными в другом. Гагская конвенция 1978 г. разрешает национальным властям отказать в признании действительности брака, если оно «явно несовместимо с его публичным порядком». Наша страна эту Конвенцию не подписала, и при конфликте отечественного и иностранного права приоритет должен отдаваться российскому законодательству. Исключение может устанавливаться только международными соглашениями, но по вопросу однополых союзов Россия их не заключала. Прецедентов пока не было, но вероятность того, что российский суд признает однополый союз противоречащим публичному порядку, чрезвычайно велика.

⁹ Там же.

Кроме того, оговорка о публичном порядке распространяется, во-первых, не на статус брака как таковой, а лишь на правовые последствия применения норм иностранного права. Иными словами, вопрос о противоречии публичному порядку может возникнуть, например, когда российский суд будет решать вопрос о наследовании недвижимости, расположенной на территории России и принадлежавший умершему мужчине, состоящему в браке с другим мужчиной, его наследником. Во-вторых, само понятие публичного порядка — это понятие оценочное: в законе нет его четкого определения. Существо публичного порядка определяет суд в процессе разрешения дела (хотя в российской судебной практике складывается тенденция к рассмотрению в качестве основ правопорядка основных принципов, закрепленных в Конституции и соответствующих кодексах. Здесь уже придется констатировать, что в ст. 1 СК РФ говорится о «принципе добровольности брачного союза мужчины и женщины»)¹⁰.

Исходя из судебной и правоприменительной практики можно сделать вывод, что российское право, в том числе семейное не признает однополых партнеров в качестве особых субъектов правоотношений с особым статусом (супруг, один из родителей и т.д.) даже если такие лица образуют семью в социальном смысле¹¹. Но факт нахождения в однополых отношениях не оказывает практически влияния на гражданско-правовой статус лица¹². Так, например, лица, состоящие в однополых союзах, в том числе заключенных за пределами России, могут приблизить свои отношения к отношениям супругов в юридическом смысле, используя для этого предусмотренные законодательством России механизмы. Остановимся подробнее на возможности регулирования имущественных отношений партнеров однополых союзов на территории России (в том числе заключенных за ее пределами).

К имущественным отношениям партнеров однополых союзов не применяются специальные брачно-семейные положения, а применяются общие положения российского гражданского права. Вследствие этого имущественные права и обязанности партнеров однополого союза значительно отличаются от имущественных прав и обязанностей законных супругов. Гражданский кодекс Российской Федерации предусматривает два вида собственности — личную, которая принадлежит конкретному лицу и общую, принадлежащую двум и более субъектам права. Общая собственность может быть общей совместной либо общей долевой. Право общей собственности на имущество, приобретенное в фактических брачных однополых отношениях, возникает, когда партнеры являются сособственниками имущества. Это должно быть подтверждено правоустанавливающими документами. Причем приобрести имущество лица, состоящие в указанных отношениях, могут только в общую долевую собственность. Право общей долевой собственности между партнерами в однополых союзах может возникать при наличии письменного соглашения данных лиц, устанавливающего общность имущества, приобретенного в фактических отношениях.

Также право общей собственности на имущество, приобретенное в однополых союзах, собственником которого является один из партнеров, может быть установлено в судебном порядке при наличии доказательств существования соглашения об общности приобретенного имущества и внесении вклада в приобретение общего имущества. В России подобного рода споры разрешаются о разделе имущества фактических супру-

¹⁰ Кириченко К.А. Однополая семья в России: что дает нам действующее законодательство?. СПб., 2012. С. 16.

¹¹ Там же.

¹² Там же.

гов (мужчины и женщины), состоящих в так называемом «гражданском браке». При этом суд не устанавливает, состоят ли лица в фактических брачных отношениях, а только определяет факт совместного приобретения спорного имущества. Совместное проживание без регистрации брака не приводит к изменению имущественных отношений сторон без надлежащих доказательств создания общего имущества. Таким образом, в России признание в суде права общей собственности партнеров однополлого союза не будет отличаться от признания права общей собственности иных граждан (мужчин и женщин), как состоящих, так и не состоящих в фактических брачных отношениях.

Следующий немаловажный аспект правового регулирования однополых союзов, заключенных за границей и не признанных российским государством являются алиментные отношения партнеров таких отношений. Нахождение партнеров в однополых фактических отношениях не порождает юридических обязательств по содержанию партнеров друг друга ни во время отношений, ни после их прекращения. Обязанность по содержанию партнеров в подобных отношениях носит исключительно добровольный характер. Между партнерами возможно заключение соглашения, по которому один из них выплачивает другому ежемесячные платежи определенного размера.

Еще одна особенность правового регулирования однополых союзов на территории России — наследование только по завещанию. Поскольку режим наследования по завещанию имеет большую силу, чем наследование по закону, если имущество по воле умершего должно перейти к его партнеру, все иные наследники по закону (кроме обязательных), не приобретают никаких прав на имущество, оставшееся после его смерти.

Однако права партнера однополлого союза при наследовании по завещанию ограничено правилами об обязательной доле. Российское законодательство не включает фактических супругов в круг лиц, наследующих по закону вне зависимости от того, сколько лет длились фактические брачные отношения. Единственный случай наследования по закону пережившим партнером — если ко дню открытия наследства он являлся нетрудоспособным и не менее года до смерти наследодателя находился на его иждивении и проживал совместно с ним.

Таким образом хотя на территории Российской Федерации в настоящее время невозможна легализация однополых союзов, заключенных за границей, российское законодательство содержит ряд норм, направленных на регулирование имущественных отношений лиц, стоящих в таких отношениях. Препятствий на данном пути достаточно. Противники легализации однополых браков указывают, что такие союзы являются оскорблением консервативной части общества. Подобная форма семьи отрицательно влияет на социальную сферу государства, в том числе и на демографические показатели, в подобной семье невозможно поддерживать традиционные ценности брака¹³, встают проблемы морального, этического, социального, религиозного характера, что способно нарушить права других людей (например, право ребенка на воспитание разнополыми родителями)¹⁴, однополая семья не может выполнять одну из самых главных своих функций — репродуктивную, продолжение рода человеческого¹⁵ — и т.д.

¹³ Гавина Е.В. Отношение россиян и российского законодательства к однополым бракам / Концептуальные и прикладные аспекты социальной работы с семьей и детьми в полиэтнической среде. Саратов, 2013. С. 17–22.

¹⁴ Чернова О.Ю. «Право» на однополый брак в контексте личных прав человека // Ученые записки юридического факультета. 2015. № 38. С. 81–85.

¹⁵ Егер К.А. Легализация однополых браков // Научный альманах. 2015. № 11-4. С. 418–421.

Сторонники однополого брака заявляют, что регистрация брака есть юридическое действие, независимое от религиозной нормы (в большинстве современных государств юридическое и церковное оформление брачных отношений происходят раздельно), и что закон должен следовать за общественными изменениями, приводящими к ликвидации неравноправия между людьми, как это и происходит на протяжении последних столетий, когда постепенно отменялись существовавшие прежде запреты на регистрацию браков (например, между супругами, принадлежащими к различным социальным слоям, конфессиям или расам). Тем более, если государство по конституции является светским. Аргументы против однополых союзов, указывающие на традиции и религиозные нормы, следует трактовать как давление на светское государство или избирательное применение закона¹⁶. Некоторые авторы видят вариант решения указанной проблемы в нормах семейного закона путем включения в текст ст. 12 СК РФ пункта 3 с признанием брачными отношениями (с соответствующими юридическими последствиями) совместного проживания и ведения хозяйства гражданами одного пола при подтверждении медицинским заключением (комиссии врачей-психиатров и др.) невозможности отношений с лицами другого пола. Регистрацию подобных браков производить в органах ЗАГС после признания в судебном порядке таковых отношений браком¹⁷.

Кроме указанных проблем, существует еще не разрешенный российским законодательством вопрос о юридическом признании фактических брачных отношений и между мужчиной и женщиной, правовой режим имущественных и неимущественных отношений которых аналогичен отношениям в однополых браках, заключенных за пределами РФ, и не признается в России. В российской юридической науке не сложилось единого мнения относительно легализации фактических брачных отношений. Как считают некоторые ученые, фактический брак не следует приравнивать к зарегистрированному полностью, рациональнее признать некоторые правовые последствия в области имущественных отношений¹⁸. По мнению О.Ю. Косовой, полное распространение статуса брачных отношений на отношения, вытекающие из незарегистрированного брака, неизбежно приведет к утрате юридических критериев отграничения браков, соответствующих требованиям государства и, вследствие этого, приобретающих его правовую охрану¹⁹.

Одним из вариантов решения проблемы, связанной с урегулированием имущественных отношений в непризнанных (не легализованных) однополых союзах, заключенных за пределами России (а также фактических брачных отношений), может явиться «договор о партнерстве», который используется в зарубежных правовых системах. Подобного рода договор предусматривал бы положения относительно правового статуса приобретенного имущества партнеров однополого союза, порядок владения, пользования и распоряжения таким имуществом, обязательства по содержанию партнеров на случай заболевания, инвалидности, иных случаев наступления нетрудоспособности. Также такой договор мог бы содержать положения об обязанностях партнеров по содержанию усыновленного ребенка (официально, конечно, в таких браках усыновителем может выступать только одно лицо, а не пара) и ряд других обязательств. Разумеется, такое решение указанных вопросов возможно только в перспективе. На сегодняшний

¹⁶ Гавина В. Указ. соч. С. 17–22.

¹⁷ Маринкин Д.Н. Толерантность к однополым бракам: правовые и социальные проблемы современной России / Языковая толерантность как фактор эффективности языковой политики. Пермь, 2015. С. 17–22.

¹⁸ Антокольская М.В. Семейное право. М., 2000. С. 145.

¹⁹ Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2009. С. 178.

день ни государство, ни общество, ни правовая система России не готовы включить в систему правового регулирования нормы, регулирующие правовые последствия (в части имущественных отношений) заключенных за пределами страны однополых союзов. Это — долгий путь.

Несмотря на провозглашенные Конституцией России принципы равенства, свободы, неприкосновенности личности, гарантии защиты прав и свобод, партнеры в однополых союзах остаются юридически ущемленными во многих правах. Так, поскольку они не признаются членами семьи и субъектами семейных правоотношений, одного из партнеров не пустят к другому в больницу при экстренной ситуации, поскольку право на информацию имеют только близкие родственники. Отсутствие возможности узаконить свои отношения лишает указанных лиц многих льгот, положенных гетеросексуальным семьям.

Подводя итог, можно отметить, что необходимо пойти по пути признания и правового регулирования последствий заключенных за пределами России однополых союзов в форме партнерства в целях защиты имущественных и некоторых неимущественных прав, но без статуса традиционного института брака.



Библиография

Алешина А.В., Косовская В.А. Условия заключения браков, осложненных иностранным элементом: коллизивно-правовое регулирование в советском и российском законодательстве // Правозащитник. 2017. № 1. URL: http://pravozashitnik.net/ru/2017/1/9_04.06.2017 (дата обращения: 05.06.2017)

Антокольская М.В. Семейное право. М.: Юристъ, 2000. 336 с.

Гавина Е.В./ Отношение россиян и российского законодательства к однополым бракам / Концептуальные и прикладные аспекты социальной работы с семьей и детьми в полиэтнической среде. Саранск: Афанасьев, 2013. С. 17–22.

Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С. Проблемы коллизийного регулирования брачно-семейных отношений в международном частном праве России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 1. С. 92–100.

Егер К.А. Легализация однополых браков // Научный альманах. 2015. № 11–4. С. 418–421.

Казановская Ю.А. Проблемы совершенствования правовой регламентации оговорки о публичном порядке в международном частном праве Российской Федерации // Научные труды SWorld. 2013. № 3. С. 67–73.

Кириченко К.А. Однополая семья в России: что дает нам действующее законодательство?: Практическое пособие. СПб.: Благотворительный фонд социальной и правовой поддержки, 2012. 72 с.

Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России: учеб. пособие. М.: Статут, 2009. 204 с.

Маринкин Д.Н. Толерантность к однополым бракам: правовые и социальные проблемы современной России / Языковая толерантность как фактор эффективности языковой политики. Пермь: Прикамский социальный институт, 2015. С. 17–22.

Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М.: Волтерс Клувер, 2007. 328 с.

Однополый брак. Available at: URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>. (дата обращения: 03.08.2016)

Проблемы унификации международного частного права / Н.В. Власова, Н.Г. Воронина, Т.П. Лазарева и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М., Юриспруденция, 2012. 488 с.

Трофимец И.А., Ли С.Ю. К вопросу о международно-правовом регулировании брачных отношений с участием иностранцев // Семейное и жилищное право. 2010. № 6. С. 21–26.

Чернова О.Ю. «Право» на однополый брак в контексте личных прав человека // Ученые записки юридического факультета. 2015. № 38. С. 81–85.

Шетогулова О.А., Казановская Ю.А. О некоторых вопросах унификации норм в сфере регламентации брачно-семейных отношений, осложненных иностранным элементом // Современные тенденции развития науки и технологий. 2016. № 3. С. 136–141.

Some Aspects of Legal Regulating Cross-Border Marriages



Oksana Savenko

Associate Professor, Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya–Kudrinskaya Str., Moscow 125593, Russian Federation. E-mail: savenko-oksana@inbox.ru



Abstract

One of the pressing problems of the modern society is the question of recognizing the legal consequences of cross-border marriages. Legal regulation of family relations with a foreign element has a complex, multilevel nature that includes material and conflict norms contained in multilateral and bilateral international treaties and in domestic law. One of the problems associated with the unification of the law in the area of marriage and family relations is the legalization of the consequences of prisoners of same-sex marriage. Now, same-sex unions are official in some countries in Europe and in many US states. The list of countries that have legalized same-sex marriages is constantly expanding. In some countries where same-sex unions are prohibited, an institution of civil partnership or civil union has been introduced. In many countries that legalized same-sex marriages, civil partnerships for same-sex couples were an intermediate step towards marital equality. The current Russian legislation does not contain special norms aimed at regulating relations in same-sex family unions. In particular, the property relations of persons who are members of such relations are regulated by the norms of Russian civil law. As a consequence, the property rights and obligations of the partners of a same-sex union are significantly different from the property rights of spouses who are in a legal, registered marriage. Thus, for example, to acquire the property of a person consisting in the specified relations, can only in the common share property. The right of common shared property between partners in same-sex unions can arise if there is a written agreement of these persons establishing common property acquired in actual relations. Finding partners in same-sex factual relationships does not create any legal obligations to keep each other's partners either during or after the relationship. The legal regulation of hereditary legal relations in same-sex unions also has its own characteristics. Thus, the prevailing situation of insufficient legal regulation of the legal consequences, of the same-sex unions concluded requires an early legislative decision. Author believes that such a decision is possible in the form of civil partnership.



Keywords

cross-border marriage, conflict norms, same-sex unions, property relations, service obligations, hereditary legal relations.

Citation: Savenko O. Ye. (2017) Some Aspects of Legal Regulating Cross-Border Marriages. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 199–209 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.199.209



References

Aleshina A.V., Kosovskaja V.A. (2017) Usloviya zaključenija brakov, oslozhnennyh inostrannym jelementom: kollizionno-pravovoe regulirovanie v sovetskom i rossijskom zakonodatel'stve [Legal Regulating Provisions of Concluding Marriages with Foreign Element According to the Soviet and the Russian Federation Legislation]. *Pravozashhitnik*, no 1. Available at: <http://base.garant.ru/70747124/#friends#ixzz4j6X6HZby> (accessed: 30.05.2017)

- Antokol'skaja M.V. (2001) *Semeinoe pravo* [The Family Law]. Moscow: Jurist, 145 p. (in Russian)
- Chernova O. Yu. (2015) «Pravo» na odnopolyj brak v kontekste lichnyh prav cheloveka [A Right for the Same-Sex Marriage in a Context of Personal Human Rights]. *Uchenye zapiski juridicheskogo fakul'teta*, no 38, pp. 81–85.
- Eger K.A. (2015) Legalizatsiya odnopolyh brakov [The Legalization of Same-Sex Marriages]. *Nauchnyj al'manah*, no 11, pp. 418–421.
- Gavina E.V. (2013) Otnoshenie rossijan i rossijskogo zakonodatel'stva k odnopolym brakam [Russians and Russian Legislation Look at the Same-Sex Marriages]. *Konceptual'nye i prikladnye aspekty social'noj raboty s sem'ej i det'mi v polietnicheskoj srede*. Saransk: Afanas'ev, pp. 17–22.
- Get'man-Pavlova I.V., Kasatkina A.S. (2017) Problemy kollizionnogo regulirovanija brachno-semejnyh otnoshenij v mezhdunarodnom chastnom prave Rossii [Issues of Collisions in the Regulation of Marriage and Family Relations in International Private Law]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*. no 1, pp. 92–100.
- Kazanovska Yu.A. (2013) Problemy sovershenstvovaniya pravovoj reglamentacii ogovorki o publichnom poriadke v mezhdunarodnom chastnom prave Rossijskoj Federacii [Issues of Improving Legal Regulating a Reservation about Public Order in International Private Law of Russia]. *Nauchnye trudy SWorld*, no 3, p. 68.
- Kirichenko K.A. (2012) *Odnopolaia sem'ia v Rossii* [Same-Sex Family in Russia]. Saint Petersburg: Blagotvoritel'nyj fond social'noj i pravovoj podderzhki, 16 p. (in Russian)
- Kosova O.Yu. (2001) *Semeinoe i nasledstvennoe pravo Rossii* [The Family and Hereditary Law of Russia]. Moscow: Statut, 178 p. (in Russian)
- Makovskiy A.L. et al. (2012) Problemy unifikacii chastnogo prava [Issues of Unifying International Private Law]. Moscow: Jurisprudencija, 488 p. (in Russian)
- Marinkin D.N. (2015) Tolerantnost' k odnopolym brakam: pravovye i social'nye problemy sovremennoj Rossii [Tolerance towards Same-Sex Marriages]. *Jazykovaja tolerantnost' kak faktor effektivnosti jazykovoj politiki*. Perm': Prikamskiy social'nyi institut, pp. 18–22.
- Marysheva N.I. (2007) *Semejnye otnoshenija s uchastiem inostrancev: pravovoe regulirovanie v Rossii* [Family Relations with Participation of Foreigners: Legal Regulation in Russia]. Moscow: Wolters Kluwer, 117 p. (in Russian)
- Odnopolyi brak (2015) [Same-Sex Marriage]. Available at: URL: https://ru.wikipedia.org/wiki/Odnopolyi_brak (accessed: 3. 08. 2016)
- Shetogubova O.A., Kazanovskaja Yu.A. (2016) O nekotoryh voprosah unifikacii norm v sfere reglamentacii brachno-semejnyh otnoshenij, oslozhnennyh inostrannym elementom [Some Issues of Unifying Norms in the Field of Marriage and Family Relations with Foreign Element]. *Sovremennye tendencii razvitiya nauki i tehnologii*, no 7, pp. 136–141.
- Trofimec I.A., Li S. Yu. (2010) K voprosu o mezhdunarodno-pravovom regulirovanii brachnyh otnoshenij s uchastiem inostrancev [To the Issue of International Legal Regulating Marriage Affairs with Foreign Element]. *Semeinoe i zhilishhnoe pravo*, no 6, pp. 21–26.

Уступка виндикационного требования как способ суррогатной передачи вещи в Германии и перспективы в России



Д.В. Лоренц

доцент кафедры гражданского права и процесса Балтийского федерального университета имени И. Канта, доцент кафедры гражданского права и гражданского судопроизводства Южно-Уральского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 236016, Российская Федерация, Калининград, ул. А. Невского, 14. E-mail: lord-dv@mail.ru



Аннотация

Автор анализирует генезис немецких доктринальных и судебных подходов относительно условий реализации уступки виндикационного притязания в качестве суррогатной передачи вещи при осуществлении отчуждения имущества приобретателю. Целью исследования выступает определение предпосылок и перспектив заимствования данной правовой конструкции для ее воплощения в российском гражданском законодательстве. Достижению предвосхищаемых результатов способствует использование в работе методологии сравнительного правоведения и структурно-функционального анализа, на основе которых выявляются юридическая природа требования из виндикационного правоотношения, его зависимость от права собственности и особенности исполнения вещной сделки между контрагентами, когда реальное господство над вещью принадлежит третьему лицу. Для оценки актуальности цессии права на виндикацию в статье подвергаются критическому осмыслению две противоположные позиции: 1) для передачи опосредованного владения всегда требуется уступка притязания; 2) отчуждение вещи возможно посредством простого соглашения, виндикационное притязание переходит автоматически на приобретателя вместе с правом собственности, поэтому уступка требования о выдаче вещи наряду с соглашением о переходе права собственности не имеет самостоятельного содержания и практического значения. В силу наличия относительного правоотношения между титульным владельцем и нарушителем владения обосновывается обязательно-правовая природа виндикации и возможность цессии права на нее, если это не противоречит вещно-правовым принципам и отвечает интересам сторон, что предопределяет возможность такой уступки только при одновременной передаче цессионарию титула на вещь, поскольку требование носит вещно-правовой характер. В период нарушения владения виндикация секундарно выражает само вещное право и подтверждает юридическое господство над вещью, которое можно передать другим лицам. До восстановления обладания имуществом виндикационное требование на основе юридической фикции наделяется свойствами оборотоспособности. Делается вывод, что уступка виндикации является не самоцелью алеаторной отчуждательной сделки, а средством квази-передачи вещи, которая означает исполнение договора со стороны традента при нахождении предмета отчуждения в фактическом обладании третьего лица. Это позволяет исключить договорную ответственность отчуждателя за отсутствие традиции в пользу приобретателя, так как суррогатная передача вещи будет выступать эксклюзивным способом завершения перехода права собственности и переноса связанных с этим рисков.



Ключевые слова

виндикация, цессия, право собственности, передача владения (традиция), квази-передача вещи (суррогатная традиция), опосредованное владение, вещная сделка, добросовестность.

Библиографическое описание: Лоренц Д.В. Уступка виндикационного требования как способ суррогатной передачи вещи в Германии и перспективы в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 210–233.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.210.223

Постановка проблемы. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, право требования в наши дни — подобно движимому и недвижимому имуществу — рассматривается как функциональный имущественный объект, в отношении которого существует потребность его передачи от одного лица другому¹. При этом существуют такие требования, которые возникают из внедоговорного нарушения владения, в частности, виндикационное притязание. Виндикация в России рассматривается как один из способов защиты вещных прав, а гражданский оборот в отечественной доктрине столь же традиционно связывают с обязательственными правами, поэтому в юридической литературе российские цивилисты справедливо обращают внимание, что взаимосвязь категорий виндикации и гражданского оборота может вызвать некоторое недоумение².

Для сравнения: в зарубежном правопорядке, к примеру, во Франции, иски о возврате недвижимого имущества относятся к недвижимости³, что, на наш взгляд, образует некую суррогатную вещь. В Германии, если третье лицо владеет движимой вещью (*Besitzer der Sache*), то ее передачу можно заменить тем, что собственник (*Eigentümer*) уступает приобретателю требование о выдаче вещи⁴, значит, такому притязанию (*Anspruch auf Herausgabe der Sache*) придается свойство оборотоспособности, поскольку оно может стать предметом цессии (*Abtretung*) между отчуждателем (*Veräußerer*) и приобретателем (*Erwerber*) вместо традиционной передачи вещи (*Übergabe*).

Соответственно, возникает вопрос о перспективах использования подобной юридической конструкции в российском гражданском обороте с учетом дискуссии о допустимости применения норм обязательственного права к вещным искам.

Сущность и значение уступки требования о выдаче вещи в немецкой правовой доктрине. Современные немецкие юристы отмечают, что § 931 BGB об уступке требования о выдаче вещи служит практической необходимости, например, когда право собственности на хранимые предметы можно передать без того, чтобы отчуждатель должен был бы сначала забрать товар на складе для его передачи приобретателю. Собственник может вместо этого переуступить притязание о выдаче (против хранителя)⁵. Или собственник материалов может передать право собственности на новую вещь в процессе переработки сырья путем уступки приобретателю своего будущего права на выдачу вещи из владения подрядчика⁶.

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Том 2. Пер. с нем. М., 1998. С. 160.

² Виниченко Ю.В. Виндикация и гражданский оборот: отдельные аспекты взаимосвязи // Защита частных прав: проблемы теории и практики: материалы междунар. конф. Иркутск, 2014. С. 41–48.

³ Article 526 Code Civil des Français [Электронный ресурс]: // <https://www.legifrance.gouv.fr> (дата обращения: 1.04.2016)

⁴ § 931 Bürgerliches Gesetzbuch, BGB [Электронный ресурс]: // <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/> (дата обращения: 1.04.2016)

⁵ Vieweg K., Werner A. Sachenrecht. 7. Aufl. München, 2015. S. 108.

⁶ Wilhelm J. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin, 2010. S. 386–387.

В силу существа отношений, регламентируемых § 931 BGB, отчуждатель не может быть непосредственным владельцем. Это вытекает не только из того, что в противном случае право собственности могло бы возникнуть на движимую вещь путем ее передачи во исполнение соглашения (в силу основных положений первого предложения § 929 BGB), но и следует из того, что при наличии отношения трех лиц (отчуждатель — третье лицо (владелец) — приобретатель) § 931 BGB требует полной отрешенности отчуждателя от вещи. При непосредственном владении отчуждателя это было бы невозможно.

К. Вивег и А. Вернер указывают, что для приобретения имущества в собственность на основании § 929 п. 1, § 931 BGB необходимы следующие условия:

- договорное соглашение о переходе права собственности (§ 929 BGB);
- уступка требования (§ 870, § 398, § 931 BGB);
- утрата владения на вещь на стороне отчуждателя (§ 931 BGB);
- договориться о моменте уступки (§ 929 BGB);
- юридическая правомочность отчуждателя⁷.

В соответствии с преобладающим мнением, § 931 BGB применяется даже в случае, когда отчуждатель не имеет статуса законного владельца, и независимо от того, находится ли вещь во владении третьих лиц или вообще никто ее не владеет. В отношении вещей, которыми никто не владеет (затонувший корабль, убежавшая собака, пропавшее произведение искусства, корабль на Луне), должна существовать возможность передать их в собственность. Ведь, несмотря на отсутствие владения, право собственности остается, следовательно, может передаваться (Westermann/Gursky/Eickmann). Однако продавец не имеет фактической власти над вещью, поэтому он может лишь распоряжаться притязанием о ее выдаче. Хотя есть и противоположная позиция, что в отношении потерянных вещей вообще не может происходить передача права собственности на основании § 931 BGB, поскольку будущие притязания требуют индивидуализации уже в момент передачи права собственности⁸.

Генезис взглядов о цессии виндикационного требования в немецкой цивилистике и судебной практике. Уступка виндикационных притязаний (Abtretung des Vindikationsanspruchs, § 931, 985 BGB) представляет собой предмет дискуссии в немецкой юридической литературе. Виндикационное притязание согласно § 985 BGB тоже соответствует структуре требований, которые подлежат уступке на основании § 931 BGB.

В немецкой доктрине признают, что опосредованное владение основано на виндикационном притязании, если не существует прочих законных притязаний о выдаче. Собственник думает в таких случаях — например, при краже вещи — что передача имущества остается возможной только при переходе права собственности согласно § 929.1 и § 931 BGB. Такое состояние владения соответствует установленной в § 931 BGB ситуации непосредственного владения движимой вещью третьим лицом наряду с соглашением между отчуждателем и приобретателем.

В некоторых источниках, в особенности, в литературе 50-80 годов XX века и соответствующей судебной практике разъяснялось, что для передачи имущества на основании § 931 BGB всегда требовалась уступка притязания. Благодаря тому, что закон не останавливается на опосредованном владении отчуждателей и регламентирует непосредственное владение третьих лиц, это может быть только притязание из § 985 BGB⁹.

⁷ Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 109.

⁸ Цит. по: Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 109, 111, 112.

⁹ Цит. по: Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 111.

В противоположность этому большинство авторов в современной литературе отказывается от возможности уступки притязаний из § 985 BGB и поддерживает отчуждение посредством простого соглашения в качестве правильного средства. Основной аргумент сводится к тому, что виндикационное притязание переходит автоматически на приобретателя вместе с правом собственности, поэтому оно (требование о выдаче) должно рассматриваться не как условие, а как следствие перехода права собственности. Уступка притязания о выдаче вещи наряду с соглашением о переходе права собственности не имеет самостоятельного содержания. Поскольку опосредованные владельцы в основном имеют обязательственные права против непосредственных владельцев, в том числе при неосновательном обогащении или деликтах, то практическая значимость вопроса о передаваемости виндикационного притязания низка¹⁰.

Д. Вильгельм пишет, что притязание о выдаче вещи из § 985 BGB представляет собой требование из права собственности. В связи с этим образуется некая коллизия: с отчуждением вещи право собственности переходит к приобретателю, и он становится обладателем притязания из собственности на основании § 985 BGB. Допущение уступки притязания для прямой передачи права собственности будет означать недействительность (абстрактность, беспредметность) сделки, поэтому уступка не может быть здесь средством отчуждения, так как закон позволяет в § 929 и 931 BGB переход права собственности путем простого соглашения об этом¹¹.

Природа уступки виндикационного требования в отрыве от права собственности в Германии. Немецкие цивилисты отмечают, что виндикационное требование в качестве вещного притязания весьма сомнительно уступать самостоятельно, поскольку вещное притязание не может быть отделено от своего корневого права. Скорее всего, притязание возникает у приобретателя корневого права всегда заново. От этого следует отличать обязательно-правовые последствия виндикационного притязания (§ 987 BGB об обязанности незаконного владельца вернуть доходы), к которым могут применяться общие правила уступки¹².

Приобретение имущества неуполномоченным лицом может осуществляться в соответствии с § 185 BGB¹³ с предварительного согласия управомоченного, т.е. либо с его согласия (п. 1 § 185 BGB), либо подтверждения (п. 2 § 185 BGB)¹⁴.

Как допускается Верховным Федеральным Судом ФРГ и поддерживается подавляющим большинством ученых, рассматриваемая правовая конструкция (цессия требования о выдаче вещи без перехода титула) является передачей полномочия (аналог § 185 BGB) в пользу третьего лица, которое может осуществить от своего имени виндикационное притязание вопреки отсутствию правового статуса собственника (владельца). Попытка уступки виндикационного притязания может быть истолкована в качестве ин-

¹⁰ Цит. по: Ibidem.

¹¹ Wilhelm J. Op. cit. S. 385–386.

¹² Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 206–207.

¹³ § 185 BGB. [Распоряжения неправомочного лица]: (1) Распоряжение неправомочного лица о каком-либо предмете действительно, если оно последовало с предварительного согласия правомочного лица. (2) Распоряжение становится действительным, если правомочное лицо подтверждает его либо если распорядившееся лицо приобретает данный предмет или наследует его от правомочного лица, а распорядившееся лицо несет неограниченную ответственность по обязательствам, связанным с предметом наследования. В обоих последних случаях, если о предмете было сделано несколько несовместимых распоряжений, действительным является то распоряжение, которое было сделано раньше других.

¹⁴ Wilhelm J. Op. cit. S. 387.

кассового поручения, т.е. юридического полномочия на взыскание, когда вместе с этим полномочием не переходит само требование (§ 140 BGB)¹⁵. Это обретает смысл в принудительном исполнении судебного решения: на основе данной конструкции кредитор по виндикации сможет потребовать от должника обращения взыскания (§ 857 III BGB, 847 ZPO)¹⁶.

Устранение проблемы расщепления права собственности и уступки виндикации.

Д. Вильгельм полагает, что возможность передачи вещи в собственность путем простого соглашения не нарушает правового регулирования, которое предполагает исполнение требования. Имеется в виду, что диспозиция § 931 BGB традиционно обозначается как передача права собственности путем уступки виндикации. Поэтому § 931 BGB подразумевает и уступку из § 985 BGB. Закон исходит из перехода права собственности путем традиции и допускает заменить традицию другими операциями, в частности, цессией виндикации. Лицо должно отказаться от полномочия на вещь через перенесение господства на приобретателя, и обе стороны при этом должны договориться, что этим самым праву собственности надлежит перейти. В случае, когда владельцем вещи является третье лицо, то собственник имеет господство над вещью через требование о выдаче против третьего лица. § 931 BGB требует, чтобы собственник был в ситуации, при которой его вещь находится у третьего лица, а приобретателю передается статус кредитора по отношению к этому третьему лицу. Обе стороны такое положение к третьему лицу должны сделать предметом соглашения. Затем оба договариваются, что право собственности вместе с тем должно перейти на приобретателя. Таким образом, понятно, что цессия является проявлением (способом) непосредственного, успешного и эффективного завершения перехода права собственности. Из-за этой взаимосвязи отпадает проблема расщепления права собственности и уступки виндикации¹⁷.

Если проанализировать некоторые нормы BGB, то в соответствии с п. 2. § 986 [Возражения владельца] владелец вещи, которая согласно § 931 была отчуждена путем уступки требования о выдаче, может предъявить новому собственнику те возражения, которые он мог бы предъявить против требования прежнего собственника. Эти нормы отражают характерное для цессии правоотношение, когда есть сингулярное правопреемство, и поэтому в отношении нового собственника (цессионария) должник (владелец) может заявить прежние возражения, который имелись против требования цедента¹⁸. Однако многие немецкие цивилисты, констатируя факт сохранения вещных обременений и обязательственных прав у непосредственного владельца, а также прежних возражений (§ 986 и § 936 BGB), отмечают, что, скорее всего, виндикационное притязание возникает у приобретателя корневого права всегда заново, иск отчуждателя из § 985 BGB пога-

¹⁵ § 140 BGB. [Изменение толкования сделки]: Если условия недействительной сделки соответствуют требованиям, предъявляемым к другой сделке, то действуют правила, относящиеся к последней, если следует считать, что ее действительность была бы желательна, несмотря на то, что сторонам было известно о недействительности первой сделки.

Иными словами, немецкая доктрина исходит из того, что уступка виндикации без права на вещь недействительна, но ее действительность желательна для сторон и потому к ней применяются правила другой сделки, требованиям которой уступка соответствует, т.е. будет некий аналог сделки по инкассо: лицу поручается реализовать требование без его приобретения.

¹⁶ Цит. по: Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 206–207.

¹⁷ Wilhelm J. Op. cit. S. 386–387.

¹⁸ Соответствующие положения о возражениях должника существуют и в ГК РФ, но лишь в общих нормах о перемене лиц в обязательстве (ст. 386), а не в гл. 20 о защите вещных прав.

шается и вновь оживает у приобретателя¹⁹. Данные выводы не совсем укладываются в производный характер правоотношения по отчуждению вещи, поскольку из них следует, что право собственности возникает в порядке правопреемства, а право на виндикацию — первоначально.

Но, как отмечается другими авторами в комментарии к BGB, § 404 BGB (возражения должника на уступку) не защищает непосредственных владельцев относительно собственников, вступивших через уступку виндикации согласно § 931 BGB в новое положение прежних собственников. Ведь у новых собственников право на истребование возникает непосредственно только через переуступку. Именно § 986 II BGB представляет собой механизм защиты непосредственного владельца при смене собственника. Из текста следует неизбежность существования каких-либо возражений (право владения) на момент отчуждения вещи по правилам § 931 BGB²⁰.

В итоге полагаем, что в немецкой цивилистике является дискуссионным именно рассмотрение уступки виндикационного притязания в качестве способа передачи права собственности на движимую вещь (*Übereignung* или *Übertragung des Eigentums*), поскольку право на виндикацию является не условием, а результатом отчуждения вещи. Но вряд ли можно отрицать использование такой цессии в качестве квази-передачи самой вещи (*Übergabe*), о которой, собственно говоря, и идет речь в § 931 BGB. Право собственности на движимую вещь на основании § 929 BGB возникает, когда собственник (*Eigentümer*) передал вещь (*die Sache*) приобретателю (*Erwerber*) и оба согласны (*beide darüber einig*) с переходом права собственности (*Eigentum übergehen*). Значит, когда вещь находится у третьего лица, право собственности на движимую вещь возникает в момент достижения согласия относительно двух условий: 1) соглашение о передаче права собственности; и 2) соглашение об уступке виндикационного притязания, которая играет роль суррогатной традиции. Буквальный смысл § 931 BGB означает необходимость достижения лишь соглашения об уступке притязания, но в диспозиции нормы ничего и не говорится об отчуждении вещи, поскольку, видимо, данная норма рассчитана лишь на урегулирование такой сделки, как передача вещи, которая находится во владении третьего лица.

Таким образом, переход виндикационного притязания в системе распорядительных сделок должен использоваться не в качестве непосредственного способа передачи права собственности, а для традиции.

Дискуссия о юридической природе виндикационного притязания в российской цивилистике. На взгляд К.И. Скловского, существует соблазн отчуждения вещи без традиции, исключительно волей собственника. Но, как полагает ученый, цессия права на виндикацию по ГК РФ недопустима, поскольку по смыслу ст. 382 ГК РФ переход прав кредитора ограничен сферой обязательств и не применим к вещным правам; даже когда ответчик по виндикации известен, право требование вещи не становится обязательственным²¹.

В немецкой доктрине по этому поводу полагают, что обязательственно-правовые и вещные требования отличаются по своим функциям. Однако поскольку виндикационное притязание внешне имеет такую же структуру, как обязательственное требование, то авторы соглашаются с возможностью применения норм обязательственного права к

¹⁹ Цит. по: *Vieweg K., Werner A. Op. cit.* S. 110, 207.

²⁰ *Prütting H., Wegen G., Weinreich G. BGB Kommentar.* 3. Aufl. Luchterhand, 2008. S. 1908.

²¹ *Скловский К.И. О праве на отчуждение имущества без передачи владения // Хозяйство и право.* 2003. № 8. С. 117, 120.

отношениям по осуществлению виндикации, если это образует интерес сторон, который не противоречит существу вещно-правовых принципов, и специфические функции вещных прав не будут ухудшаться обязательственно-правовым регулированием²².

Мысль о том, что виндикация защищает вещное право и представляет собой абсолютный иск, имеющий свойство быть направленным против любого нарушителя владения, прослеживается в трудах многих отечественных цивилистов. Однако вполне убедительно мнение Е.А. Крашенинникова, что «правоотношение, в рамках которого осуществляется виндикация, обладает всеми признаками обязательства: оно относительно, поскольку в каждый конкретный момент истребуемая вещь может находиться только у одного обязанного лица, а «не у всех и каждого»; в его содержании на первый план выступает обязанность незаконного владельца совершить положительное действие — выдать вещь, а интерес управомоченного лица не может быть удовлетворен его собственными действиями, ему предоставлено лишь право требовать выдачи вещи»²³.

С позиции признания обязательственно-правовой природы виндикации отпадают весомые теоретические препятствия для применения правил цессии к виндикационному требованию.

Практическая значимость уступки виндикационного притязания в России. На данный момент в случае одного лишь только факта внедоговорного неправомерного завладения индивидуально-определенной вещью нормы о деликтах или кондикции (ст. 1082, 1102–1109 ГК РФ) в силу юридической природы отношений не могут применяться в качестве основных моделей защиты гражданских прав, так как есть специальный иск — виндикация (ст. 301 ГК РФ). Как верно отмечали В.Т. Смирнов и А.А. Собчак, «деликтный иск является вспомогательным средством защиты права собственности до тех пор, пока вещь существует в натуре и пока право собственности на нее не утрачено собственником»²⁴, а предметом кондикции выступает определяемая родовыми признаками вещь.

Но недавно наметились тенденции к размыванию границ между исками при защите права собственности. На основании Постановления Конституционного Суда России от 7.04. 2015 № 7-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 1064 ГК РФ и пункта «а» части второй статьи 166 УК РФ в связи с жалобой гражданина В.В. Кражева» Правительство России в 2015 году предложило законодателю возложить обязанность по возмещению вреда на лицо, неправомерно завладевшее чужим имуществом, которое повреждено или утрачено вследствие действий другого лица, действовавшего независимо от первого лица, а также установить регрессные правоотношения между такими нарушителями²⁵.

Впрочем, возмещение вреда при нарушении владения в целом больше характерно для англо-американской системы права в рамках института *trespass* (вторжение в чужое владение)²⁶, так как в данных правопорядках не применяется классический виндикационный иск. В России в случае незаконного владения индивидуально-определенной

²² Цит. по: Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 206.

²³ Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль, 1995. С. 31.

²⁴ Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л., 1983. С. 144.

²⁵ Проект ФЗ № 897448-6 «О внесении изменения в статью 1080 ГК РФ», принят в первом чтении 22.01.2016.

²⁶ См.: Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве: дис. ... к. ю. н. СПб., 1999. С. 112–130.

вещью при отсутствии договорных или реституционных правоотношений между собственником и владельцем должна применяться виндикация²⁷.

Следовательно, практическая значимость уступки притязания о возврате вещи, в отличие от воззрений в немецкой доктрине, напрямую не связана с риском конкуренции вещных и обязательственных исков, которыми располагает опосредованный владелец, и потому не снижена этим обстоятельством. Современные российские цивилисты²⁸, если и допускают само соглашение об уступке собственником своего требования на выдачу вещи, то именуют его так же, как и немецкие юристы, суррогатом (*Übergabesurrogat*)²⁹, заменяющим традиционную передачу вещи.

В России в соответствии со ст. 301 ГК РФ лицо, обратившееся в суд с иском об истребовании своего имущества из чужого незаконного владения, должно доказать свое право собственности на имущество, находящееся во владении ответчика³⁰.

Обязательно-правовая природа виндикации должна сочетаться с ее вещно-правовым характером (назначением), поскольку данное притязание всецело зависит от сохранности предмета истребования в натуре и наличия у виндиканта титула на вещь. Соответственно, с одной стороны, уступка виндикации без передачи цессионарию титула на вещь сделает невозможной реализацию предмета цессии.

С другой стороны, после перехода права собственности к приобретателю вещи право на виндикацию у него возникает в силу того, что лицо стало собственником и его имущество находится в чужом незаконном владении (ст. 301 ГК РФ), а не потому, что такое право на защиту перешло к нему от контрагента. Исходя из этого, в российской цивилистике юристы, скептически оценивающие цессию виндикационного требования для нужд гражданского оборота, могут высказать против данной правовой конструкции аргумент, который ранее был рассмотрен в немецкой доктрине, что виндикация всюду следует за вещью, поэтому уступка такого притязания не имеет практического смысла, поскольку у приобретателя титула на вещь по договору с собственником в любом случае в силу закона возникает право на истребование индивидуально-определенной вещи из чужого незаконного владения третьего лица без необходимости дополнительно согласовывать это условие. Однако в силу существа отношений отчуждение вещи без передачи владения на основе простого соглашения о переходе права собственности при отсутствии условия об уступке виндикации может повлечь неоднозначные юридические последствия для контрагентов, а именно следующие:

1) По общему правилу (ст. 223 ГК РФ), для возникновения права собственности требуется традиция. Стороны могут согласовать, что право собственности переносится и без передачи вещи в силу факта заключения соглашения, а в отношении недвижимости потребуются государственная регистрация перехода права. Но, например, на продавце лежит безусловная обязанность передать покупателю товар (п. 1 ст. 456 ГК РФ). Осу-

²⁷ П. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.04.2010. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»

²⁸ См.: *Василевская Л.Ю.* О специфике правовой конструкции вещного договора по германскому праву // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.* 2003. № 5. С. 125–126; *Ломидзе О., Ломидзе Э.* Распоряжение вещами: потенциал правового регулирования и приемы его реализации // *Хозяйство и право.* 2004. № 3. С. 53; *Скловский К.И.* Указ. соч. С. 117, 122.

²⁹ *Vieweg K., Werner A.* Op. cit. S. 108.

³⁰ П. 36 Постановления Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ от 29.04.2010 № 10/22.

ществить обычным способом исполнение этой обязанности (вручение, предоставление товара в распоряжение покупателя в месте нахождения товара, сдача товара перевозчику или организации связи — ст. 458 ГК РФ) продавец не в состоянии, поскольку отчуждатель на момент исполнения договора не является владельцем.

2) Если приобретатель обратится к нарушителю владения с первоначально возникшей виндикацией, и виндикационный процесс затянется настолько, что приобретатель потеряет какой-либо интерес к вещи, то продавец может получить от покупателя требование об отказе от исполнения договора купли-продажи (ст. 463 ГК РФ). Продавец вряд ли найдет юридическое обоснование неисполнению своей обязанности по предоставлению вещи и будет вынужден вернуть приобретателю встречное предоставление, а также возместить убытки.

3) Кроме того, незаконный владелец по каким-либо причинам может не исполнить виндикационное обязательство (гибель вещи, появление лиц с преимущественным правом требования, пропуск приобретателем вещи срока исковой давности, за ответчиком признан титул на спорный предмет в силу добросовестности на основании ст. 302 ГК РФ и пр.). В данном случае, если стороны не согласовывали уступку виндикации в договоре купли-продажи (или ином соглашении), то для продавца (либо другого отчуждателя) наступят уже обозначенные неблагоприятные последствия за неисполнение договора.

Такая альтернатива притязаний у приобретателя, когда он одновременно может требовать вещь от двух лиц — и по виндикации от третьего лица, и от контрагента по договору — не является фактором стабильности оборота.

В связи с изложенным определенным выходом из ситуации является оформление цессии виндикационного притязания в качестве специфического способа исполнения обязанности передать вещь. С момента уступки виндикации и перехода титула на вещь отчуждатель освободится от каких-либо претензий со стороны контрагента, сколь долго бы ни продолжалась реализация притязания о выдаче вещи из владения третьего лица. При этом лицо, распорядившееся вещью посредством цессии (цедент), будет нести ответственность только за недействительность виндикационного требования, но не за неисполнение этого требования фактическим владельцем, т.е. должником (ст. 390 ГК РФ). На цедента справедливо возложить ответственность, когда он недобросовестно скрыл сведения, которые могут стать препятствием виндикации (спорность титула отчуждателя, существенное изменение вещи, введение в заблуждение относительно исковой давности и пр.).

Перспективные последствия реализации в России уступки виндикационного притязания. Е.А. Крашенинников полагал, что, во-первых, после цессии цедент остается субъектом права собственности, а цессионарий является управомоченным истребовать вещь у третьего лица, еще не будучи ее собственником, так как право собственности у цессионария возникает с момента поступления вещи во владение; во-вторых, при реализации цессионарием притязания судебной защите будет подлежать не право собственности, а охраняемый законом интерес истца в получении приобретенной им вещи³¹.

Исходя из вещно-правового характера виндикации, мы поддерживаем позицию других отечественных авторов, которые считают некорректной оговорку, что право собственности возникает у приобретателя в момент получения вещи от незаконного

³¹ Цит. по: *Вошатко А.В.* К вопросу об уступке виндикационного притязания // Известия вузов. Правоведение. 2000. № 3. С. 143.

владельца, а не в момент получения права на виндикацию³². При этом вполне уместно заимствовать из немецкой цивилистики обоснованные доводы, что если притязание является будущим, и соглашение об уступке существует длительное время, то право собственности переходит только с появлением индивидуализированного иска³³.

А.В. Вошатко в теоретической конструкции цессии виндикационного притязания выделяет следующие элементы: 1) после вступления цессии в силу цессионарий становится единственным управомоченным лицом по виндикационному притязанию; 2) виндикационное притязание прекращается с прекращением владения незаконного владельца (возвращение вещи собственнику, отчуждение другому лицу, утрата вещи, незаконный владелец станет законным); 3) если вещь попадет к собственнику, то цессионарий сможет ее истребовать в соответствии со ст. 398 ГК РФ; 4) незаконный владелец вправе на основании ст. 386 ГК РФ выдвигать против требований цессионария возражения, которые он имел против cedentа к моменту уведомления владельца о цессии; 5) права, предусмотренные ст. 303, 1103–1105 ГК РФ являются самостоятельными, а значит, без специальной оговорки не передаются цессионарию; 6) cedent будет нести ответственность перед цессионарием за действительность виндикационного притязания (ст. 390 ГК РФ)³⁴.

В целом соглашаясь с данными выводами, сделаем замечания.

Во-первых, после вступления цессии в силу цессионарий будет единственным виндикантом, т.е. уступка права на виндикацию будет означать отчуждение этого права только, если вместе с цессией было совершено отчуждение вещи. Однако можно подумать об использовании уступки виндикационного притязания для исполнения конститутивных соглашений, по которым вещь передается во временное владение и (или) пользование, например, аренда. Если допустить такой способ реализации договора, то в связи с цессией притязания на стороне виндиканта будет образована множественность лиц в правоотношении по возврату вещи, поскольку cedent останется собственником.

Во-вторых, если вещь переходит к другому нарушителю, то, исходя из свойства виндикации всюду следовать за вещью, смена личности незаконного владельца прекращает лишь право требования к прежнему владельцу, однако порождает новое притязание к фактическому неправомерному владельцу. В дополнительной цессии нет необходимости, поскольку единожды совершенная отчуждателем уступка права на виндикацию будет означать квази-передачу вещи цессионарию с переходом к нему права собственности. Ко всем последующим нарушителям виндикационное требование будет возникать у нового собственника первоначально вне рамок сингулярного правопреемства в силу одного только титула потерпевшего. Исковая давность начнет исчисляться заново с момента, когда лицу станет известно об очередном нарушении и о новом ответчике (п. 1 ст. 200 ГК РФ), но в пределах объективной 10-летней давности (п. 2 ст. 196 ГК РФ).

Относительно притязания, которое являлось предметом уступки при переходе права собственности на вещь, момент начала и порядок исчисления исковой давности не меняется³⁵. В ситуации неизвестности личности ответчика исковая давность не начина-

³² См.: Склоковский К.И. Указ. соч. С. 117; Ломидзе О., Ломидзе Э. Указ. соч. С. 53; Гнищевич К.В. Идея абстрактности традиции: история и современность // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2007. № 10. С. 39.

³³ Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 110.

³⁴ См.: Вошатко А.В. Указ. соч. С. 144–145.

³⁵ П. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.09.2015 № 43 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Российской Федерации об исковой давности».

ется, притязание деперсонализировано, а потому использовать цессию неиндивидуализированного требования в качестве способа передачи вещи недопустимо. Собственник может вступить в обязательство об отчуждении вещи до установления ее фактического владельца, но до этого момента отчуждатель не должен считаться исполнившим квази-традицию во избежание мнимости сделки.

В-третьих, права относительно доходов (ст. 303 ГК РФ) и кондикционные возможности (ст. 1103–1105 ГК РФ) являются дополнительными к виндикации, а, значит, если возможна виндикация, то и указанные правомочия новый собственник вправе осуществить. Тем более, по общему правилу к новому кредитору переходят все права, связанные с требованием (п. 1 ст. 384 ГК РФ). Уступить права на доходы отдельно от виндикации вещи до разрешения основного спора невозможно, так как ст. 303 ГК РФ применяется только при истребовании вещи. Значит, суд не может рассматривать требование о возмещении доходов, не определив возможность виндикации, иначе это может стать обходом ст. 302 и 303 ГК РФ, устанавливающих ограничения в интересах добросовестного приобретателя (владельца). После удовлетворения виндикации правом на доходы можно распоряжаться самостоятельно.

Следует заимствовать немецкий опыт в отношении правопреемства новым собственником обязательств прежнего собственника по отношению к незаконному владельцу, а именно: собственник согласно п. 2 § 999 BGB обязан возместить и такие расходы, которые были произведены владельцем прежде, чем новый собственник приобрел право собственности. Статья 303 ГК РФ подобную ситуацию напрямую не регламентирует.

Заключение и результаты исследования. Для беспрепятственной реализации цессии права на виндикацию необходимо внести соответствующие дополнения в гл. 20 ГК РФ: признать саму возможность уступки виндикационного притязания и предусмотреть, что такая уступка приравнивается к передаче вещи и действительна при ее использовании в соглашении с собственником о переходе к приобретателю (цессионарию) титула на вещь.

Несмотря на отсутствие в ГК РФ конкретной нормы о возможности уступки виндикации судебная практика восприняла юридическую конструкцию перехода виндикационного требования на основании закона в страховых правоотношениях. Если к страховой компании переходит право собственности на автомобиль, в связи с хищением которого его собственнику выплачено страховое возмещение, страховщик вправе на основании ст. 302 ГК РФ истребовать автомобиль от добросовестного приобретателя. В соответствии со ст. 965 ГК РФ, такой переход права собственности на застрахованное имущество и права истребования его от приобретателя происходит в виде суброгации³⁶.

Примечательно, что немецкие цивилисты для обоснования практического значения уступки притязания о выдаче вещи также приводят пример из сферы страхования. Прежде чем выплатить страхователю страховую сумму, страховые компании заинтересованы в такой цессии в отношении исчезнувших из обладания собственника застрахованных предметов³⁷.

Итак, распоряжение виндикационным требованием, по сути, есть распоряжение вещью, но для обеспечения оборота вещи притязание о ее возврате становится неким фиктивным, «вторичным» объектом (на время реализации обязательства по восстановлению владения), переход которого к приобретателю вещи выступает одновременно

³⁶ Позиция сформулирована в Обзоре судебной практики Верховного Суда РФ за I квартал 2000 г. по гражданским делам, утвержденном постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 28.06.2000.

³⁷ Vieweg K., Werner A. Op. cit. S. 110.

способом суррогатной традиции со стороны обладателя вещного права (титула), поскольку вместо непосредственного владения приобретателю передается опосредованное владение.



Библиография

- Василевская Л.Ю. О специфике правовой конструкции вещного договора по германскому праву // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2003. № 5. С. 119–132.
- Виниченко Ю.В. Виндикация и гражданский оборот: отдельные аспекты взаимосвязи / Защита частных прав: проблемы теории и практики: материалы 3-й ежегод. междунар. науч.-практ. конф. Иркутск: БГУЭП, 2014. С. 41–48.
- Вошатко А.В. К вопросу об уступке виндикационного притязания // Известия вузов. Правоведение. 2000. № 3. С. 141–145.
- Гнищевич К.В. Идея абстрактности традиции: история и современность // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2007. № 10. С. 24–41.
- Дождев Д.В. Римское частное право. М.: Норма, 1996. 704 с.
- Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве: дис. ... к. ю. н. СПб., 1999. 238 с.
- Крашенинников Е.А. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Яросл. ун-та, 1995. 76 с.
- Ломидзе О., Ломидзе Э. Распоряжение вещами: потенциал правового регулирования и приемы его реализации // Хозяйство и право. 2004. № 3. С. 48–59.
- Скловский К.И. О праве на отчуждение имущества без передачи владения // Хозяйство и право. 2003. № 8. С. 116–122.
- Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1983. 152 с.
- Тузов Д.О. Реституция и виндикация: проблемы соотношения // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. № 3. С. 115–135.
- Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. Т. 2. Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1998. 512 с.
- Prütting H., Wegen G., Weinreich G. BGB Kommentar. 3 Aufl. Luchterhand, 2008.
- Vieweg K., Werner A. Sachenrecht. 7 Aufl. München, 2015. 671 s.
- Wilhelm J. Sachenrecht. 4 Aufl. Berlin, 2010. 1071 s.

The Cession of the Vindication Claim as a Way of the Property Transfer Surrogate in Germany and Prospects in Russia



Dmitry Lorentz

Associate Professor, Civil Law and Civil Procedure Department, Law Faculty, Immanuel Kant Baltic Federal University; Associate Professor, Civil Law and Civil Proceedings, South Ural State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 14 Aleksandra Nevskogo Str., Kaliningrad 236016, Russian Federation. E-mail: lord-dv@mail.ru



Abstract

The article analyzes the genesis of the German doctrinal and judicial approaches to the conditions for the applying of the assignment of the vindication claim as a surrogate transfer of the property when it is alienated to the acquirer. The purpose of the research is to identify the prerequisites and

prospects for the reception of this legal design for its implementation in Russian civil law. The paper uses the methodology of comparative jurisprudence and structural-functional analysis, on the basis of which the legal nature of the vindication claim, its dependence on the ownership and the specificity of the transaction property execution are identified. The article deals with two opposing positions: 1) the cession of vindication is necessary if the property is in the possession of the third person; 2) the right to vindication arises automatically after the alienation of the property. The presence of the relative relationship between the title holder and the violator of possession allows to substantiate the obligatory nature of the vindication and the possibility of assigning the right to it. However, this is possible only if the title is transferred to the assignee at the same time, because the claim has a property-legal characteristic. Vindication temporarily expresses the ownership in the period of the violation of possession and confirms the legal dominance over the thing. A cession of vindication is not a purpose of the aleatory alienation transaction, but it is a way of thing quasi-transfer, which means the contract enforcement on the part of the alienator, when the thing is in the direct actual possession of a third person. It excludes the contractual liability of the trader for the lack of tradition in favor of the acquirer, because the thing transfer surrogate is an effective way to complete the transfer of the ownership and risks.



Keywords

vindication, cession, ownership, transfer of the possession (tradition), quasi-transfer of the property (surrogate tradition), indirect possession, property transaction, bona fide.

Citation: Lorents D.V. (2017) The Cession of the Vindication Claim as a Way of Property Transfer Surrogate in Germany and Prospects in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 210–233 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.210.223



References

Dozhdev D.V. (1996) *Rimskoe chastnoe parvo* [Roman private law]. Moscow: Norma, 704 p. (in Russian)

Gnitsevich K.V. (2007) Ideya abstraktnosti traditsii: istoriya i sovremennost' [The idea of abstractness of tradition: history and modernity]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*, no 10, pp. 24–41.

Konovalov A.V. (1999) Vladenie i vladel'cheskaya zashchita v grazhdanskom prave [Ownership and possession protection in civil law]: Dis. ... kand. yurid. nauk. St. Petersburg, 238 p. (in Russian)

Krashenninikov E.A. (1995) K teorii prava na isk. Yaroslavl: Izd-vo Yarosl. un-ta, 76 p. (in Russian)

Lomidze O., Lomidze E. (2004) Rasporyazhenie veshchami: potentsial pravogo regulirovaniya i priemy ego realizatsii [Disposal of things: the potential of law regulation and methods of its implementation]. *Khozyaystvo i pravo*, no 3, pp. 48–59.

Prütting H., Wegen G., Weinreich G. (2008) *BGB Kommentar* [BGB Comment]. 3. Auflage. Luchterhand. (in German). 595 S.

Sklovskiy K.I. (2003) O prave na otchuzhdenie imushchestva bez peredachi vladeniya [On the right to alienate property without transfer of possession]. *Khozyaystvo i pravo*, no 8, pp. 116–122.

Smirnov V.T., Sobchak A.A. (1983) *Obshchee uchenie o deliktnykh obyazatel'stvakh v sovetskom grazhdanskom prave* [General doctrine of tort obligations in Soviet civil law]. Leningrad: Izd-vo Leningradskogo un-ta, 152 p. (in Russian)

Tsvaygert K., Ketz Kh. (1998) Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava [Introduction to comparative jurisprudence in the field of private law]: V 2-kh tt. Tom 2. Moscow: Mezhdunarodnie otnosheniya, 512 p. (in Russian)

Tuzov D.O. (2002) Restitutsiya i vindikatsiya: problemy sootnosheniya [Restitution and vindication: problems of correlation]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*, no 3, pp. 115–135.

Vasilevskaya L.Yu. (2003) O spetsifike pravovoy konstruktzii veshchnogo dogovora po germanskomu pravu [About the specifics of the legal construction of a real agreement in German law]. *Vestnik Vysshego Arbitrazhnogo Suda RF*, no 5, pp. 119–132.

Vieweg K., Werner A. (2015) *Sachenrecht* [Property Law]. 7. Auflage. München: Beck, 671 S.

Vinichenko Yu.V. (2014) *Vindikatsiya i grazhdanskiy oborot: otdel'nye aspekty vzaimosvyazi* [Vindication and civil turnover: certain aspects of the relationship]. *Zashchita chastnykh prav: problemy teorii i praktiki*. Irkutsk: BGUEP, pp. 41–48 (in Russian)

Voshatko A.V. (2000) *K voprosu ob ustupke vindikatsionnogo prityazaniya* [On the issue of assignment of the vindication claim]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no 3, pp. 141–145.

Wilhelm J. (2010) *Sachenrecht* [Property Law]. 4. Auflage. Berlin / New York: Springer, 1071 S.

Правовые акты Маньчжоу-Го и Мэнцзяна: сравнительный анализ¹



П.Н. Дудин

заведующий кафедрой «Теория и история права и государства. Конституционное право» юридического факультета Восточно-Сибирского государственного университета технологий и управления, кандидат политических наук. Адрес: 670018, Российская Федерация, Улан-Удэ, ул. Ключевская, 40. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



З.Ф. Хусаинов

профессор кафедры конституционного и административного права юридического факультета Казанского (Приволжского) федерального университета, доктор юридических наук. Адрес: 420008, Российская Федерация, Казань, ул. Кремлевская, 18. E-mail: husainovzufar@mail.ru



Аннотация

В статье на основе ранее не опубликованного научного материала сделана попытка реконструкции системы правовых актов Маньчжоу-Го и Мэнцзяна, которые были созданы в качестве независимых государств в Маньчжурии и Внутренней Монголии на Северо-Востоке Китая в 1930-х гг. Внутреннюю и внешнюю политику обоих политических образований контролировали японские оккупационные власти. При этом Маньчжоу-Го создавалось как «образцовое государство», эталон, в том числе и в вопросах права и государственного управления, а Мэнцзян (Монгол-Го) — как ресурсная (экономическая) база оккупантов. На примере Маньчжоу-Го приводятся аргументы, подвигавшие местные власти на принятие нового законодательства, выстраивается иерархия актов как на первоначальном, так и последующих этапах государственного развития, дается их характеристика и отличительные особенности, приводятся признаки, разграничивающие нормативные и индивидуально-правовые акты. Проанализирована юридическая природа закона и его место в системе нормативных правовых актов обоих государств, дана развернутая характеристика правовых актов, исходящих от разных органов государственной власти. Изучены государственная система и органы государственной власти, участвовавшие в нормотворческом процессе, выделены органы, которые участвовали в разработке и принятии законодательства, а также органы, которые принимали подзаконные акты и акты применения права. На примере Мэнцзяна изучена законодательная техника, выявлены ее особенности и недостатки, а также причины, по которым эти недостатки возникали. Сделаны выводы, что, несмотря на духовную, культурную и религиозную близость двух народов, конструирование как государственной системы в части нормотворческих органов, так и системы нормативных правовых актов в Маньчжоу-Го и Мэнцзяне, существенно различалось. Это объясняется целями, которые преследовали японские оккупационные власти, которым в значительной мере потакало местное руководство оккупированных территорий. Маньчжоу-Го и Мэнцзян были ликвидированы соответственно 18 и 19 августа 1945 г. войсками СССР и МНР.



Ключевые слова

нормативный правовой акт, акт применения права, органы государственной власти, Маньчжоу-Го, Мэнцзян, Маньчжурия, Внутренняя Монголия.

¹ Исследование выполнено при поддержке гранта Президента Российской Федерации по государственной поддержке молодых российских ученых-кандидатов наук «Квази-государства Внутренней Азии: проблема государственности в контексте борьбы наций за самоопределение» (МК-6398.2016.6).

Библиографическое описание: Дудин П.Н., Хусаинов З.Ф. Правовые акты Маньчжоу-Го и Мэнцзяна: сравнительный анализ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 224–238.

JEL: К 39; УДК: 321 (091) (4/9)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.154.224.238

Политические образования, созданные при участии японских оккупационных властей на территориях традиционного проживания монголоязычных народов Северо-Восточного Китая в 1930-е гг., вызывали и вызывают многочисленные дискуссии по разным аспектам. Но «узловым моментом» всей научной полемики был мега-вопрос: можно ли считать их государствами — полноценными участниками международных отношений, если нет, то почему, а если да — то исходя из каких критериев? И в продолжение этого вопроса — следующий: формировали ли они собственное право и правовую систему, или мы ведем речь лишь об огромном массиве переработанного китайского законодательства?

Многие ученые в этом споре занимали радикальную позицию, характеризуя данные политические феномены как «марионеточное государство»², либо воспроизводя заданное еще социалистической пропагандой клише. Для более научного подхода используются различные термины: весьма удобная для отечественного правоведения дефиниция «государствоподобное образование»³, введенная О. Латтимором концепция сателлитов⁴, разработанная Р. Джексоном и К. Росбергом теория «квази-государств»⁵ (наиболее подходящая для характеристики выбранных нами политических организаций, однако Р. Джексон вел речь о событиях и процессах преимущественно на Африканском континенте и после 1945 г.⁶, в связи с чем теория нуждается в корректировке). Некоторые попытки охарактеризовать аналогичные политические организации предпринимались Л. Оппенгеймом⁷, но серьезного анализа до сих пор не проводилось. Поэтому в отношении исследуемого политического феномена мы будем идти от обратного, и, если до сих пор не доказана его «негосударственная» природа, условно будем считать и Маньчжоу-Го, и Мэнцзян полноценными государствами с потенциальной возможностью иметь собственное право и правовую систему.

Даже если в дальнейшем этот посыл окажется ошибочным, тем не менее вряд ли кто-либо будет отрицать, что у обоих государств имелась острая потребность в регулировании общественных отношений, что они и делали с помощью разрабатываемого и принимаемого им законодательства. Исходя из этого, целью настоящей статьи является реконструкция системы правовых актов Маньчжоу-Го и Мэнцзяна, а задачами — ее анализ на предмет системности и выводов о месте исследуемых правовых актов в системе

² *Неру Дж.* Взгляд на всемирную историю. Т. 3. М., 1981. С. 266; *Караева К.А.* Маньчжоу-Го (1931–1945): «марионеточное» государство в системе международных отношений на Дальнем Востоке // *Уральское востоковедение.* 2005. Вып. 1. С. 75–89; *Кейдун И.Б., Елисеева Я.А.* Общая характеристика системы высших государственных органов Маньчжоу-Го // *Вестник Амурского государственного университета.* 2010. Вып. 48. Сер.: Гуманитарные науки. С. 31–36.

³ *Тилов Т.К.* Международные связи государствоподобных образований // *Вестник Пятигорского государственного лингвистического университета.* 2015. № 1. С. 282–285.

⁴ *Lattimore O.* Nationalism and Revolution in Mongolia. New York, 1955. P. 181.

⁵ *Jackson R., Rosberg C.* Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood // *World Politics.* 1982. Vol. 35. № 1. P. 1–24.

⁶ *Jackson R.* Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World. N.Y., 1990. P. 3–7.

⁷ *Оппенгейм Л.* Международное право. Том I. Полутом 1. М., 1948. С. 130–131.

социальных регуляторов, порядке их разработки и принятия, об органах государственной власти, участвующих в данном процессе и правоприменительной практике. Хронологические рамки исследования: 1932–1945 гг. (верхняя граница обусловлена созданием Маньчжоу-Го как первого из обозначенных политических феноменов на континенте; нижняя граница соответствует поражению Японии во Второй Мировой войне и ликвидации Маньчжоу-Го и Мэнцзяна). Территориальные рамки охватывают современные провинции КНР: Хэйлунцзян, Цзилинь и Ляонин, северную часть провинции Хэбэй, центральную и северо-восточную части автономного района Внутренняя Монголия.

Анализ системы правовых актов государств, образованных в период японской оккупации и ликвидированных после Второй Мировой войны, уместно проводить, опираясь на опыт Маньчжоу-Го. Во-первых, оно было первым в череде подобных образований и создавало модель, образец идеального государства для всей так называемой «Великой восточноазиатской сферы взаимного процветания». Во-вторых, государственная система Мэнцзяна после провозглашения независимости в 1936 г. конструировалась с участием японских и маньчжурских специалистов по образцу Маньчжоу-Го. Наконец, в-третьих, исходя из предыдущего посыла, можно смело опираться на имеющийся в нашем распоряжении архивный материал Русского Юридического факультета Харбина, в то время как правовой материал по Мэнцзяну на русский язык не переведен и широкому кругу ученых недоступен.

Необходимость принятия нового законодательства объяснялось засильем до этого времени беззакония, что «для ... тридцатимиллионного населения Маньжу-Монголии было равносильно ожиданию смерти», а в качестве спасительной меры предполагалось следовать принципу «Ван-Дао» — королевскому пути и почитанию нравственных начал⁸. Таким образом, управление государством должно было основываться на законе, а закон, в свою очередь, должен был основываться на велении Неба. При этом при управлении акцент должен был делаться на принятии во внимание истинной воли народа.

Предполагалось исправление законов (в первую очередь законов, регулирующих экономические отношения как основу процветания и благополучия народа)⁹, уважение и исполнение международных традиций, согласно международным обычаям по принципу преемства — признание международных договоров и обязательств, заключенных прежде между разными государствами и Китайской Республикой и действовавших на территории нового Маньчжу-Монгольского государства¹⁰. Очевидно, что за короткий срок выработать новое законодательство было невозможно, поэтому принимается решение об оставлении в силе прежнего¹¹, если оно не противоречило принципам, положенным в основу организации нового государства, быту страны и новым законам и распоряжениям.

⁸ Декларация Верховного Правителя Маньчжу-Го, опубликованная во внеочередном выпуске Правительственного Вестника 2 марта 1 г. Да-Тун / Сборник законов и распоряжений Маньчжу-Ди-Го на русском языке. Вып. 1. Харбин, 1936. С. 7.

⁹ Программа экономического устройства Маньчжу-Го (Правительственное сообщение об экономическом устройстве Маньчжу-Го), опубликованная во внеочередном выпуске Правительственного Вестника 1 марта 2 г. Да-Тун / Там же. С. 8–18.

¹⁰ Декларация о создании Маньчжу-Го, опубликованная во внеочередном выпуске Правительственного Вестника 1 марта 1 г. Да-Тун / Там же. С. 3–6.

¹¹ Положение «О временном оставлении в силе действовавших донныне законов и распоряжений», утвержденное указом Верховного Правителя № 3 от 9 марта 1 г. Да-Тун / Там же. С. 32.

Одновременно с этим вводились две правовые конструкции, которые позволяли выходить из ситуации пробельности. Во-первых, при невозможности оставления в силе действовавших законов и распоряжений вследствие их противоречия презюмировалось восстановление юридической силы и вступление в действие тех правовых норм и актов, которые действовали, но утратили силу на основании законов и распоряжений гоминдановских органов власти. Во-вторых, если и этот механизм нельзя было использовать при регулировании общественных отношений, следовало руководствоваться обычаями и традициями, при их отсутствии — общими началами права. Следует напомнить, что китайское право в исследуемый период испытывало влияние европейского права, а в качестве его источников Верховный суд Китайской Республики называл, помимо законов, обычаев и практики Верховного суда, также и принципы права¹². Таким образом, на первоначальном этапе государственного строительства в Маньчжурии в качестве источников права выступал не только нормативный акт, но и правовые обычаи и традиции, а также общие принципы права.

Принимается Временное положение «О порядке составления официальных бумаг», утвержденное указом Верховного Правителя № 15, которым совокупности нормативных правовых актов придается характер системности¹³. В числе ключевых актов значатся указы и декларации Верховного Правителя, циркуляры председателя Административной палаты, начальников министерств и начальника Главного управления Син-Ань и др.

Все акты подлежали опубликованию в «Правительственном Вестнике» — периодическом издании, выходившем с весны 1932 г. до ликвидации Маньчжоу-Го. В качестве исключения в эпоху Да-Тун могли не публиковаться акты, непосредственно пересылаемые почтовыми сообщениями¹⁴. Это косвенно указывало не на необходимость придания им характера публичности, а на вероятность их непочтения вовремя исполнителями на уровне провинций, уездов и т.д. С наступлением эры Кан-Дэ все акты подлежали опубликованию, за исключением случаев, когда в законе или ином акте было указано иное¹⁵. Они вступали в силу через 30 дней со дня опубликования¹⁶, если в акте или акте, его сопровождающем, не содержалось указания на иную дату¹⁷. Они классифицировались и нумеровались соответственно их датам¹⁸ и имели сквозной характер в период всей эры Да-Тун.

¹² Рязановский В.А. Современное гражданское право Китая: Вып. 1: Очерк действующего китайского гражданского права. Харбин, 1927. С. 7.

¹³ Сборник законов и распоряжений Маньчжу-Ди-Го на русском языке. Вып. 1. С. 37.

¹⁴ Инструкция министерства внутренних дел «О вступлении в силу распоряжений, помещенных в «Правительственном Вестнике», за исключением случаев непосредственной почтовой пересылки текста распоряжений» № 24 от 5 мая 1 г. Да-Тун / Там же. С. 40.

¹⁵ Дудин П.Н. Правовая основа деятельности органов государственной власти Маньчжоу-Го (на материалах научных трудов преподавателей русского юридического факультета Харбина) // Власть. 2015. № 11. С. 176–180.

¹⁶ Положение «О времени вступления в силу законов и распоряжений», утвержденное Высочайшим указом № 3 от 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Сборник законов и распоряжений Маньчжу-Ди-Го на русском языке. Вып. 1. С. 41.

¹⁷ См. напр.: Закон «О залоге фабрик и заводов», утвержденный Высочайшим указом № 62 от 15 апреля 4 г. Кан-Дэ и «День вступления в силу Закона о Залоге фабрик и заводов», утвержденный Высочайшим указом № 128 от 10 июня 4 г. Кан-Дэ / Там же. Вып. 5. Харбин, 1937. С. 39–49.

¹⁸ Инструкция Административной палаты «О способе классификации и нумерации издаваемых официальных бумаг» № 83 от 12 декабря 1 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 42.

Постепенное заполнение пустот новым нормативным материалом и вытеснение прежнего китайского законодательства вместе со сменой эпох в 1934 г. внесло существенные коррективы в систему нормативных актов Маньчжоу-Го и потребовало принятия специального акта по данному вопросу¹⁹. Выстраивалась новая иерархия нормативных правовых актов, регламентировались их характер, содержание, порядок наделения юридической силой и опубликования.

Следуя китайской и японской традициям, при провозглашении независимости Маньчжоу-Го была объявлена новая эра и введено новое летоисчисление. Аналогичные преобразования коснулись и Внутренней Монголии при создании Мэнцзяна, где новая эпоха вела начало с избрания Чингисхана на Курултае 1206 г. Великим ханом²⁰. Однако в Маньчжоу-Го установление новой эры не было связано с ее возрождением (несмотря на то, что Императором стал последний монарх династии Цин)²¹. Согласно маньчжурской хронологии, начиналась абсолютно новая эпоха²², а период с 1 марта 1932 г. до 1 марта 1934 г. именовался эрой Да-Тун с соответствующим летоисчислением: 1932 г. — 1 г. эры Да-Тун, 1933 г. — 2 г. эры Да-Тун и 1934 г. до 1 марта — 3 г. эры Да-Тун. После провозглашения империи 1 марта 1934 г. наступила эра Кан-Дэ: 1934 г. — 1 г. эры Кан-Дэ, 1935 г. — 2 г. эры Кан-Дэ и т.д.

В силу того, что менялся характер государственной системы, должен был измениться и внешний вид официальных бумаг. Во всех актах, изданных после 1 марта 1 года Да-Тун слова «Верховный Правитель» заменялись словом «Император», слова «Указ Верховного Правителя» — словами «Высочайший указ», слова «Декларация Верховного Правителя» — словом «Манифест», слова «Председатель Административной палаты», «начальники отдельных министерств», «Начальник Главного управления Син-Ань» — словами «Премьер-министр», «министры отдельных министерств» и «Главначальствующий Главного управления Син-Ань», соответственно²³. Нумерация актов стала носить ежегодно возобновляемый характер²⁴ с соответствующим указанием новой эры.

Поскольку понятий «нормативный правовой акт» или «акт применения права» законодатель не выделял, то все подобные акты объединялись в дефиницию «официальная бумага» или более узкую — «законы и распоряжения». Однако мы будем использовать привычную терминологию и в отношении нормативных правовых актов, и в отношении актов применения права, давая при необходимости пояснения.

Весь массив актов, близких по своим характеристикам к нормативным правовым, условно можно разделить на три группы.

¹⁹ Положение «О порядке составления официальных бумаг», утвержденное Высочайшим указом № 2 от 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Там же. С. 33–37.

²⁰ Обзор собрания монгольского законодательства: сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 3. Чжанцзякоу, 1941. С. 57 (蒙古联合自治政府总务部编纂. 蒙古法令辑览: 第三卷 [Z]. 张家口: 蒙疆行政学会发行, 1941: 57).

²¹ Правительственное сообщение о вступлении на престол Верховного Правителя, опубликованное во внеочередном номере Правительственного Вестника 24 января 3 г. Да-Тун / Сборник законов и распоряжений Маньчжу-Ди-Го на русском языке. Вып. 1. С. 20–21.

²² Манифест о вступлении на престол, опубликованный во внеочередном номере Правительственного Вестника 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Там же. С. 22–23.

²³ Положение «Об исправлении законов и распоряжений, изданных после 1 марта 1 г. Да-Тун», утвержденное Высочайшим указом № 11 от 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Там же. Вып. 1. С. 44–46.

²⁴ Инструкция Административной Палаты «Об изменении нумерации официальных бумаг» № 9 от 22 февраля 3 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 43.

Первую группу составляли акты высшей юридической силы, в том числе манифесты, рескрипты, циркуляры министерства Императорского двора, законы, высочайшие указы, международные договоры, а также государственная смета и акты, вызывающие сверхсметные расходы государственной казны. Все они утверждались Императором, имели соответствующий набор реквизитов и предполагали обсуждение высшими органами государственной власти.

Второе место занимали манифесты, которые имели характер высших повелений, касающихся Императорского двора и государственных дел. На манифесте ставилась подпись Императора и его печать, год, месяц и день подписания, а так же подписи премьер-министра либо единолично, либо вместе с профильным министром. Манифест подлежал обнародованию. Необнародуемые высочайшие повеления, за исключением тех, для которых были установлены другие формы, составлялись в форме рескриптов²⁵, по своему характеру, содержанию и реквизитам сходных с манифестами.

На третьей позиции находились циркуляры министерства Императорского двора, регулирующие вопросы деятельности этой государственной структуры, которые предварительно рассматривались Императором и требовали опубликования. Начиная с этого нормативного правового акта и включая все нижеперечисленные, все они снабжались новым реквизитом: «личным предписанием Императора» — абзацем после даты, в котором должно было быть упомянуто, что он выслушал мнение Государственного совета. Далее ставилась подпись и печать, указывались год, месяц и день и циркуляр скреплялся подписью министра Императорского двора, а циркуляры, касающиеся государственных вопросов, скреплялись дополнительно подписью премьер-министра и соответствующего профильного министра.

Четвертую позицию занимали законы. Положение «О порядке составления официальных бумаг» не раскрывает характера закона и его содержания, а также существенных отличий от других подобных нормативных правовых актов. Их анализ позволяет сделать вывод, что, во-первых, многие наиболее важные аспекты общественной жизни, требующие правового регулирования, упорядочивались не только и не столько с помощью законов, но и с помощью других актов — положений, правил (постоянных и временных, а также подробных) и циркуляров. Во-вторых, законы подлежали принятию Законодательной палатой и утверждению главой государства, упоминание о чем приобрело характер отдельного реквизита нормативного акта. В-третьих, разновидностью именно закона, а не другого акта, выступал кодекс²⁶, хотя о таковом нормативно не упоминалось. Законы подлежали опубликованию, как правило, не содержали преамбулы, могли делиться на главы²⁷, включающие статьи, имели раздел «Дополнительные правила», где устанавливались дата вступления в силу и порядок применения.

Далее шли Высочайшие указы, которые имели как нормативный, так и ненормативный характер. Ненормативными Высочайшими указами, как правило, утверждались законы, положения и правила. Нормативные Высочайшие указы подлежали опублико-

²⁵ Там же. Вып. 1. С. 33.

²⁶ См., напр.: Там же. Вып. 4, 6. Гражданский процессуальный кодекс (Указатели сходных статей нового, прежнего, ниппонского и германского процессуальных кодексов). Харбин, 1937; Там же. Вып. 8. Гражданский кодекс. Харбин, 1938.

²⁷ См., напр.: Закон «О торговой регистрации», утвержденный Высочайшим указом № 152 от 21 декабря 2 г. Кан-Дэ / Там же. Вып. 2. С. 65–80; Закон «Об организации судебных установлений», утвержденный Высочайшим указом № 1 от 4 января 3 г. Кан-Дэ / Там же. Вып. 3. С. 16–31 и др.

ванию и, по смыслу ст. 8 и 41 Закона «Об организации [государства]»²⁸, обладали меньшей юридической силой, чем законы. Так, если Император не мог созвать Законодательную палату, он мог издавать Высочайшие указы, имевшие силу закона. Для этого требовалось соблюсти три условия: во-первых, они должны были быть изданы в целях поддержания общественного спокойствия и предотвращения стихийных бедствий и чрезвычайных событий; во-вторых, перед этим требовалось заслушать мнение Тайного совета; в-третьих, о принятии указа в течение следующей сессии следовало известить Законодательную палату. В отношении размера государственного бюджета (сметы) и сверхсметных расходов государственной казны Император также мог издавать Высочайшие указы, имеющие силу законов. Однако данный акт носил временный характер, и для его утверждения требовалось выслушать мнение Государственного совета²⁹.

В системе нормативных актов соответствующее место отводилось и международным договорам, которые занимали шестую ступень нормативной иерархии. Они тоже носили публичный характер и публиковались вместе с предписанием Императора. Закрывали череду актов высшей юридической силы государственная смета и акты, вызывающие сверхсметные расходы. Они имели силу закона, подлежали обсуждению на заседании Государственного совета и принимались Законодательной палатой, которая могла отклонить данный акт; в этом случае начинали действовать особые механизмы принятия³⁰.

Вторую группу нормативных правовых актов составляли акты, принимаемые во исполнение актов первой группы либо имеющие распорядительный характер — циркуляры и распоряжения. Они, как правило, принимались органами «исполнительной власти», однако, поскольку в Маньчжоу-Го деления органов государственной власти на три ветви не предполагалось, это обозначение имеет для нас условный характер.

Первое место среди этой группы актов занимали циркуляры Административной палаты, отдельных министерств³¹ и Главного управления провинции Син-Ань. Они имели схожие реквизиты, включая год, месяц и день, а также подпись соответствующего должностного лица, которое опубликовывало акт. Таковыми выступали премьер-министр, профильные министры и главноначальствующий Главного управления провинции Син-Ань, который хоть и соответствовал начальнику провинции, но имел ранг министра. В силу того, что с 1 декабря 1 г. Кан-Дэ должность главноначальствующего была преобразована в должность министра по делам Монголии, циркуляры Главного управления провинции Син-Ань отменялись³² и им на смену приходили циркуляры нового министерства.

На втором месте находились циркуляры Управлений провинций, Управления особого района Северной Маньчжурии и полицейских управлений, а также распоряжения, издаваемые другими административными учреждениями³³.

²⁸ Там же. Вып. 1. С. 34.

²⁹ Там же. С. 25, 29.

³⁰ Там же. С. 26.

³¹ См.: ст. 4, 5, 7 Положения «Об организации отдельных министерств Административной палаты», утвержденного указом Верховного Правителя № 6 9 марта 1 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 68–83.

³² Исправление Положения «О порядке составления официальных бумаг», утвержденным Высочайшим указом № 163 от 29 ноября 1 г. Кан-Дэ / Там же. С. 29.

³³ Там же. Вып. 1. С. 35.

Третью группу составляли акты, которые следовало бы отнести к правопримени- тельным — государственные грамоты, письма и приказы Императора, касающиеся международных отношений, приказы о назначении и увольнении государственных служащих, а также инструкции, разъяснения (для государственных служащих), разъяс- нения и указания (для населения), официальные письма, оповещения и приказы о слу- жебном положении государственных служащих, доклады и прошения³⁴. Но, поскольку таковой классификации не существовало, законодатель относил их к «официальным бумагам» и наделял свойствами нормативности.

Государственные грамоты и письма Императора касались вопросов ратификации международных договоров. Приказы касались, во-первых, назначения полномочных представителей и должностных лиц, командируемых за границу, почетных консулов, во-вторых, признания иностранных консулов. Эти акты подписывал Император, ста- вилась императорская печать, премьер-министр обозначал год, месяц и день, ставил подпись вместе с министрами, к ведению которых относился документ.

Приказы о назначении и увольнении высших государственных чинов (должност- ные лица разряда Тэ-жэнь) имели те же реквизиты: в отношении большей части этих лиц помимо подписи Императора на акте присутствовала подпись премьер-министра, а в отношении должностных лиц Императорского двора — министра двора. Приказы о назначении и увольнении средних государственных чинов (должностные лица разряда Цзянь³-жэнь и Цзянь⁴-жэнь) подписывались премьер-министром и ставилась печать Императора (для Цзянь³-жэнь) или Административной палаты (для Цзянь⁴-жэнь), а в отношении должностных лиц Императорского двора — подпись соответствующего министра и печать министерства. Приказы о назначении и увольнении низших госу- дарственных чинов (должностные лица разряда Вэй-жэнь) подписывал начальник соответствующего ведомства, и ставилась печать данного учреждения.

Инструкциями именовались письменные указания и распоряжения начальника ор- гана государственной власти в отношении государственных служащих своего ведом- ства или подведомственных низших правительственных учреждений, которую он после подписания скреплял печатью учреждения и проставлял год, месяц и день издания.

Разъяснение государственным служащим было сходным с инструкцией, поскольку носило характер письменного указания начальника органа государственной власти. Од- нако если инструкция была непосредственным актом управления и содержала указание на необходимость совершения тех или иных общих полномочий и действий, то разъяс- нение касалось запросов от населения в отношении обязанностей того государственного служащего, которому направлялся документ, вытекающих из законов и распоряжений.

Разъяснения и указания населению давал начальник органа государственной власти в ответ на петиции или жалобы населения. Официальное письмо направлял начальник органа государственной власти в другой орган власти или правительственное учрежде- ние, находящееся у него в подчинении, однако мог направить и в другие структуры и учреждения. Оповещением называлась обращенная к населению письменное опубли- кование официальной информации начальником органа государственной власти.

Приказ о служебном положении государственных служащих определял их полно- мочия в отдельной ситуации и поручал им действия, в отношении которых у служащего имелись необходимые полномочия (этим данный акт отличался от инструкции, кото- рой данные полномочия определялись) на основе поручения начальника органа госу-

³⁴ Положение «О порядке составления инструкций и других официальных бумаг», утвержденное циркуляром Административной палаты № 1 от 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Там же. Вып. 1. С. 38–39.

дарственной власти. В эту же форму облекались определение окладов служащих своего ведомства, назначение на службу, временное отстранение от нее и принятие обратно, присуждение наград или наложение взысканий.

Обратный процесс — от нижестоящих учреждений к вышестоящим — имел форму докладов или прошений.

Система правовых актов Мэнцзяна в ряде аспектов была схожа с системой Маньчжоу-Го. Но хотя система Мэнцзяна создавалась при помощи и силами японских советников и специалистов из Маньчжоу-Го, она имела характерные отличия, обусловленные как различиями в системе органов государственной власти и, соответственно, их полномочий в области правового регулирования и правоприменения, так и целями, которые преследовала японская сторона при создании Мэнцзяна.

Систему источников права Мэнцзяна можно условно разделить на два больших блока. Первый блок составляло китайское законодательство, действовавшее не всегда и не в полном объеме, а лишь в той части, которую власти не успели урегулировать новыми актами, и на тот срок, пока эти акты не будут заменены новыми.

Второй блок составляло собственное законодательство. Опираясь на источники, можно утверждать, что и власти Мэнцзяна, и оккупационные силы отводили закону основное место. В системе законодательства высшую юридическую силу имел конституционный акт — Органический закон³⁵. На основе этого акта выстраивалось отраслевое законодательство.

За период существования Мэнцзяна было принято 686³⁶ нормативных правовых актов с юридической силой закона. Следует отметить хаотичность в их соотношении, отсутствие четкой иерархии, при которой закон имел бы большее значение, чем положение, порядок, правила и др. В целом в систему нормативных правовых актов входили временные акты (законы, регламенты, правила и др.); законы и кодексы (уголовный, уголовно-процессуальный, административно-процессуальный и др.); правила, директивы, положения, дополнительные положения, порядки, реестры; приказы и инструкции министерств (внутренних дел, финансов, юстиции и др.). Но лишь незначительный объем правового материала в законодательном массиве Мэнцзяна был собственным: в среднем на 75% это были документы, заимствованные у Китайской Республики (в первую очередь это касалось норм частноправовых отраслей). В отношении публично-правовых отраслей нормотворческие органы проявляли большую самостоятельность, но публично-правовые сферы общественной жизни регулировались точно и фрагментарно³⁷.

Что касается нормотворчества, то, поскольку Маньчжоу-Го, в отличие от Мэнцзяна, не имело Основного или Органического закона, то в качестве одного из них выступал Закон «Об организации [государства]»³⁸, который наравне с некоторыми другими актами регламентировал законодательный и некоторые аспекты нормотворческого процес-

³⁵ Обзор собрания монгольского законодательства: сб. документов Управления по делам аймаков Автономного Монгольского Объединенного Правительства. Т. 1 (положения основных законов). — Чжанцзякоу, 1940. С. 8 (蒙古联合自治政府总务部编纂. 蒙古法令辑览: 第一卷(基本法篇). 张家口: 蒙疆行政学会发行, 1940: 8).

³⁶ Сун Цунъе. Особенности правовой системы псевдо-режима в Мэнцзяне / Факультет политики и права Педагогического университета Баотоу // Иньшан: академический журнал. Социальные науки. 2010. № 23 (5). Май. С. 78–84 (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊(社会科学版), 2010年05期23 (5)).

³⁷ См.: Дудин П.Н. Право и правовая система Мэнцзяна // Государство и право. 2016. № 8. С. 72–79.

³⁸ Закон «Об организации [государства], утвержденный Высочайшим указом № 1 от 1 марта 1 г. Кан-Дэ / Сборник законов и распоряжений Маньчжоу-Ди-Го на русском языке. Вып. 1. С. 24–29.

са. В числе государственных органов, уполномоченных на участие в законодательном процессе, были Император, Тайный совет, Государственный совет, Законодательная палата и Административная палата.

По ст. 1 Закона верховная власть в Маньчжоу-Го принадлежала Императору. Законодательная власть осуществлялась им при помощи Законодательной палаты, а в качестве полномочий предусматривались издание или уполномочивание других органов власти на издание распоряжений, которые не заменяли закона. В описанных выше случаях Император мог издавать высочайшие указы, имеющие силу закона.

Статус Тайного совета и его полномочия нормативно не регламентировались, но это был ключевой орган в принятии решений в силу того, что в него входили чины японского военного командования, во многом определявшего внутреннюю политику страны.

Государственный совет состоял из советников и при обращении к нему Император сообщал свое мнение, которое оформлялось в виде резолюции³⁹ по вопросам о законах, международных договорах, Высочайших указах, государственной смете, об актах Императорского двора и актах, вызывающих сверхсметные расходы государственной казны.

Законодательная палата рассматривала все законы, государственную смету и акты, вызывающие сверхсметные расходы. Палата созывалась ежегодно на сессию, длившуюся, как правило, один месяц. Решения принимались на открытом заседании большинством голосов присутствующих депутатов. После этого Император санкционировал соответствующий акт и передавал его для опубликования. Если Палата отвергала проект акта, то Император с указанием необходимости такого направлял его на повторное рассмотрение. Если Законодательная палата не меняла своего решения, Император проводил совещание с Тайным советом и самостоятельно принимал или отклонял данный акт.

Полномочия Административной палаты, игравшей роль правительства, в законодательном процессе сводились к следующему. Во-первых, законы, Высочайшие указы, международные договоры, государственная смета и акты, вызывающие сверхсметные расходы казны, подлежали обязательному рассмотрению на заседании Совета Административной палаты, в который входили премьер-министр, министры, начальники Бюро общих дел и Законодательного бюро или их заместители. Во-вторых, после утверждения манифестов, рескриптов, законов и высочайших указов и после подписания их Императором, они также подписывались премьер-министром и профильным министром. В-третьих, опубликование нормативных правовых актов было возложено на секретариат Палаты. К этому следует добавить, что премьер-министр в рамках своей компетенции или особого полномочия мог издавать циркуляры Административной палаты⁴⁰, имевшие нормативный характер. Составлением и изучением поступивших законопроектов, проектов Высочайших указов и циркуляров Административной палаты, подлежащих ратификации международных договоров, оформлением позиции Палаты относительно законов и распоряжений, хранением подлинников манифестов, рескриптов, законов, Высочайших указов и циркуляров Административной палаты, а также исследованием и изучением правовых положений других государств⁴¹ ведало Законодательное бюро при Палате.

³⁹ Положение «Об организации Государственного Совета», утвержденное указом Верховного Правительства № 4 от 9 марта 1 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 47–49.

⁴⁰ Положение «Об организации Административной палаты», утвержденное указом Верховного Правительства № 5 от 9 мая 1 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 61–65.

⁴¹ Положение «Об организации Законодательного бюро», утвержденное указом Верховного Правительства № 8 от 9 марта 1 г. Да-Тун / Там же. Вып. 1. С. 85–86.

Нормотворческий процесс в Мэнцзяне выглядел несколько иначе. При его характеристике необходимо остановиться на юридической технике Внутренней Монголии, поскольку именно эти этапы в совокупности могут характеризовать и систему правовых норм, и законодательную политику властей Мэнцзяна в целом. В числе государственных органов, уполномоченных на участие в законодательном процессе, были президент, Государственный административный совет, Сенат и министерства.

Главным законодательным органом страны был Государственный административный совет (Юань). Именно он разрабатывал и принимал законы, а министерства и ведомства, входившие в его состав, следили за их исполнением.

Подготовка и принятие закона включали в себя несколько стадий. Управление делами Совета разрабатывало проект закона, после чего он направлялся в Сенат (формально — главный консультационный орган по вопросам законодательства), рассылался в министерства, которые в пределах своей компетенции вносили предложения об исключении или изменении тех или иных его положений. После внесения коррективов законопроект вновь «проходил» все министерства и возвращался в Управление делами Государственного административного совета, которое вносило его на рассмотрение Совета. При необходимости законопроект рассылался по аймакам, где профильные ведомства его изучали и вносили замечания.

Рассмотрение и обсуждение законопроекта происходило на очередной сессии Совета. Замечания и предложения, исходившие от министерств, рассматривались ответственными структурами Совета, при вносились коррективы, после чего председатель Совета ставил вопрос на голосование. После принятия закон поступал на подпись президенту и подлежал опубликованию. Управление делами Совета рассылало закон в аймаки, города и ведомства, где с ним надлежало ознакомиться и принять к исполнению, что контролировалось вышестоящими административными структурами.

Анализ законодательного процесса позволяет сделать вывод, что нормотворчество в Мэнцзяне находилось в абсолютно замкнутом пространстве в пределах административной системы управления, условно, «исполнительной» ветви власти, чей функционал охватывал всю нормотворческую деятельность.

Законодательная техника при этом не отличалась точностью и строгостью. Прежде всего это касалось обратной силы законов. Законы, указы, постановления, распоряжения и иные акты министерств и ведомств вступали в силу через 20 дней после их опубликования, если в них не значилось иное. Однако на практике имелись исключения. Несмотря на то, что 20 дней, по замыслу законодателей, необходимы были, чтобы лица, не знакомые с вводившимися нормами, могли их изучить и усвоить, сами правотворческие органы нередко нарушали установленное требование и вводили те или иные нормативные правовые акты в действие раньше обозначенного в них срока.

С одной стороны, практика разработки и принятия нормативных правовых актов принципиально не отличалась от практики, принятой в Китайской Республике. С другой, если иное не было предусмотрено законом, то вновь принятый закон мог регулировать отношения, возникшие до его принятия, таким образом приобретая обратную силу, и подобная ситуация имела место в отношении многих актов Мэнцзяна. Имелось значительное число случаев превышения полномочий или пересечения полномочий разных ведомств. В соответствии с порядком работы структурных подразделений Государственного административного совета проект закона должен был пройти длительную процедуру: получить одобрение президента, министров, председателей комитетов, начальников управлений, в него вносились коррективы и только после этого подлежал рассмотрению в самом Совете. На практике принятие закона выглядело значительно проще и проходило быстрее: например, 21 декабря 1942 г. на заседании Государствен-

ного административного совета (которое продолжалось с 15.00 до 17.30) были рассмотрены и приняты 18 нормативных правовых актов⁴². На каждый акт в среднем было потрачено около восьми минут, что говорит о формальном подходе к делу. Очевидно, что решения принимались не лицами, голосовавшими за законы, а японскими советниками, в связи с чем в народе ходила байка, согласно которой «вне зависимости от выдвинутых японскими советниками утром предложений, вечером они становились законами»⁴³. Роль Государственного административного совета сводилась к организации механического процесса их одобрения.

Помимо этого следует проанализировать некоторые аспекты правоприменительной практики. Япония стремилась использовать родовые и феодальные отношения в своих интересах. Законы в ряде случаев существенно корректировались под ту или иную ситуацию, хотя сам президент Мэнцзяна Дэ Ван, очевидно, не был сторонником подобных мер⁴⁴. Так, вопрос о привлечении к уголовной ответственности и о преследовании тех или иных лиц, подозреваемых в преступлении, положительно разрешался лишь с согласия прокурора и министра юстиции, что ставило этих лиц в привилегированные условия. Более того, в отношении лиц, принадлежащих к разным социальным группам (классам), действовали различные меры ответственности и разные виды наказаний.

Проследившая короткую историю существования Маньчжоу-Го и Мэнцзяна, необходимо констатировать, что их политическая судьба оказалась во многом схожей. Объяснялось это территориальной, культурной и этно-религиозной близостью, особым статусом, которым эти земли обладали в течение многих веков, находясь в составе огромных империй, и давним стремлением к независимости, подогреваемым центробежными тенденциями начала XX в. Однако характер государственности, сама государственная система, законодательство, порядок его создания и применения существенно различались.

Обусловлено это было целями, которые преследовали японские оккупационные силы, осуществляя государственное строительство на Северо-Востоке Китая. Если в Маньчжоу-Го — «идеальном государстве» — все законодательство вырабатывалось заново, то Мэнцзян заимствовал у Китайской Республики как правовые конструкции, так и сами нормативные правовые акты. Здесь японские оккупационные власти не позволяли правовой системе развиваться самостоятельно. Практически каждый орган государственной власти Мэнцзяна был наделен правотворческими функциями в своей сфере общественных отношений и одновременно с этим был «обременен» японскими советниками, которые контролировали правотворческий процесс. Основной целью законодательства при японском господстве было не урегулирование отношений между лицами, а эксплуатация финансово-экономических ресурсов региона, в связи с чем упор делался на хозяйственное (коммерческое) и административное право.

Различия сводились к разнообразию источников права в Маньчжурии (нормативный правовой акт, правовые обычаи и традиции, общие принципы права) и к однообразию во Внутренней Монголии (нормативный правовой акт).

⁴² Цзинь Хай и др. Политическая власть в Мэнцзяне [А] / Собрание комментариев к новой истории Внутренней Монголии. Т.1. [С]. Хух-Хото: Народное изд-во Внутренней Монголии, 1986. С. 113 (金海, 白拉都格其. 蒙疆政权[A]. 内蒙古近代史译丛(第一辑)[C]. 呼和浩特: 内蒙古人民出版社, 1986: 113).

⁴³ Там же. С. 262–263.

⁴⁴ Захчид Сэцэн. Мои воспоминания о Дэ Ване и Внутренней Монголии. Изд-во китайской истории и литературы, 2005. С. 378 (札奇斯钦: 《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版: 378).

Наконец, существенно различались органы государственной власти, обладающие нормотворческими полномочиями. Следуя древней традиции, в монархическом Маньчжоу-Го все сводилось к централизации и единоначалию, где главной фигурой во всем процессе создания правовых норм и их применения выступал Император. Монгольская же практика нормотворчества традиционно со времен Великого курултая (1206) и княжеского съезда в Чифыне (1636) носила коллективный характер⁴⁵, что выразилось и в республиканской форме правления, и в порядке выработки и принятия правовых актов, а ключевым законодательным органом выступала коллегиальная структура.

Весь массив нормативного правового и правоприменительного материалов был отменен вместе с ликвидацией Маньчжоу-Го и Мэнцзяна после занятия этих территорий войсками СССР и МНР в августе 1945 г.



Библиография

- Дудин П.Н. Право и правовая система Мэнцзяна // Государство и право. 2016. № 8. С. 72–79.
- Дудин П.Н. Правовая основа деятельности органов государственной власти Маньчжоу-Го (на материалах научных трудов преподавателей русского юридического факультета Харбина) // Власть. 2015. № 11. С. 176–180.
- Караева К.А. Маньчжоу-Го (1931–1945): «марионеточное» государство в системе международных отношений на Дальнем Востоке // Уральское востоковедение. 2005. Вып. 1. С. 75–89.
- Кейдун И.Б., Елисеева Я.А. Общая характеристика системы высших государственных органов Маньчжоу-Го // Вестник Амурского государственного университета. 2010. Вып. 48. Сер. Гуманитар. науки. С. 31–36.
- Неру Дж. Взгляд на всемирную историю. Том 3. М.: Прогресс, 1981. 453 с.
- Оппенгейм Л. Международное право. Том I: Мир. Полутом 1 / перевод с 6-го англ. изд., дополненного Г. Лаутерпахтом под ред. С.Б. Крылова. М.: Государственное издательство иностранной литературы, 1948. 408 с.
- Рязановский В.А. Современное гражданское право Китая. Вып. 1. Очерк действующего китайского гражданского права. Харбин: Заря, 1927. 198 с.
- Тилов Т.К. Международные связи государствовподобных образований // Вестник Пятигорского государственного лингвистического университета. 2015. № 1. С. 282–285.
- Jackson R.H., Rosberg C.G. Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood // World Politics. 1982. Vol. 35. № 1. P. 1–24.
- Jackson R. Quasi-states: Sovereignty, International Relations and the Third World. N.Y.: Cambridge Univ. Press, 1990. 225 p.
- Lattimore O. Nationalism and Revolution in Mongolia. New York: Oxford University Press, 1955. 186 p.
- Onon U., Pritchatt D. Asia's First Modern Revolution: Mongolia Proclaims Its Independence in 1911. Leyden: Brill, 1989. 203 p.
- Захчид Сэцэн. Мои воспоминания о Дэ Ване и Внутренней Монголии. Пекин, 2005. 613 с. (札奇斯钦:《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版).
- Сун Цунье. Особенности правовой системы псевдо-режима в Мэнцзяне / Факультет политики и права Педагогического университета Баотоу // Иньшан: академический журнал. Социальные науки. 2010. № 23 (5). Май. С. 78–84. (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊(社会科学版), 2010年05期23 (5)).
- Цзинь Хай и др. Политическая власть в Мэнцзяне / Собрание комментариев к новой истории Внутренней Монголии. Т.1. Хух-Хото: 1986. 246 с. (金海, 白拉都格其, 蒙疆政权: 内蒙古近代史译丛(第一辑), 呼和浩特: 内蒙古人民出版社, 1986).

⁴⁵ Onon U., Pritchatt D. Asia's First Modern Revolution: Mongolia Proclaims Its Independence in 1911. Leyden, 1989. P. 2.

Legal Acts of Manchukuo and Mengjiang: Comparative Analysis



Pavel N. Dudin

Head, Department of Theory, History of State and Constitutional Law, East Siberian State University of Technology and Management, Candidate of Political Sciences. Address: 40 Kluchevskaya Str., Ulan-Ude 670018, Russian Federation. E-mail: dudin2pavel@gmail.com



Zufar F. Husainov

Professor, Department of Constitutional and Administrative Law, Kazan (Volga) Federal University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 18 Kremlyovskaya Str., Kazan 420008, Russian Federation. E-mail: husainovzufar@mail.ru.



Abstract

The article based of archival and previously unpublished research material is an attempt to re-store the legal regulations system of Manchukuo and Mengjiang that had been created as independent states in Manchuria, Inner Mongolia, and North-East China in the 1930s. The internal and external policies of both political entities were controlled by the Japanese occupation forces. Manchukuo was created as a model state, the standard one, including the matters of public administration and law, and the Mongol-Go was a resource (economic) base of the occupants. The example of Manchukuo serves as a model to show the mechanism of pushing the local authorities to adopt the new legislation, the hierarchy of acts is built at both the initial and later stages of national development. The article provides the characteristics, features and attributes differentiating normative and individual legal acts. The legal nature of law and its place in the system of normative legal acts of both countries are analyzed; the detailed description of the legal acts originating from the various agencies of state power is given. The state system and the public authorities involved in the rule making process are studied; the bodies that participated in the development and adoption of the legislation are marked, as well as the agencies responsible for the administrative ordinance and administrative enactment. The case of Mengjiang facilitated to study the law technique, its features and drawbacks, as well as the reasons for those drawbacks. The authors conclude that in spite of the spiritual, cultural and religious closeness of the two peoples, the building of the state system in terms of rule-making bodies, and the system of normative legal acts differed much in Manchukuo and Mengjiang due to the goals that the Japanese occupation forces sought and that were largely encouraged by the local leadership of the occupied territories. Manchukuo and Mengjiang were eliminated on the 18th and 19th of August, 1945 respectively by the troops of the Soviet Union and Mongolia.



Keywords

normative legal act, act of applying law, public authorities, Manchukuo, Mengjiang, Manchuria, Inner Mongolia.

Citation: Dudin P.N., Khusainov Z.F. (2017) Legal Acts of Manchukuo and Mendjiang: A Comparative Analysis. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 224–238 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.154.224.238



References

Dudin P.N. (2016) Pravo i pravovaya sistema Mentszyana [Law and Legal System of Mengjiang]. *Gosudarstvo i pravo*, no 8, pp. 72–79.

Dudin P.N. (2015) Pravovaya osnova deyatel'nosti organov gosudarstvennoy vlasti Man'chzhou-Go (na materialakh nauchnykh trudov russkogo yuridicheskogo fakul'teta v Kharbine) [Legal Pattern of State Bodies in Manchukuo (Materials of Harbin Russian Law Faculty)]. *Vlast'*, no 11, pp. 176–180.

Jackson R. (1990) *Quasi-States: Sovereignty, International Relations and the Third World*. N.Y.: Cambridge University Press, 225 p.

Jackson R., Rosberg C. (1982) Why Africa's Weak States Persist: The Empirical and the Juridical in Statehood. *World Politics*, vol. 35, no 1, pp. 1–24.

Karaeva K.A. (2005) Man'chzhou-Go (1931–1945): «marionetchnoe» gosudarstvo v sisteme mezhdunarodnykh otnosheniy na Dal'nem Vostoke [Manchukuo 1931–1945: Marionette State in International Relations in the Far East]. *Ural'skoe vostokovedenie*, issue 1, pp. 75–89.

Keydun I.B., Eliseeva Ya.A. (2010) Obshchaya kharakteristika sistemy vysshih gosudarstvennykh organov Manch'zhou-Go [General Characteristics of the System of Manchukuo Higher State Bodies]. *Vestnik Amurskogo gosudarstvennogo universiteta*, issue 48, pp. 33–36.

Nehru J. (1981) *Vzglyad na vseмирnuyu istoriyu* [Look at World History]. Vol. 3. Moscow: Progress, 453 p. (in Russian)

Onon U., Pritchard D. (1989) *Asia First Modern Revolution: Mongolia Proclaims Its Independence in 1911*. Leyden: Brill, 203 p.

Oppenheim L. (1948) *Mezhdunarodnoe pravo* [International Law]. Moscow: Gosudarstvennoe izdatel'stvo inostrannoi literatury, 408 p. (in Russian)

Owen L. (1955) *Nationalism and Revolution in Mongolia*. New York: Oxford University Press, 186 p.

Ryazanovskiy V.A. (1927) *Sovremennoe grazhdanskoe pravo Kitaya: Vyp. 1: Ocherk deystvuyushchego kitayskogo grazhdanskogo prava* [Modern Civil Law of China: Issue 1. Outline of China Applicable Civil Law]. Harbin: Zarya, 198 p.

Sun Tsun'e (2010) Osobennosti pravovoy sistemy psevdorezhima v Mentszyane [Legal Systems of Pseudo Regime in Mengjiang]. In *'shan: akademicheskii zhurnal. Sotsial'nye nauki*, May, pp. 78–84. (宋从越, 伪蒙疆政权立法的特点, 包头师范学院, 政治与法律学院, 内蒙古, 包头, 阴山学刊 (社会科学版), 2010年05期23 (5)).

Tilov T.K. (2015) Mezhdunarodnye svyazi gosudarstvopodobnykh obrazovaniy [International Relations of Statelike Establishments]. *Vestnik Pyatigorskogo gosudarstvennogo lingvisticheskogo universiteta*, no 1, pp. 282–285.

Tszin' Khay (1986) *Politicheskaya vlast' v Mentszyane* [Political Power in Mengjiang]. *Sobranie kommentariyev k novoy istorii Vnutrenney Mongolii*. [Comments to Modern History of Inner Mongolia]. Khukh-Khoto: Vnutrenney Mongolii Press, 246 p. (金海, 白拉都格其. 蒙疆政权. 内蒙古近代史译丛 (第一辑). 呼和浩特: 内蒙古人民出版社).

Zakhchid S. (2005) *Moi vospominaniya o De Vane i Vnutrenney Mongolii* [My Memoires on De Wan and Inner Mongolia]. Pekin: Izdatelstvo kitayskoy istorii i literatury, 613 p. (札奇斯钦: 《我所知道的德王和当时的内蒙古》, 中国文史出版社, 2005年版).

Корпоративное управление в современных правовых реалиях



С.И. Луценко

ведущий эксперт Контрольного управления Администрации Президента Российской Федерации. Адрес: 103132, Российская Федерация, Москва, Старая площадь, д. 8/5. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Аннотация

В статье рассмотрены особенности отношений между собственниками компании и ее менеджментом. Особое значение автор придает именно собственнику, который выполняет активную роль в реализации долгосрочных интересов организации. Построение эффективной модели корпоративного управления достигается с выстраиванием четких правил, которые отражены в корпоративном документе — уставе. В частности, в уставе могут быть закреплены требования к кандидатам на должность в органы управления, что позволит выстраивать доверительные (фидуциарные) взаимоотношения между собственником и управлением на долгосрочной основе. В уставе может быть предусмотрено положение об ожидаемом ущербе в случае отступления со стороны члена органа управления от интересов компании и ее акционеров. Причем ответственность, которая закреплена в уставе, применяется и к собственникам, которые влияют на принятие управленческих решений. Целью статьи является создание оптимальной модели корпоративного управления, в которой собственники и менеджмент будут работать на основе фидуции (доверительности) для достижения корпоративного блага (увеличения стоимости активов). Другими словами, акционер создает условия (в том числе с использованием внутренних корпоративных документов, в которых используются современные корпоративные модели и правоприменительная практика) для руководства, позволяющие последнему не отклоняться от заданного курса. Руководитель должен действовать в интересах компании и ее собственников исходя из фактических обстоятельств в пределах разумного предпринимательского риска. В уставе необходимо сформулировать понятие заинтересованности с целью исключения рисков совершения сделок руководителями в личных интересах. В корпоративных документах регламентировать особенности доступа руководителя и акционеров к информации о компании. Другими словами, создать ситуацию, при которой у участника не будет необоснованного интереса к информации. Автор отводит именно собственнику активную роль в построении модели, адаптированной к современным условиям. Статья носит междисциплинарный характер, поскольку затрагивает как элементы корпоративного управления, являющиеся частью корпоративных финансов как науки, так и, разумеется, корпоративное право.



Ключевые слова

корпоративное управление, активность собственника, устав, ожидаемый ущерб, менеджмент, фидуциарные обязанности, корпоративное благо, долгосрочные интересы.

Библиографическое описание: Луценко С.И. Корпоративное управление в современных правовых реалиях // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 3. С. 239–251.

JEL: G30, G38, K12, K20, K22; УДК: 346

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.239.251

Активность акционера (собственника) в компании связана с его правовой природой. Приобретая акции (долю) в уставном капитале общества и используя свое имущество с целью получения дохода в виде части прибыли от деятельности организации,

собственник наделяется определенными правами, позволяющими ему, в числе прочих, *участвовать в управлении делами компании*, получении информации о ее деятельности, а также принимать участие в распределении прибыли¹. Право управление компанией, и право контроля за ее активами, являются производными от владения частью капитала (акции, доли)².

Собственники являются приоритетными участниками в отношении принятия решений в сфере бизнеса, поскольку обладают самостоятельностью и широкой дискрецией³. Кроме того, у участника (субъекта), приобретшего пакет акций (долю) и, как следствие, осуществившего инвестиции в ценные бумаги, возникает ожидаемое стремление проявлять интерес к судьбе своих вложений, т.е. получать сведения о деятельности компании, проверять обоснованность прогнозов относительно прироста цены акций, в том числе посредством анализа раскрываемых организацией документов, контролировать причитающийся по акциям доход (дивиденды) и т.п.⁴

Экономический интерес компании произведен от экономических интересов ее собственников. Так как интересы организации предопределяются интересами собственников, следовательно, ущерб, нанесенный органом управления компании, коррелирует с ущербом, нанесенным конкретному собственнику⁵.

Механизм корпоративного управления предполагает влияние собственников на управленческие решения в зависимости от доли участия или пакета акций⁶. Другими словами, принцип существования современной компании основан на разделении экономических интересов и контрольных прав (принятие управленческих решений)⁷.

Одним из основных критериев корпоративного блага (помимо повышения инвестиционной привлекательности, приобретения конкурентных преимуществ) является увеличение стоимости акций (активов компании)⁸. В свою очередь, цена акции зависит от доверия к руководству, поскольку, по общему правилу, акционер принимает риск обесценения акций, в том числе в связи с ошибками управления⁹. В результате неэффективного управления компанией со стороны руководства напрямую затрагиваются экономические интересы собственников. Существенное снижение активов компании может сводиться к

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 25.05.2010 № 11-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2010. № 5.

² См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 25.07.2002 по делу «Совтрансавто Холдинг против Украины» // Журнал российского права. 2003. № 9. С. 133–156.

³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16.10.2007 № 677-О-О // СПС КонсультантПлюс.

⁴ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18.06.2013 № 3221/13 // Вестник ВАС РФ. 2013. № 11.

⁵ См.: Определение Верховного Суда РФ от 26.08.2016 по делу № 305-ЭС16-3884, А41-8876/2015 // СПС КонсультантПлюс.

⁶ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.03.2014 по делу № А40-56137/2013; постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 05.03.2013 по делу № А01-1335/2012 // СПС КонсультантПлюс.

⁷ См.: *Berle A., Means G. The Modern Corporation and Private Property. New York, 1932. P. 69.*

⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 24.02.2004 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 2.

⁹ См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 31.07.2014 по делу «ОАО «Нефтяная компания «Юкос» против Российской Федерации» // Прецеденты Европейского суда по правам человека. 2014. № 4. С. 74–96.

лишению собственности у акционеров¹⁰. Поэтому нередко собственники проявляют активность в отношении управления компанией, пытаясь изменить экономическую стратегию развития (внести изменения в корпоративные документы, положения)¹¹.

С другой стороны, активность собственника в отношении изменения экономического курса требует обоснованного объяснения вмешательства в компетенцию органов управления (менеджмента, совета директоров)¹². Порой действия органов управления могут не соответствовать завышенным интересам собственников.

Руководство принимает решения в силу своих фидуциарных обязанностей и выбирает экономическую стратегию развития бизнеса, которая соответствует наилучшим в интересах компании с учетом положения дел исходя из фактических обстоятельств в пределах разумного и допустимого по условиям оборота предпринимательского риска. Наличие возможных негативных последствий в результате деловых просчетов при принятии решений в силу рискованного характера предпринимательской деятельности не может являться основанием для привлечения членов управленческих органов к гражданско-правовой ответственности, которая может наступить лишь при неправомерных противоправных и виновных действиях¹³.

Позиция российского суда корреспондирует с правовой позицией американского правоприменителя. Орган управления должен планировать наилучшим образом курс корпорации и ее акционеров. Фидуциарные обязанности позволяют руководству не только самостоятельно (в силу дискреционных полномочий) управлять организацией, но и выбирать временной период для достижения корпоративных целей¹⁴.

При соблюдении фидуциарных обязанностей, должной заботливости, добросовестности и разумности руководитель подпадает под защиту правила бизнес-решения, что оправдывает его управленческое действие. Другими словами, франшиза акционера — это идеологическая платформа, с помощью которой руководитель принимает решения в сфере бизнеса в силу управленческой дискреции, делегированной собственником¹⁵.

Акционер (собственник), равно как и руководитель (исполнительный орган/менеджмент или коллегиальный орган — наблюдательный совет/совет директоров) является коммерческим продуктом юридического лица; шаги органа управления измеряются, оцениваются и контролируются самой компанией в лице собственника. Баланс хозяй-

¹⁰ См.: Решение Европейского Суда по правам человека от 07.11.2002 по делу «Ольжак против Польши» // СПС КонсультантПлюс.

¹¹ См.: *Cheffins B., Armour J. The Past, Present, and Future of Shareholder Activism by Hedge Fund.* Cambridge, 2011. P.11–14.

¹² См.: Parsons D., Tyler J. *Activist Stockholders, Corporate Governance Challenges and Delaware Law.* Ch. 18. Part VIII / *Research Handbook on Mergers and Acquisitions.* Chaltenhem, 2016. P. 377.

¹³ См.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 05.05.2016 по делу № А43-21107/2013 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ См.: Высший Суд штата Делавэр (493 A.2d 946) (Del. 1985) по делу «UnocalCorp. v. MesaPetroleumCo» [Электронный ресурс: // URL: <https://casetext.com/case/unocal-corp-v-mesa-petroleum-co#p955> (дата обращения: 13.12.2016); Высший Суд штата Делавэр (571 A.2d 1140) (Del. 1989) по делу «Paramount Communications, Inc. v. TimeInc.» [Электронный ресурс]: // URL: <https://casetext.com/case/paramount-communications-inc-v-time-inc#p955> (дата обращения: 13.12.2016); Канцлерский Суд штата Делавэр от 28.07. 2009 по делу «La. Mun. PoliceEmpls' Ret. Sys. v. Fertitta» [Электронный ресурс: //URL: http://www.potteranderson.com/media/experience/448_Louisiana.pdf (дата обращения: 13.12.2016)

¹⁵ См.: Канцлерский Суд штата Делавэр (564 A.2d 651) (Del. Ch. 1988) по делу «BlasiusIndustriasInc. v. AtlasCorp.» [Электронный ресурс: // URL: <https://casetext.com/case/blasius-industries-inc-v-atlas-corp> (дата обращения: 13.12.2016)

ственного существования гарантированно определен элементами совместной работы или, говоря по-другому, командного производства¹⁶.

Особенностью конструкции командного производства является то, что действия участников (собственников и управленческих органов) компании направлены на взаимное сотрудничество и защиту от любых недобросовестных действий других участников¹⁷. В любом случае, менеджмент обязуется управлять компанией в интересах ее собственников, а остальные заинтересованные участники (служащие, кредиторы) должны быть защищены правовыми гарантиями¹⁸.

Хотелось бы обратить внимание на следующие обстоятельства. Автор учитывает сходство, по своей сути корпоративных отношений (схожей корпоративной природе) в акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью¹⁹. Используемая терминология в определении органов управления (например, менеджмент), корпоративного блага, участников корпоративных отношений несколько отклоняется от принятой в действующем российском законодательстве. Тем не менее российские суды применяют терминологию, которая используется автором в статье.

Как бы четко ни была сформулирована норма в любой системе права, неизбежен элемент судебного толкования. Всегда будет существовать необходимость разъяснения неясных моментов и адаптации к изменяющимся обстоятельствам (в этом и заключается качество права). Более того, многие законы сформулированы с использованием терминов, которые в большей или меньшей степени неясны, и толкование, и применение которых зависит от практики применения. Роль судов состоит в разъяснении интерпретационных сомнений, в том числе предсказуемости формулировки терминов общественных отношений, на которые она распространяется²⁰.

Как отмечают Парсонс и Тайлер²¹, корпоративная форма — это такая структура управления, в которой фокус защиты смещен на капитал (активы). В свою очередь Аллен²² заключает, что корпоративное право должно быть ориентировано на защите долгосрочной стоимости капитала, переданного компании. Однако необходимо задать вопрос, насколько делегированная управленческая дискреция является разумной точки зрения ее пределов. Дженсен и Меклинг²³ показывают, что менеджмент использует

¹⁶ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 16.11.2016 гпо делу № А40-51748/2016, Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.09. 2016 по делу № А40-242180/2015 // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ См.: *Blair M., Stout L. A Team Production Theory of Corporate Law // Virginia Law Review. 1999. Vol. 85. P. 247; Blair M. Corporate Law and the Team Production Problem / Working Paper. Vanderbilt University Law School, 2012. P. 8.*

¹⁸ См.: *Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law. Working Paper. Cambridge, 2000. P. 3.*

¹⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21.02.2014 № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2014. № 3.

²⁰ См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 18.12. 2008 по делу «Казаков против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2009. № 12; Постановление Европейского Суда по правам человека от 12.02. 2008 по делу «Кафкарис против Кипра» // СПС КонсультантПлюс; Постановление Европейского Суда по правам человека от 04.05.2000 по делу «Ротару против Румынии» // СПС КонсультантПлюс.

²¹ См.: *Parsons D., Tyler J. Op. cit. P. 377.*

²² См.: *Allen W. Ambiguity in Corporation Law // Delaware Journal of Corporate Law. 1997. Vol. 22. P. 894.*

²³ См.: *Jensen M., Meckling W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // Journal of Financial Economics. 1976. Vol. 3. P. 305.*

управленческую дискрецию в личных интересах. Пассивность некоторых собственников является уязвимым местом, поскольку позволяет профессиональным руководителям не только укреплять свои позиции, но и пренебрегать интересами данных участников и получать выгоду²⁴. Тем самым, обладая широкими управленческими полномочиями, менеджмент становится распорядителем чужих денежных средств²⁵.

В таких условиях именно активность акционера выходит на первый план. Его контрольные действия направлены на недопущения причинения ущерба компании со стороны органов управления. Другими словами, собственник должен усилить контроль за действиями руководства²⁶ (в том числе закрепить во внутренних корпоративных документах особенности совершения отдельных хозяйственных операций, связанных с заинтересованностью). Со своей стороны, руководитель должен действовать добросовестно и разумно в интересах юридического лица и его собственников.

Целью статьи является создание оптимальной модели корпоративного управления в современных правовых реалиях. Одной из предпосылок для достижения заявленной модели необходимо закрепление в уставе компании некоторых положений, которые позволят ориентировать не только руководство компании, но и отдельных акционеров действовать в интересах компании и ее других собственников.

Устав призван определять особенности отношений внутри компании между менеджментом (советом директоров) и акционерами. Данный корпоративный документ позволяет регулировать деятельность управленческого органа²⁷. На взгляд автора, устав организации зачастую является недооцененным корпоративным документом. Ведь с помощью устава можно создать корпоративную конструкцию, которая будет определять правила для всех без исключений участников. Акционеры вправе дополнять устав положениями, которые не конкретизированы действующим законодательством.

Федеральным законом «Об акционерных обществах»²⁸ не запрещено внесение изменений в устав или иные корпоративные документы, которые не конкретизированы корпоративным правом. Главное, чтобы изменения не нарушали Закон об акционерных обществах²⁹. Устав позволяет акционеру несколько расширить требования к кандидатам в члены совета директоров, которые определены п. 4 ст. 53 Закона об акционерных обществах, что позволяет в дальнейшем несколько нивелировать риски, связанные с управленческими решениями.

Помимо основных требований к кандидату в члены совета директоров (имя и данные документа, удостоверяющего личность (серия и (или) номер документа, дата и место его выдачи, орган, выдавший документ) в уставе можно прописать дополнительные требования. В частности, профессиональный опыт, безупречную деловую репутацию, сведения о владении акциями других компаний, сведения о его аффилированных ли-

²⁴ См.: *Stout L.* On the Rise of Shareholder Primacy, Signs of Its Fall, and the Return of Managerialism (in the Closet) // *Seattle University Law Review*. 2013. Vol. 36. P. 1173.

²⁵ См.: *Dodd E.* Who are Corporate Managers Trustees? // *Harvard Law Review*. 1932. Vol. 45. P. 1145.

²⁶ См.: *Verret J.* Treasury Inc.: How the Bailout Reshapes Corporate Theory and Practice // *Yale Journal on Regulation*. 2010. Vol. 27. P. 318.

²⁷ См.: *Gilson R.* Model Company Act and A Model Company Court. Working paper. Stanford Law School; Columbia Law School; European Corporate Governance Institute, 2016. P. 6.

²⁸ См.: Федеральный закон от 26.12. 1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. С. 1.

²⁹ См.: Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 01.02. 2016 по делу № А41-61333/15 // СПС КонсультантПлюс.

цах. Данные требования к кандидатам не ограничивают их права на выдвижение, а, напротив, их целью является повышение эффективности работы данных органов управления и недопущение нарушения фидуциарных обязанностей³⁰. Тем самым мы сможем исключить потенциальную проблему, связанную с нарушением фидуциарной обязанности лояльности (или обязанности неконкуренции с данным юридическим лицом), закрепив в уставе требования к кандидатам в члены совета директоров.

Кроме того, положения устава позволяют компании ограничивать управленческую дискрецию руководителя (превентивная функция устава), в особенности сделок, связанных с финансовой заинтересованностью руководителя. Подобные ограничения в уставе направлены на предотвращение реализации воли менеджмента не совпадающей с волеизъявлением собственника³¹. В уставе необходимо дать определение понятия заинтересованности с использованием судебного толкования.

Понятие заинтересованности трактуется на практике самым широким образом и включает в себя любой прямой или косвенный финансовый (материальный) интерес, выгоду, долю, бонус, иные привилегии и преимущества, которые лицо может получить в результате такой сделки непосредственно или через представителя, номинального держателя, родственника. Полномочия руководителя осуществляются с соблюдением им фидуциарной обязанности, т.е. обязанности действовать от имени юридического лица исключительно добросовестно, с соблюдением должной осмотрительности, в интересах работодателя-собственника. Такая фидуциарная обязанность запрещает заключать лицу, действующему от имени общества, сделки с самим собой (запрет на заключение сделки через номинального приобретателя, с близким родственником, с юридическим лицом, где лицо или его родственники являются участниками, работают на управляющих позициях, иным образом обогащаться за счет совершаемой сделки³².

В свою очередь, заинтересованным лицом признается субъект, в отношении которого просматривается причинная связь между совершенной сделкой и возможной угрозой законным интересам компании, когда ее корпоративное благо, прежде всего, имущественного характера, может пострадать или уже пострадало в результате совершения сделки³³.

Формирование устава с учетом отдельных особенностей компании, в котором будут учтены лучшие практики корпоративного управления и правоприменительная практика, позволит улучшить не только качество управления компанией, но и снизить риск, связанный со сделками руководителей, совершаемыми в личных интересах. В устав можно включить особенности фидуциарных обязанностей, которые налагаются не только на руководителя, но и на акционеров, которые принимают или влияют на принятие управленческих решений. Обязанность указанных лиц действовать добросовестно и разумно в интересах общества означает, что они должны проявлять при осуществлении своих прав и исполнении обязанностей, определенных в уставе, заботливость и осмотрительность, которых следует ожидать от хорошего руководителя в аналогичной

³⁰ См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 02.09. 2016 по делу № А50-22356/2015, Постановление ФАС Московского округа от 08.10.2009 по делу № А40-86489/08-136-687 // СПС КонсультантПлюс.

³¹ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 13.07. 2010 по делу № А40-6973/10-131-77 // СПС КонсультантПлюс.

³² См.: Определение ВАС РФ от 14.12. 2011 № ВАС-12434/11 // СПС КонсультантПлюс.

³³ См.: Определение ВАС РФ от 29.07.2011 № ВАС-9400/11 // СПС КонсультантПлюс.

ситуации при аналогичных обстоятельствах. Соответствующее толкование дано в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ (далее — ВАС РФ)³⁴.

Необходимо пояснить, что понимается под понятием контроля над компанией со стороны членов органов управления и отдельных собственников. Правоприменитель рассматривает контроль над юридическим лицом как систему владения и управления организацией, связанной с правом лица осуществлять контроль за принятием управленческих решений (включая, многоуровневую структуру владения компанией), в том числе и с использованием оффшорных компаний. Контроль может быть как со стороны руководителя, так и некоторых собственников, влияющих на принятие управленческих решений. Кроме того, о контроле лица над компанией может свидетельствовать наличие рабочего кабинета, участие в переговорах от имени организации и позиционирование себя как бенефициара³⁵.

Другими словами, ограничения управленческой дискреции могут быть предусмотрены в уставе компании, и они будут направлены на обеспечение защиты экономических интересов как компании в целом, так и ее акционеров³⁶. Акционеры могут в уставе определять (или, по крайней мере, участвовать в ее принятии) не только экономическую стратегию компании, но и включить положения, которые позволят идентифицировать действия руководства на предмет исполнения фидуциарных обязанностей, а также ограничить широкую управленческую дискрецию в отдельных ситуациях.

Автор предлагает использовать механизм подразумеваемых (имплицитных) ограничений применительно к лицам, наделенным управленческой дискрецией. Термин имплицитных ограничений заимствован из судебной практики Европейского Суда по правам человека. Под подразумеваемыми ограничениями понимаются ограничения, направленные на правомерную (законную) цель и являющиеся соразмерными (пропорциональными) между используемыми средствами и преследуемой целью. Они призваны ограничить возможность совершения лицом незаконных действий и нанесения ущерба³⁷.

В уставе невозможно прописать возможные обстоятельства (действия), которые могут возникнуть в будущем при принятии управленческих решений (так называемая проблема неполного контракта). Однако в уставе могут быть сформулированы положения, что принимая решения в сфере бизнеса (в особенности, стратегические решения), управленческая дискреция руководителя может быть подчинена подразумеваемым ограничениям, если данная сделка совершается не в интересах компании и ее акционеров. В свою очередь, неправомерные действия руководителя могут быть оценены акционером с использованием теории ожидаемого ущерба, за исключением — если руководитель не докажет, что он действовал в интересах компании. Подобные подразумеваемые ограничения являются оправданными с точки зрения недопущения в будущем нанесения ущерба руководством компании.

³⁴ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 06.03.2012 № 12505/11 // Вестник ВАС. 2012. № 6.

³⁵ См.: Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 30.09.2016 по делу № А40-56167/16 // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 02.11.2011 № 1486-О-О // СПС КонсультантПлюс; Высший Суд штата Делавэр (953 A.2d 227) (Del. 2008) по делу «CA. v. AFSCME» [Электронный ресурс]: // URL: <https://casetext.com/case/ca-v-afscme> (дата обращения: 13.12.2016)

³⁷ См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 23.03.2010 по делу «Цудак против Литвы» // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2010. № 9; Постановление Европейского Суда по правам человека от 16.03.2006 по делу «Жданок против Латвии» // СПС КонсультантПлюс.

На практике правоприменитель использует механизм подразумеваемых ограничений. В частности, суд заключает, что действующее законодательство устанавливает, что лицом, выражающим волю компании в сделках с третьими лицами, является директор, либо иной единоличный исполнительный орган этого общества, за исключением случаев, когда полномочия такого органа *прямо ограничены уставом общества или иными регулируемыми его деятельность документами по сравнению с тем, как они определены в законе* либо как они могут считаться очевидными из обстановки, в которой совершается сделка³⁸. Тем самым правоприменитель отмечает, что управленческая дискреция может быть ограничена уставом иначе, нежели это определено законом (т.е. используется механизм подразумеваемых ограничений).

В свою очередь, национальная судебная система наделена особой миссией. От ее качества зависит толкование корпоративных уставов, отражающих особенности управления в компании³⁹.

Другой предпосылкой построения оптимальной модели корпоративного управления является четкое определение в корпоративных документах для фидуциарных обязанностей руководителя и внедрение контроля за их исполнением. Действующее законодательство России вменяет лицам, которые входят в состав органов юридического лица, несение фидуциарных обязанностей. В соответствии с разъяснениями, изложенными в Постановлении Пленума ВАС⁴⁰ лицо, входящее в состав органов юридического лица (единоличный исполнительный орган — директор, генеральный директор и т.д.), обязано действовать в интересах юридического лица добросовестно и разумно (п. 3 ст. 53 ГК РФ⁴¹). В случае нарушения этой обязанности директор по требованию юридического лица и (или) его учредителей (участников), которым законом предоставлено право на предъявление соответствующего требования, должен возместить убытки, причиненные юридическому лицу таким нарушением.

Письмом Центрального Банка РФ⁴² введены дополнительные критерии добросовестности и разумности (помимо отсутствия личной заинтересованности, действий в интересах общества, проявления осмотрительности и заботливости, которые следует ожидать от хорошего руководителя в аналогичной ситуации при аналогичных обстоятельствах): принятие решений с учетом всей имеющейся информации, в отсутствие конфликта интересов, с учетом равного отношения к акционерам общества, в рамках обычного предпринимательского риска (п. 2.6.1), стремление добиваться устойчивого и успешного развития общества (п. 126). Т.е. лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа или члена совета директоров, должно действовать в интересах компании и исполнять свои фидуциарные обязанности добросовестно и разумно⁴³.

³⁸ См.: Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 22.08. 2014 по делу № А04-5484/2011 // СПС КонсультантПлюс.

³⁹ См.: *Gilson R., Schwartz A. Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review* // Journal of Institutional and Theoretical Economics. 2013. Vol. 169. P. 164–165.

⁴⁰ См.: Постановление Пленума ВАС РФ от 30.07. 2013 № 62 «О некоторых вопросах возмещения убытков лицами, входящими в состав органов юридического лица» // СПС КонсультантПлюс.

⁴¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁴² См.: Письмо Центрального Банка Российской Федерации от 10.04. 2014 № 06-52/2463 «О Кодексе корпоративного управления» // Вестник Банка России. 2014. № 40.

⁴³ См.: Постановление Президиума ВАС РФ от 08.02. 2011 № 12771/10 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 5.

Позиция Высшего Арбитражного Суда⁴⁴ корреспондирует с позицией Высшего Суда штата Делавэр по делу «Aronsonv. Lewis». Как отмечается в данном деле⁴⁵, механизмы корпоративной демократии и производного (косвенного) иска являются мощными инструментами, которые заставляют руководителя выполнять фидуциарные обязанности и не отклоняться от заданного экономического курса.

Если руководитель совершает сделку в личных интересах (с целью обогащения), собственник может инициировать процедуру судопроизводства, поскольку он обладает правом на предъявление косвенных исков о возмещении причиненных обществу убытков со стороны органа управления). Объект защиты по косвенному иску не может определяться как категорический выбор либо в пользу защиты субъективного права юридического лица, либо в пользу защиты интересов участников юридического лица⁴⁶. В любом случае исполнение фидуциарной обязанности лояльности со стороны руководителя позволит учитывать интересы, во всяком случае, активных акционеров⁴⁷.

Обязанность лояльности (связанность руководителя обязанностью неконкуренции с компанией) — общепризнанный стандарт поведения во многих развитых странах, предполагающий, что директор не вправе без согласия участников юридического лица, совета директоров (либо иного органа, предусмотренного учредительными документами) совершать от своего имени в своих интересах или в интересах третьих лиц сделки, однородные с теми, которые составляют предмет деятельности юридического лица, а также участвовать в другом однородном юридическом лице либо исполнять там обязанности директора⁴⁸.

В процессе исполнения фидуциарных обязанностей руководитель должен иметь доступ к информации, которая касается деловой составляющей компании. Поскольку менеджмент выбирает экономическую стратегию развития компании с учетом активной поддержки со стороны акционеров, руководитель получает доступ к корпоративной информации в силу своей управленческой дискреции. Учитывая, что менеджмент является уполномоченным лицом акционера, который наделен правом на получение информации, руководитель наделен правом на ту же самую информацию, как и собственник. В целях достоверного и полного отражения деятельности общества, а также обеспечения необходимого баланса прав и законных интересов заинтересованных лиц в процессе предпринимательской деятельности участник компании (акционер, орган управления) обладает правами на получение информации.

Орган управления осуществляет действия (в том числе, при выборе приоритетного направления развития компании) и контролирует деятельность компании в интересах акционеров. В свою очередь, регламентация деятельности органов управления основана на допуске законом корпоративном регулировании, включающем, в частности,

⁴⁴ Там же.

⁴⁵ См.: Высший Суд штата Делавэр (473 A.2d 805) (Del. 1984) по делу «Aronsonv. Lewis» // [Электронный ресурс] // URL: <https://casetext.com/case/aronson-v-lewis#p1387> (дата обращения: 13.12.2016)

⁴⁶ См.: Определение Верховного Суда РФ от 26.08. 2016 по делу № 305-ЭС16-3884, А41-8876/2015 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁷ См.: *Laster T., Zeberkiewicz J.* The Rights and Duties of Blockholder Directors // *The Business Lawyer.* 2015. Vol. 70. P. 33; *Veasey N., Guglielmo C.* How Many Masters Can a Director Serve? A Look at the Tensions Facing Constituency Directors // *The Business Lawyer.* 2008. Vol. 63. P. 761.

⁴⁸ См.: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 25.05.2015 по делу № А70-13409/2014 // СПС КонсультантПлюс.

группу нормативных корпоративных актов (положение о совете директоров, регламент, кодекс корпоративного управления, положение об информационной политике общества, инструкция по охране конфиденциальности информации и др.). Поэтому в действиях как руководителя, так и акционера не допускается злоупотребления правом, в том числе наличия необоснованного интереса в получении соответствующей информации и иных признаков, которые указывают на намеренное создание объективных трудностей, способных отрицательно влиять на хозяйственную деятельность конкретного акционерного общества в целом и на интересы его акционеров⁴⁹. В частности, если руководитель является представителем конкурента (занимает руководящую должность в конкурирующей компании или является акционером), тем самым нарушая фидуциарную обязанность лояльности.

В отдельных ситуациях (например, использования информации о компании в ущерб ее интересам) невозможно учесть всех обстоятельств, связанных с правомерностью действий руководителя, которые могут произойти в будущем (так называемая проблема неполного контракта). В этом случае в качестве превентивной меры (удерживать руководителя от неправомерных действий в будущем) может служить положение об ожидаемом ущербе, закрепленное во внутренних корпоративных документах.

Ожидаемый ущерб должен быть предвидимым с тем, чтобы позволить руководству при совершении сделки определить юридические и финансовые ее последствия, чтобы позволить ему решить, какие действия для него предпочтительнее — терпеть дополнительные убытки или воздержаться от реализации сделки. Кроме того, ожидаемый ущерб должен иметь такой характер, чтобы оставить руководству ясную возможность подсчитать финансовые потери в случае нарушения фидуциарных обязанностей.

Как заключает Канцлерский Суд штата Делавэр по делу «ShockingTechs., Inc. v. Michael»⁵⁰, фидуциарная обязанность лояльности вменяет руководителю обязательство защищать и продвигать интересы компании. Кроме того, требует от него воздержания в отношении любых действий, которые могли бы навредить корпорации.

В любом случае, если менеджмент совершит сделку не в интересах компании, активный акционер вправе инициировать судопроизводство в отношении признания ее ничтожной. У акционера (он отнесен к субъектам требований по ничтожным сделкам) имеется материально-правовой интерес в отношении иска⁵¹. Действия руководителя в отношении совершения сделки (например, по выводу активов из компании) нарушают права и экономические интересы компании и ее акционеров, поскольку лишают материальной стабильности⁵².

В заключение отметим, что в современных правовых реалиях активность акционера выходит на первый план. Активность является ключевым аспектом «корпоративного пейзажа» и подразумевает существование намного более активной корпоративной

⁴⁹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 18.01.2011 № 8-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2011. № 6.

⁵⁰ См.: Канцлерский Суд штата Делавэр от 01.10.2012 по делу «ShockingTechs., Inc. v. Michael» [Электронный ресурс]: // URL: <https://casetext.com/case/shocking-techs-inc-v-michael-2> (дата обращения: 13.12.2016)

⁵¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 16.07.2009 № 738-О-О // СПС КонсультантПлюс.

⁵² См.: Постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 16.04.2015 по делу № А43-19734/2014 // СПС КонсультантПлюс.

демократии в последние годы⁵³. Для построения оптимальной корпоративной модели акционеру необходимо включить в корпоративный устав положения, которые максимально позволят исключить риск нарушения руководителем своих фидуциарных обязанностей. В частности, можно использовать механизм ограничения управленческой дискреции (имплицитных ограничений), который связан исключительно с интересами компании. Кроме того, можно конкретизировать требования к кандидатам в члены совета директоров в корпоративных документах, исключив в будущем риск нарушения обязанности лояльности. Необходимо закрепить в уставе особенности совершения некоторых сделок (идентифицировать понятия заинтересованности и субъектного состава), которые могут причинить ущерб интересам компании. Другими словами, активность акционера должна быть направлена не только на создание оптимальной модели корпоративного управления, а на создание условий для сотрудничества и доверительности внутри компании.



Библиография

- Allen W. Ambiguity in Corporation Law // *Delaware Journal of Corporate Law*. 1997. Vol. 22. P. 894–903.
- Bebchuk L., Brav A., Jiang W. The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism / Working Paper. Harvard Law School, 2015. 82 p.
- Berle A., Means G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York, 1932. 414 p.
- Blair M. Corporate Law and Team Production Problem / Working Paper. Vanderbilt University Law School, 2012. 21 p.
- Cheffins B., Armour J. The Past, Present, and Future of Shareholder Activism by Hedge Funds. Working Paper. Cambridge, 2011. 89 p.
- Dodd E. Who are Corporate Managers Trustees? // *Harvard Law Review*. 1932. Vol. 45. P. 1145–1163.
- Gilson R., Schwartz A. Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review // *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 2013. Vol. 169. P. 160–183.
- Gilson R. A Model Company Act and a Model Company Court / Working paper Stanford Law Scholl; Columbia Law School; European Corporate Governance Institute, 2016. 15 p.
- Hansmann H., Kraakman R. The End of History for Corporate Law / Working paper. Cambridge: Harvard Law School, 2000. 34 p.
- Jensen M., Meckling W. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure // *Journal of Financial Economics*. 1976. Vol. 3. P. 305–360.
- Laster T., Zeberkiewicz J. The Rights and Duties of Blockholder Directors // *The Business Lawyer*. 2015. Vol. 70. P. 33–60.
- Parsons D., Tyler J. Activist Stockholders, Corporate Governance Challenges and Delaware Law. Ch. 18, Part VIII / *Research Handbook on Mergers and Acquisitions*. Chaltenham, 2016. 512 p.
- Stout L. On the Rise of Shareholder Primacy, Signs of Its Fall and the Return of Managerialism (in the Closet) // *Seattle University Law Review*. 2013. Vol. 36. P. 1169–1185.
- Veasey N., Guglielmo C. How Many Masters Can a Director Serve? A Look at the Tensions Facing Constituency Directors // *The Business Lawyer*. 2008. Vol. 63. P. 761–775.
- Verret J. Treasury Inc.: How the Bailout Reshapes Corporate Theory and Practice // *Yale Journal on Regulation*. 2010. Vol. 27. P. 283–350.

⁵³ См.: *Bebchuk L., Brav A., Jiang W. The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism*. Working Paper. Harvard Law School, 2015. P. 1.

The Corporate Governance in Modern Legal Realities



Sergei Lutsenko

Leading Expert, Control Department, Presidential Administration of Russian Federation. Address: 8/5 Staraya Square, Moscow 103132, Russian Federation. E-mail: scorp_ante@rambler.ru



Abstract

The author considers in the clause of feature of mutual relations between shareholders and management of the company. The special role is given to the shareholder who carries out an active role in realization of long-term interests of the company. Construction of effective model of corporate governance may be reached with forming of accurate rules that are reflected in the corporate document (the corporation charter). In the charter must be fixed requirements to candidates at a post in board of directors that will allow to build confidential mutual relations between the shareholder and management on a long-term basis. In the charter position about an expectation damages in case of deviation can be provided from a member of board from interests of the company and its shareholders. Liability which is registered in the charter, is applied and to relations to active shareholders who influence upon accepting of managerial decisions. The purpose of the presented clause is creation of optimum model of corporate governance in which shareholders and management will work on a basis of confidence for achievement of the best interests of the corporation (increase in shareholder value). In other words, the shareholder creates a condition (including, with use of internal corporate documents in which modern corporate models are used and the case-law) for a management, allowing the last not to deviate from the set rate. Management should act in interests of the company and its proprietors proceeding from actual circumstances within limits business risk. In the charter it is necessary also to formulate a concept of interest for the purpose of an exception risks of self-dealing. In corporate documents should regulate features of access of the management and shareholders to the information about the corporate matters. In other words, to create a situation at which the participant will not have an unreasonable interest to the information. The author gives to the shareholder an active role in construction of the corporation model adapted for modern conditions. The clause has interdisciplinary character as mentions as the elements of corporate governance that are a part of the corporate finance as a science, and, certainly, the corporate law.



Keywords

corporate governance, shareholder activism, corporation charter, expectation damages, management, fiduciary duties, the best interests of the corporation, long-term interests.

Citation: Lutsenko S.I. (2017) The Corporate Governance in Modern Legal Realities. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 239–251 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.239.251



References

Allen W. (1997) Ambiguity in Corporation Law. *Delaware Journal of Corporate Law*, vol. 22, pp. 894–903.

Bebchuk L., Brav A., Jiang W. (2015) *The Long-Term Effects of Hedge Fund Activism*. Working Paper. Cambridge: Harvard Law School, 82 p.

Berle A., Means G. (1932) *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Macmillan, 414 p.

Blair M. (2012) *The Corporate Law and Team Production Problem*. Working Paper. Vanderbilt University Law School, 21 p.

Cheffins B., Armour J. (2011) *Past, Present, and Future of Shareholder Activism of Hedge Fund*. Working Paper. Cambridge: Harvard Law School, 89 p.

Dodd E. (1932) Who are Corporate Managers Trustees? *Harvard Law Review*, vol. 45, pp. 1145–1163.

- Gilson R., Schwartz A. (2013) Constraints on Private Benefits of Control: Ex Ante Control Mechanisms versus Ex Post Transaction Review. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, vol. 169, pp. 160–183.
- Gilson R. (2016) *A Model Company Act and a Model Company Court*. Working Paper. Stanford: Law School, 15 p.
- Hansmann H., Kraakman R. (2000) *The End of History for Corporate Law*. Working Paper. Cambridge: Harvard Law School, 34 p.
- Jensen M., Meckling W. (1976) Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, vol. 3, pp. 305–360.
- Laster T., Zeberkiewicz J. (2015) The Rights and Duties of Blockholder Directors. *The Business Lawyer*, vol. 70, pp. 33–60.
- Parsons D., Tyler J. (2016) Activist Stockholders, Corporate Governance Challenges and Delaware Law. *Research Handbook on Mergers and Acquisitions*. Chapter 18. Cheltenham: Edward Elgar, 512 p.
- Stout L. (2013) On the Rise of Shareholder Primacy, Signs of Its Fall and the Return of Managerialism (in the Closet). *Seattle University Law Review*, vol. 36, pp. 1169–1185.
- Veasey N., Guglielmo C. (2008) How Many Masters Can a Director Serve? A Look at Tensions Facing Constituency Directors. *The Business Lawyer*, vol. 63, pp. 761–775.
- Verret J. (2010) Treasury Inc.: How the Bailout Reshapes Corporate Theory and Practice. *Yale Journal on Regulation*, vol. 27, pp. 283–350.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

XIX Апрельская международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества 10–13 апреля 2018 г., г. Москва

10–13 апреля 2018 г. в Москве состоится XIX 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.

Конференция посвящена широкому кругу актуальных проблем экономического и социального развития страны. С основными направлениями можно ознакомиться на официальном сайте конференции: <http://conf.hse.ru>.

Специальными темами конференции, которым будут посвящены круглые столы и почетные доклады ведущих ученых, являются:

- Стабильность и развитие
- Неравенство и инклюзивное развитие
- Перспективы и драйверы глобализации и регионализации в новых условиях
- Технологическое будущее: на пути к «умному обществу»
- Арктика: вызовы XXI века

Заявки на выступление в качестве докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line (<http://conf.hse.ru/>) с **11 сентября до 13 ноября 2017 г.** Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято по результатам экспертизы с привлечением независимых специалистов до 25 января 2018 г.

Доклады, включенные в программу конференции, после дополнительного рецензирования и рассмотрения редакциями, могут быть приняты к публикации в ведущие российские научные журналы по экономике, социологии, менеджменту, государственному управлению, которые индексируются Scopus и/или Web of Science, входят в список ВАК и редакторы которых участвуют в работе Программного комитета конференции.

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме on-line до 16 марта 2018 г.

Рабочими языками конференции являются **русский и английский**.

Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен **грант Всемирного банка** с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены до 12 февраля 2018 г. по адресу interconf@hse.ru.

В рамках конференции планируется организовать серию **семинаров для аспирантов** с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков. Информация об условиях участия в семинарах будет доступна на сайте конференции.

С материалами предыдущих конференций можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2017>

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.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, 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.

Для заметок

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 14.09.2017. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 600 экз.