

Право

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя

и распространителя
Фактический: 115230, Москва, Варшавское ш., 44а,
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101000,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: +7 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2016

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2016



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.О. Иншакова

Реформа правовых основ деятельности международного коммерческого арбитража в Российской Федерации: предпосылки, обусловленность, перспективы 4

А.В. Амагиров, Е.Б.-М. Цыремпилова

Особенности публично-правовой защиты (охраны) личных нематериальных благ 13

Н.В. Ростовцева

О наследовании по праву представления 30

М.А. Редчиц

Уголовно-правовая охрана объектов культурного наследия 50

А.В. Сковородко

Роль Европейского суда по правам человека в механизме защиты от бездействия органов публичной власти в России 61

М.С. Журавлев

Защита персональных данных в телемедицине 72

В.К. Михайлов

Кодекс административного судопроизводства как решение проблем, связанных с процедурой признания материалов экстремистскими 85

А.А. Дроздова

Развитие судебной системы и судебной реформы в России 95

Право в современном мире

Ю.С. Ромашев

Право международных обычаев в системе международного права 103

Н.В. Литаренко

Согласованный платеж при неисполнении обязательств в источниках *lex mercatoria* 113

Н.Ю. Ерпылева, И.В. Гетьман-Павлова

Становление и развитие законодательства о международном частном праве Украины 122

У.Ш. Хусаинов

Некоторые вопросы отбора кадров на государственную службу 139

И.И. Нагорная

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе 148

Е.С. Батусова

Порядок расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах 159

Р.Ю. Почкаев

Включение Бухарского эмирата и Хивинского ханства в таможенную черту Российской империи (1895 г.) 172

Л.Р. Сюкияйнен

Исламская правовая мысль об исламском государстве и халифате 185

С.Ю. Данилов

Правовые аспекты преодоления наследия диктатуры: из опыта Италии 206

Дискуссионный клуб

М.Н. Козок

Феномен моды в теоретической юриспруденции 219

А.В. Туликов

Зарубежная правовая мысль в условиях развития информационных технологий 235

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

3 Bolshoy Triohsviatitelsky Per.,
Moscow 109028, Russia

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

3/2016



ISSUED QUARTERLY

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.O. Inshakova

Reform of the Legal Framework of ICA Activity in Russia: Prerequisites, Conditions,
Perspectives 4

A.V. Amagrov, E.B. Tseremyllova

Some Features of the Public Protection of Personal Intangible Benefits 13

N.V. Rostovtseva

Inheritance by Right of Representation 30

M.A. Redchits

Criminal Law Protection of Cultural Heritage 50

A.V. Skovorodko

The Role of European Court on Human Rights in Mechanism of Protection
from Inaction of Public Power Institutions in Russia 61

M.S. Zhuravlev

Personal Data Protection in Telemedicine 72

V.K. Mikhailov

Code of Administrative Proceedings as a Mean for Improving the Procedures
of Claiming Materials Extremist 85

A.A. Drozdova

The Development of Judicial System and Judicial Reform in Russia 95

Law in the Modern World

Yu.S. Romashev

The Law of International Customs in the International Law 103

N.V. Litarenko

Conformed Payment in case of Default under lex mercatoria 113

N.Yu. Erpyleva, I.V. Get'man-Pavlova

Formation and Development of the Legislation on Ukrainian International Private Law 122

U.Sch. Khusainov

On Selecting State Service Employees 139

I.I. Nagornaya

Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure 148

E.S. Batusova

Procedural Requirements of Terminating Employees Contract by Employer without
Employee's Fault in Foreign Countries 159

R.Yu. Pochekaev

Inclusion of Bukhara Emirate and Khiva Khanate into the Customs System
of the Russian Empire (1895) 172

L.R. Syukiyaynen

Islamic Legal Thought on Islamic State and Caliphate 185

S.Yu. Danilov

The Juridical Aspects of Overcoming Legacy of Dictatorship: Italian Experience 206

Discussion Club

M.N. Kozyuk

Phenomenon of Fashion in Theoretical Jurisprudence 219

A.V. Tulikov

Foreign Legal Doctrine in the IT Era 235

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

Реформа правовых основ деятельности международного коммерческого арбитража в Российской Федерации: предпосылки, обусловленность, перспективы



А.О. Иншакова

заведующая кафедрой гражданского и международного частного права Волгоградского государственного университета, профессор, доктор юридических наук. Адрес: Российская Федерация 400062, Волгоград, Университетский проспект, 100. E-mail: ainshakova@list.ru



Аннотация

В статье изучается обоснованность законодательной инициативы проведения масштабной реформы третейского судопроизводства. Проводится обзор обновленного правового регулирования деятельности институциональных международных коммерческих арбитражных учреждений на основе положений вступающего в действие с 1 сентября 2016 года нового Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации». Изучаются основные негативные факторы, обусловившие необходимость разработки и принятия этого Закона, а также его основные новеллы. К таковым автор относит новый понятийно-категориальный аппарат института арбитража, вопросы, касающиеся составления и содержания арбитражного соглашения, обновленный перечень принципов третейского разбирательства. Особое внимание уделяется нормам, посвященным созданию постоянно действующих арбитражных учреждений, законодательному ограничению возможности их деятельности только при некоммерческих организациях, а также жестким требованиям, установленным для таких некоммерческих организаций. Проводится сравнительный анализ данного законодательного подхода с либеральным подходом, оставившим участникам гражданского оборота большую степень свободы в действующем Федеральном законе от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Кроме того, анализируются положения нового Федерального закона № 409-ФЗ, который вступит в силу с 01 сентября 2016 года и внесет изменения в Закон о МКА, АПК РФ, ГПК РФ и другие нормативно-правовые акты. Обосновывается вывод, что предъявление строгих требований к порядку образования постоянно действующих арбитражных учреждений и установление существенных ограничений в отношении организаций, при которых могут создаваться третейские суды, будет способствовать усилению роли государства в третейском разбирательстве, с одной стороны, и уходу от так называемых карманных третейских судов — с другой. В качестве важной новеллы Закона об арбитраже отмечается вновь предусмотренная им возможность рассмотрения институциональным арбитражем корпоративных споров, а также закрепление условий и особенностей рассмотрения таких дел. Выявлены ограничения, установленные законодателем для третейского суда, образованного сторонами для разрешения спора *ad hoc* по сравнению с арбитражем. Определены преимущества Закона об арбитраже в контексте предоставляемых его положениями возможностей участникам арбитражного разбирательства.



Ключевые слова

внешнеэкономические отношения, третейский суд, третейское разбирательство, международный коммерческий арбитраж, институциональные арбитражные учреждения, третейский суд ad hoc.

Библиографическое описание: Иншакова А.О. Реформа правовых основ деятельности международного коммерческого арбитража в Российской Федерации: предпосылки, обусловленность, перспективы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 4–12.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.4.12

Доверие иностранного партнера возможно только в условиях экономической стабильности и правопорядка, отвечающего мировым общепризнанным принципам и нормам. Современные экономические отношения характеризуются спецификой, понимание и защита которой требует не проведения открытых слушаний и принятия зачастую «необъяснимых» решений публичного характера, а участия специалистов узкого профиля, недоступных государственным судам. Кроме того, предпринимательская деятельность в условиях новых экономических реалий нуждается в сохранении коммерческой тайны и доверительных отношений между сторонами, а также достижении понимания сторонами сути требований оппонентов во избежание возникновения спорных правоотношений. Презумпция добросовестности и добронамеренности сторон предполагает действенное разрешение спора «*communis opinio doctorum ex lex et bonae fides*» («общим мнением сведущих по закону и доброй совести»).

Перечисленные обстоятельства выступают обоснованными причинами резкого увеличения количества споров, рассматриваемых в порядке международного коммерческого арбитража (далее — МКА)¹. Кроме того, в отличие от государственных судов, в МКА формирование суда осуществляется самими сторонами путем избрания арбитров. Положение о праве сторон выбирать в качестве арбитра любое лицо, а следовательно и зарубежных юристов, является важной нормой российского законодательства, привлекательной прежде всего для иностранных инвесторов и бизнесменов и обеспечивающей приток дел в российские арбитражные институты.

Организацией, обеспечивающей развитие и популяризацию третейского разбирательства и медиации², а также повышение квалификации третейских судей и посредников является Торгово-промышленная палата Российской Федерации (далее — ТПП РФ). При ТПП РФ существуют и развиваются постоянно действующие общественные арбитражные организации, осуществляющие третейское разбирательство. Спонсорство торгово-промышленных палат при создании арбитражей характерно и для всех иных стран — членов Содружества независимого государств (далее — СНГ). Так, еще в 1932 г. был создан суд, который удовлетворял потребности всех национальных участников внешнеторговой деятельности и их зарубежных контрагентов — Внешнеторговая

¹ См. подробнее: Алексеев М.А., Иншакова О.А., Николюкин С.В. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования). М., 2012. 176 с.

² См. о соотношении медиации и третейского разбирательства: Иншакова А.О., Казаченок С.Ю. Международный арбитраж vs медиация в наборе процедур урегулирования трансграничных споров // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 9. С. 34–38.

арбитражная комиссия (далее — ВТАК) при Всесоюзной торговой палате, впоследствии переименованная в Арбитражный суд при Торгово-промышленной палате СССР³.

Федеральным законом от 30.12.2015 № 451-ФЗ внесены изменения в Закон РФ «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»⁴, которыми установлено, что ТПП РФ в соответствии с законодательством РФ образует Международный коммерческий арбитражный суд (далее — МКАС)⁵, Морскую арбитражную комиссию (далее — МАК), Спортивный арбитраж⁶, Коллегию посредников по проведению примирительных процедур, Ассоциацию диспетчеров при ТПП РФ и обеспечивает их деятельность. До этих изменений при ТПП действовал Третейский суд для разрешения экономических споров, который рассматривал споры между юридическими лицами и гражданами-предпринимателями, зарегистрированными в РФ и остальных государствах, входящих в СНГ. Других коммерческих третейских судов при ТПП РФ не существует.

Впечатляет коэффициент роста трансграничных споров, передаваемых в МКАС при ТПП РФ, который, по сведениям арбитра МКАС М.М. Богуславского, каждый год увеличивается примерно в 1,5 раза. Например, количество новых дел с 2006 г. (когда вступил в силу действующий Регламент) по 2014 г. увеличилось почти в 2,5 раза (со 120 до 314 дел). В 2014 г. новых дел в МКАС было даже больше, чем у Лондонского международного третейского суда и Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма⁷.

В России правовой основой организации и деятельности МКА является Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»⁸ (далее — Закон о МКА). В соответствии со ст. 1 Закона о МКА, данный закон применяется к его деятельности, если место арбитража находится на территории РФ. При этом указывается, что положения, предусмотренные ст. 8, 9, 35 и 36 Закона, применяются и в тех случаях, когда место арбитража находится за границей.

Необходимо отметить, что 29 декабря 2015 г. Президентом Российской Федерации были подписаны федеральные законы, реформировавшие законодательство о третейских судах. Так, принят Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»⁹ (далее — Закон об арбитраже), который вступит в силу с 01 сентября 2016 г. и прекратит действие Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Кроме того, с 01 сен-

³ Об историческом развитии третейской формы рассмотрения споров с участием иностранцев на территории России см. подробнее: *Казаченок С.Ю.* Трансформация роли арбитражного соглашения как средства правового планирования. Волгоград, 2010. С. 121; *Николюкин С.В.* Периодизация исторического развития третейских судов после 1917 года // Современный юрист. 2014. № 1. С. 52–65.

⁴ Федеральный закон № 451-ФЗ «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» // СЗ РФ. 04.01.2016. № 1 (часть I). Ст. 71.

⁵ См. подробнее: *Комаров А.С.* Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10. С. 4–17; *Комаров В.В.* Международный коммерческий арбитраж. Харьков, 1995. 304 с; *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М.: ТПП СССР, 1988. 124 с.

⁶ См. подробнее: *Чубаров В.В.* К теории и практике спортивного арбитража / Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею А.Л. Маковского. М., 2010. С. 256–272.

⁷ *Панов А.А.* Нужна ли реформа Регламента МКАС при ТПП РФ, и если да, то какая? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 74–99.

⁸ Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» // Российская газета. 14.08.1993.

⁹ СЗ РФ. 04.01.2016. № 1 (часть I). Ст. 2.

тября 2016 г. вступит в силу Федеральный закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ¹⁰, которым внесены изменения в Закон о МКА, АПК РФ и ГПК РФ и другие нормативно-правовые акты.

В соответствии с Федеральным законом № 409-ФЗ с 1 сентября 2016 г. ст. 1 Закона о МКА будет дополнена следующим положением: «Не урегулированные настоящим Законом вопросы, связанные с созданием и деятельностью на территории РФ постоянно действующих арбитражных учреждений, администрирующих международный коммерческий арбитраж, хранением материалов дел и внесением изменений в юридически значимые реестры в РФ на основании решений третейских судов (арбитражных решений), соотношением процедуры медиации и арбитража, а также с требованиями к арбитрам (третейским судьям) и ответственностью арбитров и постоянно действующих арбитражных учреждений в рамках международного коммерческого арбитража в случаях, если место арбитража находится на территории РФ, регулируются в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Как указывается в пояснительной записке к Закону об арбитраже, необходимость разработки и принятия данного закона обусловлена существованием двух основных негативных факторов. Во-первых, это неспособность действующего законодательства, обеспечивающего деятельность арбитража (третейского разбирательства) в РФ, обеспечить высокий уровень третейского разбирательства и реальную востребованность данного института участниками гражданского оборота. Во-вторых, это многочисленные злоупотребления с использованием третейских судов, приводящие к дискредитации данного института, связанные с несовершенством правового регулирования его деятельности.

По словам заместителя Председателя МАК, арбитра МКАС при ТПП РФ А.И. Муранова, базой для разработки Закона об арбитраже послужил Типовой закон ЮНСИТРАЛ¹¹. Большая часть норм Закона об арбитраже посвящена регламентации процедуры третейского разбирательства и созданию постоянно действующих арбитражных учреждений. Кроме того, вводится новый понятийно-категориальный аппарат института арбитража и детально проработаны вопросы, касающиеся составления и содержания арбитражного соглашения как его договорной основы. Корректируется ранее закрепленный в Федеральном законе «О третейских судах в Российской Федерации» перечень принципов третейского разбирательства¹². В качестве принципов третейского разбирательства в Законе об арбитраже называются:

- 1) принцип независимости и беспристрастности арбитров;
- 2) принцип диспозитивности;
- 3) принцип состязательности сторон;
- 4) принцип равного отношения к сторонам.

Статьей 44 Закона об арбитраже вводятся новые правила создания и деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений, которые теперь могут создаваться только при некоммерческих организациях. Ранее список организаций, при которых могли создаваться постоянно действующие арбитражные учреждения, был более объ-

¹⁰ Федеральный закон от 29.12.2015 № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу пункта 3 части 1 статьи 6 Федерального закона «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» // СЗ РФ. 04.01.2016. № 1 (часть I). Ст. 29.

¹¹ Румак В. Проекты Минюста пытаются сделать важный шаг в сторону формирования в России сообщества арбитражных профессионалов [Интервью с А.И. Мурановым] // Закон. 2014. № 4. С. 48–61.

¹² См. подробнее о принципах арбитражного третейского разбирательства: Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство: учебное пособие. М., 2013. С. 56–75.

емным. К таким организациям могли относиться не только торговые палаты и общественные объединения предпринимателей и потребителей, но и организаторы торговли, а также иные организации — юридические лица и их объединения.

Для создания институциональных арбитражных учреждений необходимо будет получить разрешение — право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения. При соответствии арбитражного учреждения определенным критериям такое право предоставляется актом Правительства России на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства.

К некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, установлены жесткие требования. Среди них — соответствие представленных правил постоянно действующего арбитражного учреждения требованиям Закона об арбитраже; наличие у учреждения рекомендованного списка арбитров, соответствующего установленным критериям и состоящего не менее чем из 30 человек; достоверность информации, репутация, масштаб и характер деятельности некоммерческой организации, при которой создается учреждение, и др. Исключением являются МКАС и МАК при ТПП РФ, которые могут осуществлять функции постоянно действующих арбитражных учреждений без разрешения на такую деятельность, как арбитражные центры с признанной международной репутацией.

Кроме того, не допускается создание одного постоянно действующего арбитражного учреждения одновременно при двух и более некоммерческих организациях.

Таким образом, избранный законодателем в Федеральном законе «О третейских судах в Российской Федерации» либеральный подход, оставляющий участникам гражданского оборота широкую степень свободы, сменился в Законе об арбитраже установлением целого ряда запретов и ограничений.

Полагаем, предъявление строгих требований к порядку образования постоянно действующих арбитражных учреждений и установление существенных ограничений в отношении организаций, при которых могут создаваться третейские суды, будет способствовать усилению роли государства в третейском разбирательстве, с одной стороны, и уходу от так называемых карманных третейских судов, с другой. Кроме того, в Законе об арбитраже имеются нормы об ответственности, применение которых предусматривает в том числе и полное прекращение деятельности арбитражного учреждения по решению компетентного суда и по предписанию Министерства юстиции (ст. 48 Закона об арбитраже).

Вместе с тем следует признать верным утверждение С.Ю. Казаченок о том, что «именно баланс управления и саморегулирования способен обеспечить арбитражной судебной системе успех в достижении поставленных перед ней целей и ожидаемых спорящими сторонами эффектов»¹³.

В отношении третейского суда, образованного сторонами для разрешения конкретного спора (*ad hoc*), законодателем введены некоторые ограничения по сравнению с арбитражем, администрируемым постоянно действующим арбитражным учреждением. К таким ограничениям относятся:

- 1) невозможность рассмотрения корпоративных споров;
- 2) запрет установления сторонами *ad hoc* условия об окончательности вынесенного им решения;

¹³ Казаченок С.Ю. Сокращение пределов участия государства в вопросах урегулирования спорных внешнеэкономических отношений: причинно-следственная связь // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 1. С. 51–56.

3) недопустимость обращения к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств;

4) отсутствие права выполнять отдельные функции по администрированию спора, рассматриваемого судом *ad hoc* как организацией, не являющейся постоянно действующим арбитражным учреждением.

Как отметил заместитель Министра юстиции РФ М.Л. Гальперин, участвовавший в подготовке законопроекта об арбитраже, «урегулировать *ad hoc* очень тяжело ... *ad hoc* остается как есть: с той компетенцией, которая у него есть сейчас, но без тех дополнительных компетенций, которые получает институциональный арбитраж»¹⁴.

Установление таких ограничений в отношении третейских судов *ad hoc* является логичным и последовательным в общем русле продемонстрированного законодателем нового подхода в ходе проведенной реформы правовых основ деятельности третейских судов, направленного на исключение злоупотреблений в судебном разбирательстве с использованием арбитражных учреждений как институционального, так и ситуационного характера.

Важной новеллой Закона об арбитраже является предусмотренная им возможность рассмотрения третейским судом, администрируемым постоянно действующим арбитражным учреждением, корпоративных споров, а также закрепление условий и особенностей рассмотрения таких дел. Корпоративные споры могут быть переданы на рассмотрение третейского суда в случае, если юридическое лицо, все участники юридического лица, а также иные лица, которые являются истцами или ответчиками в таких спорах, заключили третейское соглашение о передаче их споров в третейский суд¹⁵. Вместе с тем в п. 2 ст. 225.1 АПК РФ (в ред. ФЗ № 409-ФЗ) закреплён перечень споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Предполагается, что передача на рассмотрение третейских судов некоторых категорий корпоративных споров разгрузит государственные суды¹⁶. Обоснованно выглядит определение законодателем перечня споров, которые не могут передаваться для рассмотрения в третейский суд, поскольку это в максимальной степени исключает неопределённость в отношении компетенции третейских судов.

Анализируя новеллы нового Закона об арбитраже, следует особое внимание акцентировать на некоторых его положительных характеристиках и предоставляемых его положениями возможностях участникам арбитражного разбирательства.

Во-первых, следует сказать об осуществлённой Законом об арбитраже гармонизации регулирования процедуры арбитража, не осложнённого иностранным элементом и международного коммерческого арбитража, что соответствует опыту ведущих зарубежных юрисдикций.

Во-вторых, заслуживает одобрения подробное регулирование вопросов, связанных с заключением арбитражного соглашения, а также установление общих требований к лицам, выступающим в качестве арбитров.

¹⁴ Пискунов Я. Третейское разбирательство — это не бизнес // Закон. 2015. № 10. С. 6–16.

¹⁵ См. подробнее: Бодрова О. Реформа третейского законодательства // ЭЖ-Юрист. 2016. № 11. С. 8.

¹⁶ См. также: Иншакова А.О. Арбитрабельность корпоративных споров: позитивное право и экономические реалии // Юрист. 2014. № 21. С. 7–9; Габов А.В. Подведомственность корпоративных споров третейским судам (к дискуссии о проектах законов, направленных на реформирование законодательства о третейских судах) // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 46–57; Асосков А.В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей / А.В. Асосков, М.П. Бардина и др.; под ред. А.А. Костина. М., 2012. С. 6–23.

В-третьих, это введение полноценного института единых и независимых органов содействия и контроля в отношении арбитража.

В-четвертых, детализированная регламентация организационной структуры арбитражного учреждения в целях обеспечения прозрачности его деятельности.

В-пятых, закрепление обязательности наличия у арбитражного учреждения сайта в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для размещения информации, предусмотренной Законом об арбитраже.

В-шестых, установление запрета на использование в наименовании постоянно действующих арбитражных учреждений словосочетаний «арбитражный суд» и «третейский суд», если полное наименование учреждения сходно до степени смешения с наименованиями судов РФ или это может ввести в заблуждение относительно правовой природы и полномочий арбитражного учреждения.

В-седьмых, в отношении международного коммерческого арбитража заложены правовые основы принятия срочных обеспечительных мер арбитражным учреждением до формирования состава третейского суда.

Нельзя не упомянуть также и оставляемую Законом об арбитраже возможность добровольного страхования ответственности постоянно действующего арбитражного учреждения перед сторонами арбитража.

Таким образом, российским законодателем предпринята попытка создать современный и эффективный механизм правового регулирования института арбитража (третейского разбирательства) с учетом мировой практики в области регулирования деятельности третейских судов и текущего состояния данного института в Российской Федерации, что будет способствовать повышению авторитета и привлекательности третейского разбирательства.



Библиография

Алексеев М.А., Иншакова О.А., Николюкин С.В. Трансформация регламентации деятельности и компетенции международного коммерческого арбитража (экономико-правовые потребности современного хозяйствования) / под ред. А.О. Иншаковой, С.В. Николюкина. М.: Юрлитинформ, 2012. 176 с.

Асосков А.В. Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / А.В. Асосков, М.П. Бардина, У.Э. Батлер и др.; под ред. А.А. Костина. М.: Статут, 2012. С. 6–23.

Бодрова О. Реформа третейского законодательства // ЭЖ-Юрист. 2016. № 11. С. 8.

Габов А.В. Подведомственность корпоративных споров третейским судам (к дискуссии о проектах законов, направленных на реформирование законодательства о третейских судах) // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 46–57.

Казаченок С.Ю. Сокращение пределов участия государства в вопросах урегулирования спорных внешнеэкономических отношений: причинно-следственная связь // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2015. № 1. С. 51–56.

Казаченок С.Ю. Трансформация роли арбитражного соглашения как средства правового планирования. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2010. 100 с.

Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник ВАС РФ. 2007. № 10. С. 4–17.

Комаров В.В. Международный коммерческий арбитраж. Харьков: Основа, 1995. 304 с.

Курочкин С.А. Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство: учебное пособие. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 56-75.

Лебедев С. Н. Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М.: Изд-во ТПП СССР, 1988. 124 с.

Николюкин С.В. Периодизация исторического развития третейских судов после 1917 года // Современный юрист. 2014. № 1. С. 52–65.

Панов А.А. Нужна ли реформа Регламента МКАС при ТПП РФ, и если да, то какая? // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 5. С. 74–99.

Пискунов Я. Третейское разбирательство — это не бизнес [Интервью с М.Л. Гальпериным] // Закон. 2015. № 10. С. 6–16.

Румак В. Проекты Минюста пытаются сделать важный шаг в сторону формирования в России сообщества арбитражных профессионалов [Интервью с А.И. Мурановым] // Закон. 2014. № 4. С. 48–61.

Чубаров В.В. К теории и практике спортивного арбитража / Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею д-ра юридических наук, профессора А.Л. Маковского. М.: Статут, 2010. С. 356–272.

Reform of the Legal Framework of ICA Activity in Russia: Prerequisites, Conditions, Perspectives



Agnessa O. Inshakova

Head of Department, Department of Civil and International Private Law (Base Department of Southern Scientific Center of the Russian Academy of Sciences (SSC RAS), Professor, Doctor of Juridical Sciences, Volgograd State University. Address: 100 Universitetskiy Prospekt, Volgograd, 400062, Russian Federation. E-mail: ainshakova@list.ru



Abstract

The article provides an overview of the updated national legislative approach to the legal regulation of activities of institutional international commercial arbitration institutions in the country based on the provisions which shall take effect from September 1, 2016 the new Federal Law of 29.12.2015 no 382-FZ *On Arbitration (Tribunal) in the Russian Federation*. The author identified the negative factors determining the necessity to develop and approve this law and its major novelties. Among them, the author specifies new concepts of arbitration, the issues of drafting arbitration agreements, updated list of principles of arbitration tribunal. A special attention is drawn to the norms concerning the establishment of the current arbitration institutions. The paper compares this legislative approach with the liberal one which provided a wider freedom under the Federal Law of 24.07.2002 no 102-FZ *On Arbitration Courts in the Russian Federation*. Besides, the paper analyzes the provisions of the new Federal Law no 409-FZ, which is to come into force from September 01, 2016 and amend the Law on the ICA, the Arbitrazh Procedure Code, Civil Procedural Code of the Russian Federation and other regulatory legal acts. The conclusion is made that the strict requirements to the formation of permanent arbitration institutions and the establishment of significant restrictions on the organizations in which arbitral tribunals can be established, will enhance the role of the state in the arbitration proceedings, on the one hand, and avoiding the so-called *pocket* arbitration courts — on the other hand. The paper revealed the limitations set by the legislator for the arbitral tribunal formed by the parties to settle a dispute (ad hoc) in comparison with the arbitration administered by a permanent arbitral institution. The advantages of the Arbitration Act in the context of the provisions of the opportunities provided by its participants in the arbitral proceedings.



Keywords

foreign economic relations; arbitration court; arbitration; international commercial arbitration; institutional arbitration establishments; arbitration tribunal formed by the parties to settle a dispute (ad hoc).

Citation: Inshakova A.O. (2016) Reform of Legal Framework of ICA Activities in Russia: Prerequisites, Conditions, Prospects. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–12 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.4.12



References

- Asoskov A.V. (2012) Dopustimost' razresheniya korporativnykh sporov v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [Resolving Corporate Disputes in International Commercial Arbitration]. *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya: Sbornik statey k 80-letiyu Mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazhnogo suda pri Torgovo-promyshlennoy palate Rossiyskoy Federatsii* [International Commercial Arbitration. Collection Devoted to the 80th Anniversary of The International Commercial Arbitration Court at the RF Chamber of Commerce and Industry] Kostin A.A. (ed.). Moscow: Statut, pp. 6–23.
- Bodrova O. (2016) Reforma treteyskogo zakonodatel'stva [Reform of Arbitration Legislation]. *EZh-Yurist*, no 11, p. 8.
- Chubarov V.V. (2010) K teorii i praktike sportivnogo arbitrazha [Theory and Practice of Sports Arbitration]. *Osnovnye problemy chastnogo prava: Sbornik statey k yubileyu doktora yuridicheskikh nauk, professora A.L. Makovskogo* [Major Issues of Private Law: Collection in Homage to Professor A.L. Makovskiy]. Moscow: Statut, pp. 356–272.
- Gabov A.V. (2015) Podvedomstvennost' korporativnykh sporov treteyskim sudam (k diskussii o proektakh zakonov, napravlennykh na reformirovanie zakonodatel'stva o treteyskikh sudakh) [Jurisdiction of Corporate Disputes by Arbitration Tribunals (Re the Discussion of the Drafts on Reforming Arbitration Legislation)]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 46–57.
- Inshakova O.A., Nikolyukin S.V. (eds.) (2012) *Transformatsiya reglamentatsii deyatelnosti i kompetentsii mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha (ekonomiko-pravovye potrebnosti sovremennogo khozyaystvovaniya)* [Transforming the Regulation and Competence of International Commercial Arbitration]. Moscow: YurLitinform, 176 p. (in Russian)
- Kazachenok S.Yu. (2015) Sokrashchenie predelov uchastiya gosudarstva v voprosakh uregulirovaniya spornykh vneshneekonomicheskikh otnosheniy: prichinno-sledstvennaya svyaz' [Reduction of State Involvement in Regulating Disputable Foreign Economic Relations]. *Vestnik Permskogo universiteta. Yuridicheskie nauki*, no 1, pp. 51–56.
- Kazachenok S.Yu. (2010) *Transformatsiya roli arbitrazhnogo soglasheniya kak sredstva pravovogo planirovaniya* [Transforming the Role of Arbitration Agreement as a Means of Legal Planning]. Volgograd: Izd-vo VolGU, 100 p. (in Russian)
- Komarov A.S. (2007) Rol' MKAS v praktike mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha v Rossii [Role of MKAS in the Practice of International Commercial Arbitration in Russia]. *Vestnik VAS RF*, no 10, pp. 4–17 (in Russian)
- Komarov V.V. (1995) *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration]. Khar'kov: Osnova, 304 p. (in Russian)
- Kurochkin S.A. (2013) *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh i treteyskoe razbiratel'stvo: uchebnoe posobie* [International Commercial Arbitration and Tribunal. Manual]. Moscow: Infotropik Media, pp. 56–75.
- Lebedev S.N. (1988) *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: kompetentsiya arbitrov i soglashenie storon* [International Commercial Arbitration: Competence of Referees and Agreement of Parties]. Moscow: Izd-vo TPP SSSR, 124 p. (in Russian)
- Nikolyukin S.V. (2014) Periodizatsiya istoricheskogo razvitiya treteyskikh sudov posle 1917 goda [Periods of Historical Development of Arbitration Tribunals after 1917]. *Sovremennyy yurist*, no 1, pp. 52–65.
- Panov A.A. (2015) Nuzhna li reforma Reglamenta MKAS pri TPP RF, i esli da, to kakaya? [Is the Reform of MKAS Necessary]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya Rossiyskoy Federatsii*, no 5, pp. 74–99.
- Piskunov Ya. (2015) Treteyskoe razbiratel'stvo — eto ne biznes [Interv'yu s M.L. Gal'perinym] [Arbitration Procedure is not Business. Interview with M.L. Gal'perin]. *Zakon*, no 10, pp. 6–16.
- Rumak V. (2014) Proekty Minyusta pyatayutsya sdelat' vazhnyy shag v storonu formirovaniya v Rossii soobshchestva arbitrazhnykh professionalov [Interv'yu s A.I. Muranovym] [The Justice Ministry Attempts to Establish Arbitration Establishment (Interview with A. Muranov)]. *Zakon*, no 4, pp. 48–61.

Особенности публично-правовой защиты (охраны) личных нематериальных благ



А.В. Амагыров

заместитель декана по воспитательной работе, старший преподаватель кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Бурятского государственного университета. Адрес: 670000, Российская Федерация, Республика Бурятия, г. Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, 6. E-mail: tengery90@mail.ru



Е.Б.-М. Цыремпилова

ассистентка и аспирантка кафедры конституционного, административного и муниципального права юридического факультета Бурятского государственного университета. Адрес: 670000, Российская Федерация, Республика Бурятия, г. Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, 6. E-mail: e.tsyrempilova@yandex.ru



Аннотация

В статье приведен анализ правовой защиты личных нематериальных благ, предоставляемой нормами отраслей публичного права — конституционного, уголовного, уголовно-процессуального и административного. Публично-правовая защита, по мнению авторов, обладает характерными специфическими чертами, выражающимися в особенностях цели, формах, способах, порядках и гарантиях защиты личных неимущественных прав. В статье отмечается, что в механизм защиты личных неимущественных прав входят юрисдикционная и неюрисдикционная формы защиты в широком смысле, а также личная (самозащита), коллективная (общественная), административная и судебная формы защиты как ее разновидности в зависимости от субъекта, наделенного правом применения конкретных способов. Исследуя неюрисдикционные формы защиты, автор указывает, что в качестве публично-правовых способов самозащиты могут быть рассмотрены такие меры как необходимая оборона и причинение вреда в условиях крайней необходимости. Наличие существенных недостатков в указанных институтах препятствует наиболее эффективному их применению. В свою очередь к коллективным (общественным) способам публично-правовой защиты личных нематериальных благ могут быть отнесены митинги, шествия, демонстрации, пикетирование. Особое внимание в работе уделяется изучению гарантий публично-правовой защиты, предоставляемых отдельным личным нематериальным благам при применении юрисдикционной формы защиты. Автор приходит к следующим выводам. Во-первых, правовая защита личных нематериальных благ, предоставляемая нормами публичного права, носит многоаспектный характер. Во-вторых, признание нематериального блага в качестве объекта правовой защиты в отраслях публичного права придает им характер публичных ценностей, посягательство на которые нарушает права и интересы не только отдельных лиц, но и общества в целом. В-третьих, компенсационная направленность правовой защиты личных нематериальных благ четко не прослеживается в нормах публичного права и связана с моральным удовлетворением, полученным в результате привлечения лица к уголовной или административной ответственности не только потерпевшим, но и его близкими, а также иным неопределенным кругом лиц, которым стало известно о совершении общественно опасного деяния. В-четвертых, анализ норм публичного права позволяет обоснованно говорить о признаваемой государством ценности чести, достоинства и деловой репутации должностных лиц.



Ключевые слова

правовая защита, правовая охрана, личное благо, нематериальное благо, личные неимущественные отношения, публичное право.

Библиографическое описание: Амагыров А.В., Цыремпилова Е.Б.-М. Особенности публично-правовой защиты личных нематериальных благ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 13–29.

JEL: K23; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.13.29

Правовое регулирование личных неимущественных отношений традиционно понимается как комплексное воздействие с помощью правовых средств на весь спектр общественных отношений, возникающих по поводу личных нематериальных благ с целью их упорядочения. Результат данного воздействия принято называть правопорядком, который заключается в беспрепятственном осуществлении субъективных прав их обладателями и должном исполнении возложенных на них обязанностей. При регулировании личных неимущественных отношений ключевым условием формирования правопорядка является эффективная правовая защита нематериальных благ. Не вдаваясь в дискуссии о соотношении терминов «правовая защита (правовая охрана)» и «правовое регулирование», отметим, что на наш взгляд данные понятия, хотя и тесно связаны, могут и должны быть разграничены.

Правовая защита (правовая охрана), являясь неотъемлемой частью правового регулирования, одновременно выступает механизмом обеспечения, как отдельных отношений, так и всего правопорядка. Нормы, направленные на установление охраны конкретных объектов, при этом регулируют отношения, возникающие при защите субъективных прав. Равно как и положения, устанавливающие перечень объектов, признающихся ценностями, а также закрепляющие права на них, по своей сути служат формальными гарантиями их правовой защиты. Вместе с тем правовое регулирование не ограничивается закреплением прав на материальные и нематериальные объекты и установлением охранительных положений. Как минимум, существование специфических правовых норм (норм-дефиниций, целей, и т.д.) не позволяет отождествить данные понятия. Правда, в определенном смысле они могут служить примером единства охранительной и регулятивной функций права, поскольку без правильного толкования правовых норм невозможна защита личных неимущественных прав.

Вне зависимости от разрешения данного вопроса и правовое регулирование как особый вид деятельности, и правовая защита нематериальных благ как совокупность установленных правом гарантий, обеспечивающих нормальное существование общественных отношений, имеют публично-правовую природу. В обозначенном контексте даже установление способов защиты личных неимущественных прав в отраслях частного права направлено на защиту интересов всего общества в целом, а не индивида, поскольку такое регулирование является одним из обязательных условий надлежащего правопорядка.

При этом правовая защита, предоставляемая отраслями публичного права, обладает специфическими чертами, выражающимися в особенностях задач, форм, способов, порядков и гарантий защиты личных неимущественных прав. Анализ действующего российского законодательства свидетельствует о том, что нормы публичных отраслей права (конституционного, уголовного, административного, процессуального), как и нормы отраслей частного права (гражданского, семейного и трудового) направлены на единую

цель — обеспечение беспрепятственного осуществления субъективных прав. При этом пути достижения данной цели весьма различны. В большей степени связанное с имущественными интересами отдельных субъектов частное право направлено на восстановление положения, существовавшего до нарушения, а когда это невозможно — на возмещение вреда, причиненного противоправным посягательством нематериальным благам. В свою очередь публичное право использует такие механизмы защиты, применение которых не связано во многом с интересами отдельной личности, а по существу затрагивает интересы всех субъектов права, поскольку направлено на восстановление социальной справедливости, удовлетворение личных неимущественных интересов потерпевших или иных лиц и служит одним из основных критериев эффективности деятельности государства.

Осуществление защиты личных неимущественных прав в формах, предусмотренных нормами отраслей публичного права, возможно не только по инициативе лиц, чьи права были нарушены, но и по инициативе органов государственной и муниципальной власти, а в определенных случаях и по инициативе общественных объединений, которым стало известно о посягательстве на нематериальные блага. Такая гарантия обусловлена признанной государством публичной ценностью защищаемых благ, а также наличием субъектов, которые не в состоянии самостоятельно обратиться в органы государственной власти за защитой личных неимущественных прав. В механизм защиты личных неимущественных прав, предоставляемой отраслями публичного права, входят юрисдикционная и неюрисдикционная формы защиты в широком смысле, а также личная (самозащита), коллективная (общественная), административная и судебная формы защиты как ее разновидности в зависимости от субъекта, наделенного правом применения конкретных способов.

К способам личной защиты (самозащиты), предусмотренным отраслями административного и уголовного права, могут быть отнесены такие действия, как применение мер необходимой обороны (ст. 37 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ)) и мер крайней необходимости (ст. 39 УК РФ, ст. 2.7. Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП)). Отметим комплексный характер данных способов защиты, которые, по существу, объединяют различные действия, совершаемые при специальных условиях, исключающих преступность деяния.

Возможность самостоятельной защиты жизни в условиях необходимой обороны предоставлена всем физическим лицам, защищающим как собственные личные неимущественные права и нематериальные блага, так права и блага третьих лиц. Уголовным законом прямо не регламентируется порядок причинения вреда при необходимой обороне, но вместе с тем устанавливаются требования, соблюдение которых носит обязательный характер, чтобы деяние не было признано преступным. К средствам защиты относятся абсолютно любые предметы, которыми может воспользоваться обороняющийся при необходимой обороне, однако особые требования устанавливаются к огнестрельному оружию, что служит объектом научной критики¹.

При анализе ст. 37 УК РФ можно выявить предполагаемые законодателем три варианта защиты личных неимущественных прав: необходимая оборона, осуществляемая при посягательстве, сопряженном с применением насилия, опасного для жизни, а также при неожиданном посягательстве, в условиях которого лицо объективно не мог-

¹ Дядюн К.В. Право на необходимую оборону: проблемы реализации // *Universum: Экономика и юриспруденция*. 2014. № 5 (6) // [Электронный ресурс]: URL: <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/1281> (дата обращения: 04.06.2014)

ло оценить характер и степень опасности нападения; необходимая оборона при непосредственной угрозе применения насилия; необходимая оборона при посягательстве, не сопряженном с насилием, опасным для жизни, или с непосредственной угрозой его применения. В доктрине уголовного права на этой основе разработаны критерии, характеризующие правомерность причинения вреда при необходимой обороне. К ним относятся условия правомерности, относящиеся к общественно-опасному деянию (общественная опасность посягательства, сопряженная с насилием, опасным для жизни, наличие и действительность угрозы посягательства), и условия правомерности, относящиеся к защите права (объект — охраняемые правом интересы, причинение вреда только посягающему, соразмерность наступивших последствий предотвращенному вреду)². Выводя на их основе порядок защиты личных неимущественных прав, выделим следующие стадии, которые присутствуют при правомерной обороне: выявление опасности для жизни посягательства, сопряженного с насилием; анализ степени опасности посягательства для жизни и выбор конкретных мер воздействия и средств защиты, соразмерных ей; осуществление действий, связанных с причинением вреда и применение средств защиты.

Вместе с тем в юридической литературе нередко указывается на низкую эффективность данного правового института³. Ряд ранее являвшихся спорными вопросов был решен в принятом в 2012 г. Постановлении Пленума Верховного Суда России № 19⁴. Однако его конструкция и отсутствие механизмов надлежащей оценки психологической стороны ситуации не позволяют человеку должным образом использовать данное законом право на самозащиту, а в некоторых случаях исключить преступность деяния, когда основания для этого имелись⁵.

Вторым способом личной формы защиты (самозащиты), предоставляемым нормами отраслей публичного (административного и уголовного) права, является причинение вреда при защите личных неимущественных прав в условиях крайней необходимости. Данный институт также имеет недостатки. В частности, не ясен вопрос о судьбе лица, которое собственными умышленными действиями (бездействием) создало ситуацию крайней необходимости⁶. К условиям правомерности данного способа защиты принято относить: обстоятельства, характеризующие опасность (наличие опасности для личности и ее прав, реальность и действительность опасности, наличность), и обстоятельства, характеризующие действия по ее устранению (невозможность устранения опасности другим путем, без причинения вреда, причинение менее значительного вреда)⁷. В порядок

² Арчибасова Л.А. Необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление: что нового? // Законодательство и практика. 2012. № 2. С. 56.

³ Линкевич А.Е., Поезжалов В.В. Некоторые проблемные аспекты, связанные с разъяснениями положений Пленума Верховного Суда Российской Федерации о необходимой обороне. // Вестник ВЭГУ. 2013. № 4 (66). С. 22–26.

⁴ О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.09.2012 № 19 // Российская газета. 2012. № 227.

⁵ Дядюн К.В. Указ. соч.

⁶ См.: Алешина Е.А. Некоторые проблемы применения уголовного законодательства, обеспечивающего права лиц на действия в состоянии крайней необходимости // Актуальные проблемы российского права. 2007. № 2. С. 319; Савинов А.В. Опасность как условие правомерности причинения вреда при крайней необходимости // Научный вестник Омской академии МВД России. 2011. № 3 (42). С. 18–21.

⁷ Хачатуров Р.Л. Крайняя необходимость в праве // Вектор науки ТГУ. 2010. № 1(11). С. 153.

применения данного способа защиты можно включить следующие этапы: выявление опасности для личности и ее прав; определение возможных мер по предотвращению вреда; оценка степени вреда, который может быть причинен в случае непринятия мер, и вреда, который будет нанесен при принятии соответствующих мер; выбор действия (действий) и средств защиты, с помощью которых будет причинен наименьший или менее значительный вред, чем предотвращенный, с точки зрения лица, находящегося в состоянии крайней необходимости; осуществление действий, связанных с причинением вреда и применение средств защиты.

К общественным (коллективным) способам защиты, предусмотренным нормами отраслей публичного права (конституционного и административного), могут быть отнесены, в частности, митинги, шествия, демонстрации, пикетирования. Порядки осуществления данных способов защиты личных неимущественных прав регламентируются Федеральным законом «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»⁸. Обоснованно рассматриваемые в первую очередь как политические гарантии⁹, закрепленные на конституционном уровне, указанные способы защиты применяются при нарушении личных неимущественных прав граждан органами государственной и муниципальной власти. Средствами защиты при этом являются плакаты, транспаранты и иные средства наглядной агитации.

Особенности юрисдикционной формы защиты, регламентируемой нормами публичного права, нашли свое выражение в нормах КоАП, Уголовно-процессуального кодекса (далее — УПК РФ), Гражданского процессуального кодекса, Уголовно-исполнительного кодекса и т.д. При этом административному и судебному порядку осуществления защиты личных неимущественных прав прямо свойственен только один способ защиты — признание лица правонарушителем (преступником) и присуждение к исполнению обязанности, которая может быть связана с различными мерами государственного принуждения (лишение свободы, уплата штрафа, перемещение лица в психиатрический стационар и т.д.). В качестве особых способов защиты также могут рассматриваться признание лица невиновным, отказ в возбуждении уголовного дела, отказ в принятии искового заявления, а также иные акты, принятие которых препятствует незаконному привлечению лица к юридической ответственности

Приступим к изучению гарантий публично-правовой защиты, предоставляемых отдельным нематериальным благам в российском праве.

Первое место среди нематериальных благ занимает такое благо, как жизнь. Хотя данная ценность знакома каждому человеку, ее научное определение до сих пор вызывает дискуссии. Согласно современным представлениям жизнь есть специфическая форма организации материи, которая связана с обменом веществ¹⁰. Жизнь как нематериальное благо может быть объектом только обязательственных (деликтных) правоотношений. Содержание правоотношения, связанного с жизнью, включает субъективное право каждого лица и обязанность всех остальных субъектов уважать и не нарушать это право. В соответствии с законодательством России право на жизнь, как и другие

⁸ О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях: Федеральный закон от 19.06.2004 № 54-ФЗ // Российская газета. 2004. № 131.

⁹ Пунтус С.А. Право на участие в публичных мероприятиях: место в системе конституционных прав и основы правового регулирования // Основные тенденции развития Российского законодательства. 2011. № 6. С. 16.

¹⁰ Толстой В.С. Личные неимущественные правоотношения. М.: Издво Академии повышения квалификации и профессиональной переподготовки работников образования, 2009 // СПС КонсультантПлюс.

естественные личные неимущественные права, возникает с рождения и прекращается в момент смерти.

В совокупности момент рождения и момент смерти определяют границы не только физиологического существования, но и правовой жизни каждого человека как самостоятельного и полноправного субъекта права¹¹. Исходя из сложившейся практики Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) можно сделать вывод, что право на жизнь обладает естественно-правовой природой, что не исключает публично-правового характера его защиты. Указанная точка зрения поддерживается Конституционным судом России. Общий смысл позиции, сформулированной ЕСПЧ, можно определить так: недопустимо не только произвольное лишение жизни, но и принятие соответствующих мер к сохранению жизни тех, кто находится под властью государства¹².

Общественные отношения по поводу жизни как основного нематериального блага человека являются объектами специальных составов преступления, предусмотренных УК РФ (ст. 105–110), учитывающих разнообразные признаки объективной и субъективной сторон посягательства, особенности субъекта, совершившего правонарушение, и личности носителя нематериального блага. Сопряженное с другими составами последствие в виде причинения смерти по неосторожности всегда является обстоятельством, отягчающим ответственность (ч. 4 ст. 111, ч. 3 ст. 123, ч. 2 ст. 124 и т.д.). Так, в КоАП всего лишь один состав деликта, последствием которого может быть смерть человека — нарушение требований пожарной безопасности (ч. 6.1 ст. 20.4).

Помимо уголовной ответственности своеобразными публично-правовыми гарантиями защиты жизни выступают обязанности государства по применению принудительных мер медицинского характера, если субъект, совершивший общественно опасное деяние — невменяемое лицо, и воспитательного воздействия, если физическое лицо не достигло возраста уголовной ответственности.

Право на жизнь неотделимо от права на здоровье. С учетом этой неразрывной связи в юридической литературе предлагается закрепить в Конституции России наряду с правом на жизнь также право на здоровье как личное неотчуждаемое право с его такими характерными правомочиями, как право на неприкосновенность здоровья, право на распоряжение своим здоровьем, право на предотвращение вреда здоровью и право на его компенсацию, если вред был причинен¹³. Вместе с тем в российском законодательстве и юридической литературе принято выделять здоровье в качестве самостоятельного неимущественного блага, хотя и тесно связанного с жизнью.

Известные определения здоровья отличаются существенным многообразием. В соответствии с Уставом Всемирной организации здравоохранения, здоровье — это состояние полного физического, душевного и социального благополучия¹⁴. Решение вопроса о том, как человеку относиться к проблемам, связанным с его здоровьем, некоторыми авторами в юридической литературе рассматривается как своеобразное распоряжение

¹¹ Паничкин В.Б. Смерть как основание прекращения правоспособности : сравнительный анализ права России и США // Гражданское право. 2009. № 4. С. 14.

¹² Кожевина Е.В. Нематериальные блага как объекты гражданских прав : дискуссионные вопросы теории и судебного толкования // Цивилист. 2010. № 4. С. 62.

¹³ Рабец А.М. Конституционные предпосылки права человека на компенсацию вреда, причиненного жизни и здоровью, и его место в системе основных прав и свобод человека в Российской Федерации // Гражданское право. 2009. № 3. С. 4.

¹⁴ Толстая Е.В. К определению понятия личного неимущественного права на здоровье // Российская юстиция. 2009. № 11. С. 29.

здоровьем. Отметим, что эти вопросы обстоятельно регламентированы Основами законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 года № 5487-1 (далее — Основы)¹⁵. Гражданину принадлежит право на отказ от медицинского вмешательства или требование о его прекращении (ст. 33 Основ).

В то же время необходимо учитывать, что в ряде актов Конституционного Суда России право на здоровье также трактуется как публичное, в частности, при причинении вреда здоровью граждан, которые оказались в зоне влияния радиационного излучения и других неблагоприятных факторов, возникших вследствие Чернобыльской катастрофы¹⁶. Отношение человека к своему здоровью — это не всегда исключительно его дело. В ряде случаев оно тесно связано с общественными интересами. Данное обстоятельство отражено в ст. 34 Основ: оказание медицинской помощи без согласия граждан или их законных представителей допускается в отношении лиц, страдающих заболеваниями, представляющими опасность для окружающих, лиц, страдающих тяжелыми психическими расстройствами, и лиц, совершивших общественно опасные деяния.

Правовой защите здоровья также уделяется значительное внимание в нормах УК РФ и КоАП. Помимо закрепления составов преступлений и иных правонарушений, направленных непосредственно против здоровья личности (к примеру, ст. 111–117 УК РФ, глава 6 КоАП), и регламентации ответственности за их совершение в уголовном праве особое внимание уделяется контролю за соблюдением требований, выполнение которых обеспечивает здоровье населения и соответствующий уровень общественной ответственности (в частности, ст. 238 УК РФ, глава 6 КоАП). А.В. Суханов отмечает, что перед государством стоит насущная проблема минимизировать количество некачественного, зачастую небезопасного товара и, соответственно, вред от его употребления¹⁷. В связи с этим все большее значение при защите жизни и здоровья приобретает деятельность государства по соблюдению международных и государственных стандартов, стандартов отраслей и стандартов предприятий, касающихся как сферы питания, так и иных сфер обслуживания.

Одно из свойств психического состояния человека — достоинство. Большинство исследователей понимают это нематериальное благо как самооценку собственных качеств личности и ее способностей¹⁸. Достоинство — это ценность всякого человека как нравственной личности, связанное с признанием за ней равных и неотъемлемых прав. Из этого понятия вытекает личное, профессиональное, национальное достоинство¹⁹.

Важным фактором формирования достоинства человека является отношение других к нему, в частности, оценки, которые он получает со стороны окружения. Общественные оценки составляют честь человека. Суть противопоставления чести и достоинства состоит в различии внешнего критерия стандартов нравственного поведения и внутреннего критерия, ориентированного на идеал морального и в целом социального

¹⁵ Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан от 22.07.1993 № 5487-1 (ред. 28.09.2010) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

¹⁶ Кожевина Е.В. Указ. соч. С. 62.

¹⁷ Суханов А.В. Сфера действия статьи 238 УК РФ в области защиты здоровья, жизни и прав потребителей // Исторические, философские, политические и юридические науки, культурология и искусствоведение. Вопросы теории и практики. 2008. №1(1). С. 70.

¹⁸ Объекты гражданских прав. Постатейный комментарий к главам 6, 7 и 8 Гражданского Кодекса Российской Федерации / В.В. Андропов и др. // СПС КонсультантПлюс.

¹⁹ Марченко М.Н. Теория государства и права. М., 2004. С. 36.

совершенствования личности²⁰. Достоинство — плод внутренней мыслительной деятельности человека. Его уровень зависит от оценок окружения лишь в незначительной степени. Субъективное право на достоинство состоит в том, что человек имеет исключительную возможность формировать понятие о себе. Эта возможность индивида включает в себя и разрешение другим субъектам участвовать в таком процессе, выражать свои оценки либо совершать иные действия, в которых отражается их оценка.²¹ Честь — оценка, которую человек получает в процессе общения и совместной деятельности с другими субъектами права. Данное нематериальное благо отражает моральную ценность личности с ее общественным положением, родом деятельности и признаваемыми за ней моральными заслугами²². Она зависит прежде всего от действий, совершаемых человеком. Честь и достоинство гражданина — высшая гуманитарная ценность, неотъемлемая составная часть правового статуса гражданина, важнейшая характеристика его нравственного облика²³. Кроме того, общественная оценка деловых качеств лица образует самостоятельное нематериальное благо — деловую репутацию. Деловая репутация, в отличие от чести и достоинства, признается нематериальным благом не только физических, но и юридических лиц. Тесная взаимосвязь чести, достоинства и деловой репутации как нематериальных благ обуславливает возможность совместного рассмотрения предоставляемой им нормами публичного права защиты. Посягательство на любое из указанных нематериальных благ фактически означает посягательство на два остальных.

В УК РФ имеется комплекс норм, направленных на защиту чести, достоинства и деловой репутации. К примеру, в ст. 7 устанавливается, что наказание и иные меры уголовно-правового характера не могут иметь своей целью унижение человеческого достоинства. Подобное негативное последствие может наступать только в связи с решением указанных в ст. 2 УК РФ задач уголовного законодательства. Помимо составов преступления, которые направлены непосредственно на защиту отношений по поводу чести, достоинства и деловой репутации (отметим определенную условность такой классификации преступлений), также закреплены нормы, которые косвенно запрещают деяния, посягающие на них, поскольку «всякое преступление вытекает из неуважения — осознанного или неосознанного, к человеческой личности или недостаточного уважения человеческого достоинства»²⁴. В частности, доведение до самоубийства (ст. 110 УК РФ) признается преступным в случае жестокого обращения или систематического унижения человеческого достоинства. В ч. 4 ст. 303 УК РФ предусмотрена более строгая ответственность за фальсификацию доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности, совершенную в целях причинения вреда чести, достоинству и деловой репутации. Схожим образом действуют нормы, закрепляющие иные составы преступлений, содержащиеся в Особой части УК РФ.

К преступлениям, непосредственно направленным против чести и достоинства личности, относятся клевета (ст. 128.1), возбуждение ненависти и вражды, а равно униже-

²⁰ Дворянкина Т.С. Уважение чести и достоинства личности как нравственная основа судебного разбирательства: монография. М., 2007. С. 34.

²¹ Толстой В.С. Указ. соч.

²² Дворянкина Т.С. Указ. соч. С. 34.

²³ Ворошилова А.В. Защита чести, достоинства и деловой репутации физических и юридических лиц в условиях современности // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2010. № 2. С. 182.

²⁴ Панько К.К. Защита чести и достоинства личности в уголовном праве // Вестник ВГУ. 2007. № 2. С. 298.

ние человеческого достоинства (ст. 282), нарушение уставных правил взаимоотношений между военнослужащими при отсутствии между ними отношений подчиненности (ст. 335), клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава (ст. 298.1), неуважение к суду (ст. 297), оскорбление представителя власти (ст. 319), оскорбление военнослужащего (ст. 336).

При комплексном анализе указанных статей можно сделать вывод, что особый публичный интерес в российском государстве представляет защита чести, достоинства и деловой репутации должностных лиц, находящихся на государственной гражданской, правоохранительной и военной службе²⁵, поскольку такие деяния выделены в самостоятельные составы преступления. С защитой чести, достоинства и деловой репутации лиц, находящихся на государственной или муниципальной службе, из выделенных семи составов преступления связано пять. При этом на примере ст. 128.1 и 298.1 УК РФ следует, что предусмотренные в них максимальные меры уголовной ответственности при наличии квалифицирующих оснований принципиально не отличаются друг от друга ни в характере наказаний, ни в их размере, однако минимальные размеры весьма отличны друг от друга. Подход законодателя несовершенен, поскольку позволяет сделать предварительный вывод, что с точки зрения государства честь, достоинство и деловая репутация должностных лиц как нематериальные блага представляют большую ценность, чем аналогичные блага других лиц.

Единые по признакам субъекта и объективной стороны преступления, данные деяния отличны друг от друга только по субъективной стороне и объекту преступления, а значит именно последние элементы определяют особую общественную опасность подобного деяния и причины выделения отдельного состава преступления. По мнению Н.Б. Гулиевой, основным объектом преступления, предусмотренного ст. 298.1 УК РФ, являются общественные отношения по поводу интересов правосудия, а дополнительным — честь и достоинство человека²⁶. В целом с такой точкой зрения можно согласиться, несколько ее уточнив. На наш взгляд, объектом преступления выступают общественные отношения, возникающие по поводу чести, достоинства и деловой репутации должностных лиц, защита которых (отношений) связана с публичными интересами, а именно, интересами правосудия. Такой подход обусловлен тем, что непосредственный вред при данных деяниях все-таки наносится нематериальным благам должностных лиц, но в связи с осуществлением ими правосудия.

По нашему мнению, законодатель не хотел отступать от принципа равенства всех граждан перед законом и судом и признавать особую ценность чести, достоинства и деловой репутации отдельных категорий лиц (хотя основания для таких выводов имеются), а потому причины выделения данного состава скрываются в другом отличном от клеветы элементе. В отличие от ст. 128.1, статья 298.1 УК РФ связывает преступность клеветы в отношении должностных лиц с мотивом, по которому было совершено правонарушение. Причины распространения сведений, порочащих честь и достоинство другого лица или подрывающих его репутацию, согласно ст. 298.1 УК РФ должны иметь четкую привязку к рассмотрению дела, производству предварительного расследования, либо исполнению приговора, решения суда или иного судебного акта.

²⁵ См.: Щербович В.А. Правовые основы защиты чести и достоинства личности военнослужащих // Вестник Адыгейского государственного университета. 2005. № 3. С. 124.

²⁶ Гулиева Н.Б. Уголовно-правовая защита чести и достоинства представителя власти // Вестник КемГУ. 2013. № 4(56). С. 270.

В этом контексте сделаем вывод, что законодатель, подчеркивая важность осуществляемых видов деятельности и недопустимость препятствованию им, посчитал необходимым выделить отдельный состав преступления, посягающий на честь, достоинство и деловую репутацию лиц, ее осуществляющих и в связи с этим нуждающихся в дополнительных юридических гарантиях.

Однако, если при анализе положений ст. 128.1 и 298.1 УК РФ возможны различные выводы о причинах особой защиты личных нематериальных благ, принадлежащих отдельным категориям лиц, изучение причин декриминализации оскорбления (ст. 129) и положений, квалифицированных составов данного деяния (ст. 297, 319, 336), позволяют обоснованно говорить о признаваемой государством особой ценности чести, достоинства и деловой репутации должностных лиц. Защищаемые от оскорбления мерами административной ответственности честь и достоинство физических лиц, не являющихся представителями публичной власти (ст. 5.61 КоАП), на сегодняшний день имеют меньшую ценность с точки зрения государства, чем честь и достоинство лиц, находящихся на государственной службе. Посягательства на блага представителей власти несут более высокую степень общественной опасности. Оскорбление как состав преступления существовало на протяжении всей истории российского государства²⁷.

К основным аргументам сторонников произошедшей декриминализации оскорбления можно отнести: возможность использования уголовной ответственности как способа давления на средства массовой информации²⁸ или в иных целях, связанных со злоупотреблением правом (к примеру, в целях мести); несоизмеримость наступивших последствий в результате совершения преступления и результата привлечения лица к уголовной ответственности (в частности, «навешивание ярлыка «преступник»», судимость и последующее ограничение в правах); процессуальная экономия²⁹; высокая степень эффективности способов гражданско-правовой защиты³⁰. В юридической науке данные аргументы встретили не менее обоснованные и вполне предсказуемые возражения³¹, к которым нам бы хотелось не только присоединиться, но и дополнить их.

Несостоятельность указания на возможность использования уголовной ответственности как способа давления на средства массовой информации или в иных целях, связанных с злоупотреблением правом, обусловлена целым рядом причин. Во-первых, аналогичным образом может быть использован данный аргумент и в отношении уголовной ответственности по другим составам преступлений, которая может служить политическим инструментом, а также в отношении гражданско-правовой ответственности, что, следуя данной логике, свидетельствует о необходимости декриминализации абсолютно всех составов преступлений и иных правонарушений. Во-вторых, отсутствие эффективной уголовно-правовой защиты фактически стимулирует «коммерческие» средства массовой информации и их учредителей избегать имущественных потерь путем увели-

²⁷ См.: Назаренков И.В. Защита чести и достоинства личности в отечественном уголовном законодательстве и появление оскорбления как самостоятельного вида преступления // Вестник ОГУ. 2012. № 3 (139). С. 134–138.

²⁸ Клевета за наличные // Российская газета. 2009. 21 июля.

²⁹ Выступление Председателя Верховного суда Российской Федерации Лебедева В.М. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.ssrif.ru/858/detail/> (дата обращения: 05.06.2015)

³⁰ Руева Е.О. Проблемы декриминализации клеветы и оскорбления в российском уголовном праве // Известия высших учебных заведений. Уральский регион. 2011. № 3. С. 6.

³¹ См.: Королева М.М. Вопрос об уголовно-правовой защите чести и достоинства в законодательстве Российской Федерации // Пробелы в российском законодательстве. 2010. № 3. С. 168–170.

чения стоимости размещения материала в зависимости от его содержания и публиковать, руководствуясь выгодой, любую информацию, не будучи уверенным в ее достоверности.

Таким образом, если размер вознаграждения за публикацию статьи, содержащей заведомо ложные сведения, порочащие или унижающие честь и достоинство, будет превышать размер компенсации морального вреда, то выбор между правомерным и неправомерным вариантом поведения для средства массовой информации и его учредителей будет очевидным. В свою очередь, наличие мер уголовно-правовой защиты чести и достоинства является одной из гарантий максимально объективного освещения какого-либо события. В-третьих, обозначенная возможность использования угрозы уголовной ответственности за оскорбление и клевету с целью мести, несмотря на наличие возможного негативного аспекта — злоупотребления данным правом, является превентивной публичной мерой правовой защиты чести и достоинства и в целом соответствует задачам, поставленным уголовным законодательством, в частности, восстановлению социальной справедливости.

Несоразмерность наступивших последствий в результате совершения преступления и результата привлечения лица к уголовной ответственности в определенных ситуациях, безусловно, является очевидной. Однако государству необходимо учитывать также и последствия декриминализации деяния, которые имеют ярко выраженный негативный характер, существенно превышающий по результатам навешивание ярлыка «преступник», наличие судимости и последующее ограничение в правах. Даже в совокупности с возможной процессуальной экономией и более высокой степенью эффективности способов гражданско-правовой защиты (которая вызывает сомнения, поскольку они направлены на восстановление положения, существовавшего до нарушения или возмещение вреда, в то время, как превентивная функция правовой защиты зачастую может быть не реализована), указанная несоразмерность не может быть определяющим фактором.

Фактическим обоснованием приведенных аргументов, могут служить материалы гражданского дела по исковому заявлению А. к ООО «ИнформПолис» Д. о защите чести, достоинства и деловой репутации с требованиями опровержения порочащих сведений и компенсации морального вреда³². В рамках данного дела судом было признано, что в отношении А. были распространены ложные, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию сведения, требования истца были удовлетворены частично (размер компенсации морального вреда был снижен со 100 000 до 30 000 руб.). Интересны пояснения ответчиков в рамках дела.

В своем выступлении представитель ответчика помимо всего прочего пояснил, что газета является коммерческой организацией, целью деятельности которой является извлечение прибыли. На вопрос истца, были ли им представлены доказательства достоверности сведений, содержащихся в статье, представитель «ИнформПолис» дал отрицательный ответ. Также он не оспаривал, что в газете были размещены указанные сведения, оплаченные из средств избирательного фонда кандидата в депутаты Улан-Удэнского городского Совета депутатов пятого созыва Д. Ссылаясь на положения Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», представитель «ИнформПолис» указал, что кандидат воспользовался предоставленным ему правом и разместил на платной основе указанный материал в газете и на сайте, учредителем которых является «Ин-

³² Дело № 2-6932/2014. Архив Советского районного суда Улан-Удэ (Республика Бурятия).

формПолис», предоставив суду документы об оплате денежных средств ООО из средств избирательного фонда кандидата Д. на сумму, в два раза превышающую размер присужденной истцу компенсации морального вреда.

Представитель Д., в свою очередь, исковых требований также не признал и суду пояснил, что данная статья не была заказана Д. ни лично, ни через представителей. Также данная статья не была утверждена и согласована с Д.

Суд пришел к выводу, что надлежащим ответчиком по делу является «ИнформПолис», пояснив, что суду не предъявлено доказательств того, что Д. или его представителем была заказана, представлена в редакцию или согласована указанная статья.

В результате рассмотрения дела была выявлена парадоксальная ситуация: оплаченная статья из избирательного фонда Д., автора которой невозможно было установить, содержащая ложные, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию А. сведения, не подтвержденные Д., была опубликована в газете «ИнформПолис» в первом после оплаты выпуске.

Таким образом, несмотря на то, что в юридической литературе получила распространение точка зрения о необходимости декриминализации клеветы и обоснованности исключения преступности оскорбления, на наш взгляд, данная позиция не учитывает изложенных выше обстоятельств. Кроме того, сложившаяся в уголовном законодательстве ситуация относительно клеветы оправдана, поскольку возможность выбора между средствами гражданско-правовой либо уголовно-правовой защиты позволяет учитывать степень общественной опасности, причинения вреда и возможных общественно-опасных последствий данного противоправного деяния, которая может варьироваться в зависимости от обстоятельств и психики конкретного лица. Оскорбление как состав преступления необходимо восстановить. Уголовно-правовая защита чести, достоинства и деловой репутации является обязательным условием беспрепятственного осуществления личных неимущественных прав.

Помимо этого важным обеспечением публично-правовой защиты достоинства являются гарантии прав подозреваемых, обвиняемых, подсудимых, свидетелей, связанные в первую очередь с недопустимостью применения пыток (как в форме физического, так и психического воздействия) и насилия. Это связано с тем, что применение мер государственного принуждения подразумевает значительное ограничение прав и свобод человека, и, как следствие, умаление достоинства личности. Как отмечает А.В. Новиков, данная проблема является общей для уголовного и административного права³³. К мерам по восстановлению чести, достоинства и репутации гражданина можно отнести официальное извинение соответствующего должностного лица (в частности, прокурора)³⁴. Эта обязанность закреплена в ст. 136 УПК РФ, в соответствии с которой прокурор от имени государства приносит официальное извинение реабилитированному лицу за причиненный ему вред³⁵.

Немаловажной гарантией является возможность родственников потерпевшего требовать производства по делу в уголовно-процессуальном порядке. Так, в Постановлении от 14 июля 2011 г. № 16-П Конституционный Суд РФ признал не соответствующими

³³ Новиков А.В. Обеспечение защиты достоинства личности законодательством об административных правонарушениях // Вестник Воронежского государственного университета. 2012. № 2. С. 252.

³⁴ См.: Власова О.В. Принцип уважения достоинства личности в деятельности публичной власти // Вестник ПАГС. 2009. № 1. С. 28–35.

³⁵ Власова О.В. Достоинство личности и нравственно-гуманистические аспекты проблемы наказания в праве // Вестник Югорского государственного университета. 2009. № 4. С. 62.

Конституции России взаимосвязанные положения п. 4 ч. 1 ст. 24 и п. 1 ст. 254 УПК РФ, закрепляющие в качестве основания прекращения уголовного дела смерть подозреваемого (обвиняемого), за исключением случаев, когда производство по уголовному делу необходимо для реабилитации умершего, в той мере, в какой эти положения в системе действующего правового регулирования позволяют прекратить уголовное дело в связи со смертью подозреваемого (обвиняемого) без согласия его близких родственников³⁶. При этом в административном праве данная проблема не разрешена.

Личная и семейная тайна занимают важное место среди иных нематериальных благ, однако, поскольку установление фактических обстоятельств дела является обязательным условием предварительного расследования, тайна нередко становится предметом разглашения. В связи с этим в УК РФ за подобные действия предусматривается уголовная ответственность (ст. 137, 155 и т.д.). Однако говорить о том, что данное благо полностью процессуально защищено, преждевременно. Как отмечает А.С. Дежнев, «в содержании Уголовно-процессуального кодекса РФ можно заметить лишь некоторые весьма скудные упоминания о необходимости сохранения тайны частной жизни вообще и семейной тайны в частности»³⁷. К примеру, отсутствует четкая регламентация процедуры производства следственных действий, направленных на сохранение личной и семейной тайны (ч. 3 ст. 161 УПК РФ), не раскрыт характер мер, принимаемых для сохранения тайны и т.д. Все это свидетельствует о необходимости создания схожих с правовой защитой достоинства личности гарантий защиты личной и семейной тайны.

Аналогичным образом осуществляется в уголовном и административном праве защита иных личных нематериальных благ и авторства (ст. 146 УК РФ, ч. 2 ст. 7.12 КоАП), свобода совести и вероисповедания (ст. 148 УК РФ, ст. 5.26 КоАП).

Следует отметить несогласованность норм гражданского и уголовного права. Прямо выделяемые в рамках уголовного закона (глава 18 УК РФ) в качестве объектов правовой защиты половая свобода и половая неприкосновенность, которые также, по своей сути, являются личными нематериальными благами, пока не нашли даже формального закрепления на уровне гражданского законодательства. Вместе с тем подробный теоретический анализ, проведенный в рамках науки уголовного права, позволяет говорить о высокой степени значимости нормального существования данных объектов не только для отдельного человека, но и государства в целом. При этом в науке уголовного права имеются проблемы в понимании категории «половая свобода и половая неприкосновенность»³⁸, в целом, однако, не препятствующие закреплению половой свободы и половой неприкосновенности в ст. 150 Гражданского кодекса РФ в качестве нематериальных благ.

Резюмируя проведенное исследование правовой защиты личных нематериальных благ, предоставляемой нормами отраслей публичного права, сделаем следующие выводы.

³⁶ Постановление Конституционного Суда России от 14.07.2011 № 16-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 4 части первой статьи 24 и пункта 1 статьи 254 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан С.И. Александрина и Ю.Ф. Ващенко» // СЗ РФ. 2011. № 30 (2). Ст. 4698.

³⁷ Дежнев А.С. Семейная тайна как объект уголовно-процессуальной защиты // Российский юридический журнал. 2009. № 2. С. 156.

³⁸ См.: Пантюхина И.В. Понятие преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности // Юридическая наука. 2011. № 1. С. 53; Буранов Г.К., Горшенев А.А. Новеллы в квалификации преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.gramota.net/materials/3/2015/6-1/7.html> (дата обращения: 05.06.2015); Нуркаева Т.Н. Проблемы уголовно-правовой охраны половой свободы и половой неприкосновенности личности в свете изменений закона и судебной практики // Вестник ВЭГУ. 2013. № 4 (66). С. 55–59.

Во-первых, правовая защита личных нематериальных благ, предоставляемая нормами публичного права, носит многоаспектный характер, который обусловлен наличием минимум трех элементов, решающих собственные задачи: признание нематериальных благ в качестве неотчуждаемых ценностей человека и закрепление личных неимущественных прав на законодательном уровне; установление гарантий защиты личных неимущественных прав от нарушений или угроз нарушения со стороны органов государственной и муниципальной власти; установление гарантий защиты личных неимущественных прав от нарушений со стороны иных субъектов.

Во-вторых, признание нематериального блага в качестве объекта правовой защиты в отраслях публичного права придает им характер публичных ценностей, посягательство на которые нарушает права и интересы не только отдельных лиц, но общества и государства в целом. Уголовно-правовая охрана в рамках публично-правовой защиты личных нематериальных благ выступает наиболее важной гарантией, обеспечивающей нормальное существование личных неимущественных отношений, которая во многом свидетельствует не только о признаваемой государством высокой индивидуальной ценности объекта, но и об огромной публичной значимости для всего общества и государства в целом. В этом контексте декриминализация деяния, объектом посягательства которого выступают нематериальные блага, в первую очередь, должна определяться эффективностью реализации превентивной функции при использовании способов защиты личных неимущественных прав иными отраслями права.

В-третьих, в механизм защиты личных неимущественных прав, предоставляемой отраслями публичного права, входят разнообразные формы, порядки, способы, средства, а также иные гарантии правовой защиты. Отраслям публичного права присущи как юрисдикционная (административная и судебная защита), так неюрисдикционная формы защиты личных неимущественных прав. К способам неюрисдикционной формы защиты, выделяемой отраслями публичного права, относятся необходимая оборона, крайняя необходимость, митинги, шествия, демонстрации, пикетирование. Вместе с тем юрисдикционная форма защита является явно преобладающей. Публично-правовая защита личных нематериальных благ не ограничивается закреплением конкретных составов правонарушений и декларированием прав человека. Законодательством предусмотрены гарантии, направленные на беспрепятственное осуществление отдельных личных неимущественных прав и их защиту на всех этапах расследования как уголовных, так и административных дел. При этом можно отметить наличие теоретических и практических проблем, возникающих при защите отдельных личных нематериальных благ.

В-четвертых, общая для правовой защиты нематериальных благ цель — обеспечение нормального существования личных неимущественных отношений — конкретизируется в рамках уголовного и административного права и сводится к установлению правовой защиты в отношении личных нематериальных благ, посягательство на которые представляют большую общественную опасность для государства, и, соответственно, имеющих особую публичную ценность для его функционирования. Кроме этого, превентивный аспект правовой защиты личных нематериальных благ в публичном праве выходит на первое место и выражается, в том числе через закрепление мер карательного характера, направленных на восстановление социальной справедливости и применяемых зачастую в тех ситуациях, когда субъекты прямо не изъявляли своей воли на такие действия. В свою очередь, компенсационная направленность правовой защиты личных нематериальных благ четко не прослеживается в нормах публичного права (кроме как установление возможности требовать защиты в гражданско-правовом порядке) и

связана с моральным удовлетворением, полученным в результате привлечения лица к уголовной или административной ответственности не только потерпевшим, но и его близкими, а также иным неопределенным кругом лиц, которым стало известно о совершении общественно-опасного деяния. Пресечение правонарушения являются целью публично-правовой и частноправовой защиты.

В-пятых, анализ положений ст. 128.1 и 298.1 УК РФ, изучение причин декриминализации оскорбления (ст. 129) и оставленных в уголовном законе положений квалифицированных составов данного деяния (ст. 297, 319, 336) позволяют обоснованно говорить о признаваемой государством особой ценности чести, достоинства и деловой репутации должностных лиц. Такие выводы, в целом соответствующие определенным этапам развития правовой защиты указанных нематериальных благ, на наш взгляд, недопустимы в современном законодательстве и требуют внесения изменений.

В-шестых, необходимо внести в ст. 150 Гражданского кодекса РФ изменения, касающиеся закрепления половой свободы и половой неприкосновенности в качестве самостоятельных нематериальных благ.



Библиография

- Арчибасова Л.А. Необходимая оборона и причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление: что нового? // Законодательство и практика. 2012. № 2. С. 56–58.
- Ворошилова А.В. Защита чести, достоинства и деловой репутации физических и юридических лиц в условиях современности // Актуальные проблемы гуманитарных и естественных наук. 2010. № 2. С. 182–184.
- Гулиева Н.Б. Уголовно-правовая защита чести и достоинства представителя власти // Вестник КемГУ. 2013. № 4(56). С. 270–273.
- Дворянкина Т.С. Уважение чести и достоинства личности как нравственная основа судебного разбирательства: Монография. М.: Спутник, 2007. 117 с.
- Кожевина Е.В. Нематериальные блага как объекты гражданских прав: дискуссионные вопросы теории и судебное толкование // Цивилист. 2010. № 4. С. 59–63.
- Королева М.М. Вопрос об уголовно-правовой защите чести и достоинства в законодательстве Российской Федерации // Пробелы в российском законодательстве. 2010. № 3. С. 168–170.
- Линкевич А.Е., Поезжалов В.Б. Некоторые проблемные аспекты, связанные с разъяснениями положений Пленума Верховного суда Российской Федерации о необходимой обороне // Вестник ВЭГУ. 2013. № 4 (66). С. 22–26.
- Назаренков И.В. Защита чести и достоинства личности в отечественном уголовном законодательстве и появление оскорбления как самостоятельного вида преступления // Вестник ОГУ. 2012. № 3 (139). С. 134–138.
- Новиков А.В. Обеспечение защиты достоинства личности законодательством об административных правонарушениях // Вестник Воронежского государственного университета. 2012. № 2. С. 249–263.
- Нуркаева Т.Н. Проблемы уголовно-правовой охраны половой свободы и половой неприкосновенности личности в свете изменений закона и судебной практики // Вестник ВЭГУ. 2013. № 4 (66). С. 55–59.
- Пантюхина И.В. Понятие преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности // Юридическая наука. 2011. № 1. С. 52–54.
- Пунтус С.А. Право на участие в публичных мероприятиях: место в системе конституционных прав и основы правового регулирования // Основные тенденции развития российского законодательства. 2011. № 6. С. 16–20.
- Руева Е.О. Проблемы декриминализации клеветы и оскорбления в российском уголовном праве // Известия высших учебных заведений. Уральский регион. 2011. № 3. С. 4–8.

Савинов А.В. Опасность как условие правомерности причинения вреда при крайней необходимости // Научный вестник Омской академии МВД России. 2011. № 3 (42). С. 18–21.

Хачатуров Р.Л. Крайняя необходимость в праве // Вектор науки ТГУ. 2010. № 1(11). С. 152–156.

Some Features of the Public Protection of Personal Intangible Benefits



Andrey V. Amagrov

Deputy Dean, Law Faculty, Senior Lecturer, Department of Theory and History of Law and State, Buryat State University. Address: 6 Sukhe-Bator Str., Ulan-Ude, 670000, Russian Federation. E-mail: ten-gery90@mail.ru



E.B.-M. Tserempilova

Assistant, Postgraduate Student, Department of Constitutional and Administrative Law, Law Faculty, Buryat State University. Address: 6 Sukhe Bator Str., Ulan-Ude, 670000, Russian Federation. E-mail: e.tsyrepilova@yandex.ru



Abstract

The article analyses legal protection of personal intangible benefits provided by the constitutional, criminal, criminal procedure and administrative law. Public protection, according to the author, possesses some special features such as purpose, forms, methods, order and guarantees of protection of the personal intangible rights. It is noted that the protection mechanism of personal intangible rights consists of jurisdictional and non-jurisdictional forms of protection, and of personal (self-defense), collective (social), administrative and judicial protection forms. In the article, the author specifies that justifiable defense and infliction of harm in the conditions of emergency can be considered as public methods of self-defense. Some substantial defects of these institutes interfere their effective application. According to the author, mass-meetings, processions, demonstrations, picketing can be referred to collective (social) methods of the public protection of personal intangible benefits. A special attention in the article is paid to studying the guarantees of the public protection provided to some personal intangible benefits in case of application of a jurisdictional form of protection. As a result of research, the author comes, in particular, to the following conclusions. First, the legal protection of the personal intangible benefits provided by norms of the public law has multidimensional character. Secondly, recognition of the intangible benefits as objects of legal protection in public law gives them nature of public values encroachment on which violates the rights and interests not only individuals, but the states and societies in general. Thirdly, the compensation orientation of legal protection of the personal intangible benefits isn't traced accurately in the public law and is connected with the moral satisfaction. The satisfaction of the victims, his relatives and other uncertain circle of people who knew about the socially dangerous act is a result of involvement of the guilty person to the criminal or administrative responsibility. Fourthly, the analysis of the norms of the public law allows stating that the state recognizes the special value of honor, dignity and business reputation of the officials.



Keywords

juridical protection, legal protection, personal benefit, intangible benefit, non-property relations, public law.

Citation: Amagrov A.V., Tsyrepilova E.B.-M. (2016) Some Features of the Public Protection of Personal Intangible Benefits. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 13–29 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.13.29



References

Archibasova L.A. (2012) Neobkhodimaya oborona i prichinenie vreda pri zaderzhanii litsa, sovershivshego prestuplenie: chto novogo? [Justifiable Protection and Infliction of Harm] *Zakonodatel'stvo i praktika*, no 2, pp. 56–58.

- Dvoryankina T.S. (2007) *Uvazhenie chesti i dostoinstva lichnosti kak npravstvennaya osnova sudebno-go razbiratel'stva*: Monografiya [Respecting Honour and Dignity as a Moral Base for Court Proceeding. Monograph]. Moscow: Sputnik, 117 p. (in Russian)
- Gulieva N.B. (2013) Ugolovno-pravovaya zashchita chesti i dostoinstva predstavatelya vlasti [Criminal Law Protection as to Honour and Dignity for Public Authority]. *Vestnik KemGU*, no 4(56), pp. 270–273.
- Khachaturov R.L. (2010) Kraynyaya neobkhodimost' v prave [Extreme Necessity in Law]. *Vektor nauki TGU*, no 1(11), pp. 152–156.
- Koroleva M.M. (2010) Vopros ob ugolovno-pravovoy zashchite chesti i dostoinstva v zakonodatel'stve Rossiyskoy Federatsii [Criminal Law Protection of Honour and Dignity in Russian Federation]. *Probely v rossiyskom zakonodatel'stve*, no 3, pp. 168–170.
- Kozhevina E.V. (2010) Nematerial'nye blaga kak ob'ekty grazhdanskikh prav: diskussionnye voprosy teorii i sudebnogo tolkovaniya [Intangible Benefits and Civil Rights]. *Tsivilist*, no 4, pp. 59–63.
- Linkevich A.E., Poezhalov V.B. (2013) Nekotorye problemnye aspekty, svyazannye s raz'yasneniyami polozheniy Plenuma Verkhovnogo suda Rossiyskoy Federatsii o neobkhodimoy oborone [Commentaries to the Provisions of the RF Supreme Court on Justifiable Defence]. *Vestnik VEGU*, no 4 (66), pp. 22–26.
- Nazarenkov I.V. (2012) Zashchita chesti i dostoinstva lichnosti v otechestvennom ugolovnom zakonodatel'stve i poyavlenie oskorbleniya kak samostoyatel'nogo vida prestupleniya [Protecting Honour and dignity in Russian Criminal Law]. *Vestnik OGU*, no 3 (139), pp. 134–138.
- Novikov A.V. (2012) Obespechenie zashchity dostoinstva lichnosti zakonodatel'stvom ob administrativnykh pravonarusheniyyakh [Protecting Honour by Administrative Legislation]. *Vestnik Voronezhskogo gosudarstvennogo universiteta*, no 2, pp. 249–263.
- Nurkaeva T.N. (2013) Problemy ugolovno-pravovoy okhrany polovoy svobody i polovoy neprikosnovennosti lichnosti v svete izmeneniy zakona i sudebnoy praktiki [Criminal Law Protection of Sexual Freedom and Sexual Immunity]. *Vestnik VEGU*, no 4 (66), pp. 55–59.
- Pantyukhina I.V. (2011) Ponyatie prestupleniy protiv polovoy svobody i polovoy neprikosnovennosti [Crimes against Sexual Freedom and Sexual Immunity]. *Yuridicheskaya nauka*, no 1, pp. 52–54.
- Puntus S.A. (2011) Pravo na uchastie v publichnykh meropriyatiyakh: mesto v sisteme konstitutsionnykh prav i osnovy pravovogo regulirovaniya [Right to Participating in Public Events]. *Osnovnye tendentsii razvitiya rossiyskogo zakonodatel'stva*, no 6, pp. 16–20.
- Rueva E.O. (2011) Problemy dekriminalizatsii klevety i oskorbleniya v rossiyskom ugolovnom prave [Decriminalizing Slander in Russian Criminal Law]. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedeniy. Ural'skiy region*, no 3, pp. 4–8.
- Savinov A.V. (2011) Opasnost' kak uslovie pravomernosti prichineniya vreda pri krayney neobkhodimosti [Jeopardy as a Condition of Inflicting Harm]. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*, no 3 (42), pp. 18–21.
- Voroshilova A.V. (2010) Zashchita chesti, dostoinstva i delovoy reputatsii fizicheskikh i yuridicheskikh lits v usloviyakh sovremennosti [Protection of Honour and Business reputation in Modern Conditions]. *Aktual'nye problemy gumanitarnykh i estestvennykh nauk*, no 2, pp. 182–184.

О наследовании по праву представления¹



Н.В. Ростовцева

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



Аннотация

В статье исследуется институт наследования по праву представления. Основные принципы наследования по праву представления, закрепленные в действующем гражданском законодательстве, соответствуют положениям, которые были установлены в Своде законов Российской Империи. Наследование по праву представления следует отличать от сходных институтов (наследственной трансмиссии и подназначения наследника). Основное отличие от наследственной трансмиссии состоит в том, что представляемый наследник умирает *до* смерти наследодателя или *одновременно* с ним; от подназначения — в том, что замена наследника происходит не по воле завещателя, а в соответствии с правилами, установленными законом. С 1 сентября 2016 г. действует новый порядок наследования после граждан, умерших в один и тот же день. Наследование по праву представления возможно лишь в случае, когда момент смерти граждан, ушедших из жизни в один и тот же календарный день, установить не удалось. Наследования по праву представления не происходит, если представляемый наследник лишен наследства или признан недостойным на основании с п. 1 ст. 1117 ГК РФ. Данные положения нельзя признать справедливыми по отношению к наследникам по праву представления. Необходимо внести изменения в действующее законодательство, исключив подобные ограничения. Принцип поколенного правопреемства ставит наследников по праву представления в неравное положение, так как при призвании разного количества наследников по праву представления одинаковой степени родства, но происходящих от разных предков, нарушается принцип равенства долей представляющих наследников. Из формулировки ст. 1152 ГК РФ следует, что наследник, призываемый к наследованию по праву представления и одновременно являющийся нетрудоспособным иждивенцем наследодателя, вправе по своему выбору принять наследство как наследник по праву представления; принять наследство как нетрудоспособный иждивенец; принять наследство одновременно и как наследник по праву представления, и как нетрудоспособный иждивенец.



Ключевые слова

наследование по закону, наследование по праву представления, коммориенты, наследственная трансмиссия, подназначение наследника, нетрудоспособные иждивенцы.

Библиографическое описание: Ростовцева Н.В. О наследовании по праву представления // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 30–49.

JEL: K19; УДК: 347.6

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.30.49

Одним из важных институтов наследственного права является институт наследования по праву представления, известный еще римскому праву. Римляне говорили: «Справедливо, чтобы внуки вступали в преемство вместо отца своего» («Aequum enim

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

esse videtur, nepotes nepesque in patris sui locum succedere»²). Речь идет о праве нисходящих потомков на ту часть наследства, которая досталась бы восходящему родственнику, умершему ранее наследодателя. Право представления предусмотрено на случай, когда нарушается естественный порядок смертей: сын умирает раньше своего отца, хотя обычной является ситуация, когда отец умирает ранее ребенка. Тогда на место сына вступает его потомство — его дети, т.е. внуки наследодателя. Таким образом, механизм наследования по праву представления призван исправить неестественную ситуацию в последовательности наступления смертей и позволяет нисходящим родственникам заступать на место своего родителя, который был бы призван к наследованию, если бы был жив к моменту открытия наследства.

Термин «наследование по праву представления» носит условный характер, поскольку никаких отношений представительства между наследником, умершим до открытия наследства, и его нисходящими наследниками не возникает. Наследники по праву представления призываются к наследованию в силу принадлежащего им права, т.е. они выступают прямыми законными наследниками наследодателя. Как отмечал один из классиков российской цивилистики Д.И. Мейер, «право представления не есть право наследования, принадлежащее будто бы умершему восходящему. Оно не основывается на вымысле, будто сначала наследует представляемое лицо, а потом уже — лица, представляющие его»³. Другой известный ученый В.И. Серебровский считал, что «правильнее было бы назвать наследование внуков и правнуков... поколенным преемством»⁴. Современный цивилист А.Л. Маковский полагает, что «точнее было бы говорить о замещении скончавшегося наследника по закону его прямыми потомками»⁵. Разделяя позицию ученых о несоответствии понятия «наследование по праву представления» его содержанию, мы тем не менее в настоящей статье будем оперировать этим термином, поскольку он устоялся в доктрине и применяется в гражданском законодательстве России. Наследников по праву представления условно будем также называть представляющими наследниками, а лиц, на место которых они заступают, — представляемыми наследниками.

Исследование института наследования по праву представления целесообразно начать с исторических предпосылок его развития. В связи с этим первая часть настоящей статьи посвящена эволюции развития института, начиная со Свода законов Российской Империи и заканчивая современным периодом. Во второй части проанализировано отличие наследования по праву представления от сходных институтов наследственного права (наследственной трансмиссии и подназначения наследника). В третьей части рассмотрен особый вопрос, возникающий нередко в практике, — о наследовании по праву представления после коммориентов, здесь же освещаются недавние изменения в гражданское законодательство Российской Федерации, которые вступили в силу с 1 сентября 2016 г. В четвертой части анализируются случаи ограничения наследования по праву представления, в пятой рассмотрен вопрос о размере доли представляющих наследников, а также о ее соотношении с долей, причитающейся наследнику по праву представ-

² Башмаков А.А. Право представления и поколенное преемство // Наследственное право. 2010. № 1. С. 30–35 // СПС КонсультантПлюс.

³ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). М., 1997. С. 432.

⁴ Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М., 2003. С. 105–106.

⁵ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Г.Е. Авиллов, М.М. Богуславский, А.Ф. Ефимов и др.; под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 161 (автор комментария к ст.1146 ГК РФ — Маковский А.Л.).

ления, если он является одновременно нетрудоспособным иждивенцем наследодателя. В заключительной части статьи сформулированы основные выводы.

История развития института права представления

Институт наследования по праву представления в России получил четкое закрепление в дореволюционном Своде законов Российской Империи⁶. Нормы о наследовании по праву представления содержались в части первой тома X Свода законов Российской Империи, которая называлась Сводом законов гражданских (далее — Свод). Общие правила о наследовании по закону, установленные в Своде, ведут начало с Уложения 1649 г. Однако в Уложении не содержалось правил наследования по праву представления. Как отмечал С.В. Пахман, «в самом Уложении об этом предмете нет прямого указания, но можно думать, что право представления в нем признается, в новоуказных же статьях оно то признается, то отрицается, так что дела решались то на основании одних из этих статей, то на основании других, и, следовательно, решения однородных случаев были прямо противоположны одно другому»⁷. В связи с этим закрепление правил о наследовании по праву представления в Своде имело большое историческое значение.

В ст. 1123 Свода⁸ устанавливалось: «Если при открытии наследства лицо ближайшее или равное другим по степени родства не находится уже в живых, то место его занимают и в степень его вступают его дети, а за смертью оных, внуки и другие их нисходящие, по порядку степеней. Сие называется правом представления».

Право представления применялось при наследовании по закону. Наследниками по закону являлись родственники наследодателя. Близость родства определялась *линиями* и *степенями* (ст. 1114 Свода). Связь одного лица с другим посредством рождения образовывала степень, а связь степеней, непрерывно продолжающихся, составляла линию (ст. 1115). Степень, от которой происходили две или более линии, называлась в отношении к ним коленом, а указанные линии в отношении к своему колену поколениями (ст. 1116). Различали линии: нисходящие, восходящие и боковые (ст. 1117 Свода).

Порядок наследования по закону определялся по линиям. Ближайшее право наследования имела нисходящая линия. При отсутствии родственников нисходящей линии наследовали родственники боковой линии или в определенных случаях родители и другие родственники восходящей линии (ст. 1121 Свода). В каждой линии ближайшая степень исключала дальнейшую. Например, сын при отце не мог наследовать после деда (ст. 1122).

Ближайшими нисходящими родственниками наследодателя являлись законные дети. Они наследовали в равных частях поголовно. Внуки и правнуки наследовали по праву представления поколенно (ст. 1128 Свода). При отсутствии нисходящих родственников к наследованию призывались родственники боковой линии (ст. 1134). Ближайшая боковая линия исключала последующую. Равные степени боковых родственников делили наследство поголовно, а в степень умерших вступало их потомство и наследовало по праву представления поколенно (ст. 1136). Ближайшими боковыми родственниками являлись братья и сестры, а также их нисходящие. В случае отсутствия братьев и сестер и их нисходящих к наследованию призывались дяди и тети и их нисходящие и так далее

⁶ Свод законов Российской Империи являлся официальным собранием законодательных актов Российской Империи. Он действовал с 1835 по 1918 гг.

⁷ Пахман С.В. История кодификации гражданского права / под ред. В.А. Томсинова. М., 2004. С. 592.

⁸ Свод законов Российской Империи. Электронный ресурс // <http://civil.consultant.ru/code>

(ст. 1137 Свода). Таким образом, право представления действовало для родственников нисходящей и боковой линий.

Основные принципы призвания к наследованию по праву представления, заложенные в Своде, сводились к следующим общим положениям.

1. Право представления возникало лишь при условии, что представляемого лица не было в живых в момент смерти наследодателя (ст. 1123).

2. Восходящие родственники не имели права представления (ст. 1124).

3. По праву представления наследство делилось не по числу лиц, а по числу колен, т.е. нисходящие родственники от умершего наследника получали вместе ту самую часть, которую получил бы он сам, если бы в живых находился при открытии наследства (ст. 1125).

4. Право представления применялось только при наследовании по закону. В случае смерти наследника по завещанию ранее завещателя завещанное имущество к нисходящим родственникам не переходило.

Нормы о наследовании по праву представления, закрепленные в Своде, действовали до 1918 г. Вскоре после революции 1917 г. был принят декрет Всероссийского центрального исполнительного комитета (ВЦИК) от 27 апреля 1918 г. «Об отмене наследования»⁹. Наследование как по закону, так и по завещанию было отменено. После смерти гражданина имущество становилось государственным достоянием Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (РСФСР). Вместе с тем нуждающиеся (т.е. не имеющие прожиточного минимума) нетрудоспособные родственники по прямой нисходящей и восходящей линиям, полнородные и неполнородные братья и сестры и супруг умершего имели право на содержание из имущества наследодателя.

Декретом ВЦИК от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР»¹⁰ право наследования было восстановлено. Указанным Декретом гражданам предоставлялось право наследования по завещанию и по закону супругом и прямыми нисходящими потомками в пределах общей стоимости наследства 10 тыс. золотых рублей.

С 1 января 1923 г. вступил в силу Гражданский кодекс РСФСР от 11.11.1922 г. (далее — ГК РСФСР 1922 г.)¹¹. По его ст. 416 допускалось наследование по закону и по завещанию в пределах общей стоимости наследственного имущества не свыше 10 тыс. золотых рублей, за вычетом всех долгов умершего. Согласно ст. 418 ГК РСФСР 1922 г. круг лиц, призываемых к наследованию по закону и по завещанию «ограничивался прямыми нисходящими (детьми, внуками и правнуками) и пережившим супругом умершего, а также нетрудоспособными и неимущими лицами, фактически находившимися на полном иждивении умершего не менее одного года до его смерти». В соответствии со ст. 420 ГК РСФСР 1922 г. наследственное имущество делилось поголовно на равные доли между всеми указанными наследниками. Например, если после смерти наследодателя остались сын, внук, правнук, супруг и нетрудоспособный иждивенец, то каждый из указанных лиц мог рассчитывать на 1/5 часть наследства. Наследование по праву представления предусмотрено не было.

Право представления появилось в связи с изданием Указа Президиума Верховного Совета СССР от 14 марта 1945 г. «О наследниках по закону и по завещанию»¹². В Указе в

⁹ Собрание узаконений. 1918. № 34. Ст. 456.

¹⁰ Свод узаконений РСФСР. 1922. № 36. Ст. 423.

¹¹ Там же. 1922. № 71. Ст. 904.

¹² Ведомости ВС СССР. 1945. № 15. Ст. 2.

числе наследников по закону были названы «дети (в том числе усыновленные), супруг и нетрудоспособные родители умершего, а также другие нетрудоспособные, состоявшие на иждивении умершего не менее одного года до его смерти». Понятие «право представления» не употреблялось. Однако устанавливалось следующее положение: «Если кто-либо из детей наследодателя умрет до открытия наследства, его наследственная доля переходит к его детям (внукам наследодателя), а в случае смерти последних — к их детям (правнукам наследодателя)». При отсутствии указанных наследников или неприятия ими наследства наследниками по закону являлись трудоспособные родители, а при их отсутствии — братья и сестры умершего. Таким образом, устанавливались три очереди наследников по закону. Однако право представления действовало лишь в отношении внуков и правнуков и, в отличие от дореволюционного законодательства, не применялось по отношению к наследникам боковой линии.

Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 08.12.1961 г.¹³, которые вступили в силу с 1 мая 1962 г., внесли некоторые изменения в состав наследников по закону. В соответствии со ст. 118 Основ к наследникам первой очереди были отнесены дети (в том числе усыновленные), супруг и родители (усыновители) умершего. Нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении умершего не менее одного года до его смерти, при наличии других наследников наследовали наравне с наследниками той очереди, которая призывалась к наследованию. В отличие от прежнего правового режима родители получили возможность наследовать в первую очередь вне зависимости от трудоспособности. Внуки и правнуки наследодателя являлись наследниками по закону, если ко времени открытия наследства не было в живых того из их родителей, который был бы наследником, они наследовали поровну в той доле, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю. Таким образом, круг наследников по праву представления остался неизменным по сравнению с прежним законодательством.

1 октября 1964 г. вступил в силу Гражданский кодекс РСФСР от 11.06.1964 г. (далее — ГК РСФСР)¹⁴. Он установил две очереди наследников по закону. В соответствии со ст. 532 ГК РСФСР наследниками первой очереди являлись дети (в том числе усыновленные), супруг и родители (усыновители) умершего, а также ребенок умершего, родившийся после его смерти. Во вторую очередь наследовали братья и сестры умершего, его дед и бабушка как со стороны отца, так и со стороны матери. К числу наследников по закону относились также нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении умершего не менее одного года до его смерти. При наличии других наследников они наследовали наравне с наследниками той очереди, которая призывалась к наследованию. Правило о наследовании внуками и правнуками наследодателя, установленное Основами гражданского законодательства, сохранилось и в ГК РСФСР: внуки и правнуки наследовали «поровну в той доле, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю».

В 1991 г., накануне распада Советского Союза, Верховный Совет СССР утвердил Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (далее — Основы 1991 г.)¹⁵. Согласно ст. 154 Основ 1991 г. наследниками первой очереди являлись «в равных долях

¹³ Закон СССР от 8 декабря 1961 г. «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» (вместе с Основами законодательства) // Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

¹⁴ Гражданский кодекс РСФСР // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407.

¹⁵ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик (утв. Верховным Советом СССР 31.05.1991 № 2211-1) // Ведомости Совета народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

дети (в том числе усыновленные), супруг и родители (усыновители) умершего». Основы 1991 г. в отличие от Основ 1961 г. и ГК РСФСР не упоминали в числе наследников по закону внуков и правнуков. Однако Основы 1991 г. закрепляли следующее положение: «Законодательными актами республик могут быть установлены другие лица, входящие в круг наследников первой очереди, а также последующие очереди наследников по закону». На территории России Основы 1991 г. применялись с 3 августа 1992 г.¹⁶

Федеральным законом от 14.05.2001 № 51-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в статью 532 Гражданского кодекса РСФСР»¹⁷ статья 532 ГК, устанавливающая две очереди наследников по закону, была дополнена третьей и четвертой очередями. Так, наследниками третьей очереди были названы братья и сестры родителей умершего (дяди и тети наследодателя), наследниками четвертой очереди — прадеды и прабабки умершего как со стороны деда, так и со стороны бабки. Кроме того, по сравнению с прежней редакцией ГК РСФСР круг наследников по праву представления был расширен: кроме внуков и правнуков к ним были отнесены также дети братьев и сестер наследодателя (племянники и племянницы наследодателя), дети братьев и сестер родителей наследодателя (двоюродные братья и сестры наследодателя), которые получили возможность наследовать по закону, «если ко времени открытия наследства нет в живых того из их родителей, который был бы наследником, они наследуют поровну в той доле, которая причиталась бы при наследовании по закону их умершему родителю». Понятие «право представления» в новой редакции ГК РСФСР не употреблялось, но в юридической литературе этот термин использовался.

С 1 марта 2002 г. вступила в действие часть третья Гражданского кодекса Российской Федерации¹⁸ (далее — ГК РФ), которая внесла существенные изменения в регулирование наследственных отношений. Одно из важнейших изменений — увеличение количества очередей наследников по закону. Четыре очереди наследников были дополнены еще четырьмя очередями. Таким образом, количество очередей наследников по закону возросло до восьми. На уровне закона был восстановлен термин «наследование по праву представления», который фигурировал в дореволюционном Своде законов гражданских.

Наследование по праву представления предусмотрено для первых трех очередей наследников по закону. В соответствии со ст. 1142 ГК РФ «наследниками первой очереди по закону являются дети, супруг и родители наследодателя... Внуки наследодателя и их потомки наследуют по праву представления». Согласно ст. 1143 ГК РФ, «если нет наследников первой очереди, наследниками второй очереди по закону являются полнородные и неполнородные братья и сестры наследодателя, его дедушка и бабушка как со стороны отца, так и со стороны матери... Дети полнородных и неполнородных братьев и сестер наследодателя (племянники и племянницы наследодателя) наследуют по праву представления». Согласно ст. 1144 ГК РФ, «если нет наследников первой и второй очереди, наследниками третьей очереди по закону являются полнородные и неполнородные братья и сестры родителей наследодателя (дяди и тети наследодателя)... Двоюродные братья и сестры наследодателя наследуют по праву представления».

Наследники по праву представления не случайно указаны в рамках конкретной очереди наследников. Представим следующую ситуацию: после смерти наследодателя остались внук и сестра. Если бы внук не значился в числе наследников первой очереди, то

¹⁶ Постановление ВС РФ от 03.03.1993 № 4604-1 «О некоторых вопросах применения законодательства Союза ССР на территории Российской Федерации» // Российская газета. 1993. № 57.

¹⁷ Российская газета. 2001. № 93.

¹⁸ Российская газета. 2001. № 233.

наследство перешло бы к сестре (наследнику второй очереди). Таким образом, отнесение наследников по праву представления к определенной очереди имеет практическое значение.

Обратим внимание, что в рамках первой очереди наследников по праву представления могут наследовать не только внуки, но и их потомки, т.е. правнуки, праправнуки и т.д. Между тем потомки племянников и племянниц и потомки двоюродных братьев и сестер не названы в числе наследников по праву представления соответственно второй и третьей очередей. Следует согласиться с теми авторами, которые не допускают расширительное толкование норм о наследовании по закону и, следовательно, исключают возможность наследования по праву представления потомками племянников и племянниц и потомками двоюродных братьев и сестер¹⁹. Кроме того, законодатель отнес детей племянников и племянниц к наследникам по закону пятой очереди, а детей двоюродных братьев и сестер — к наследникам шестой очереди (п. 2 ст. 1145 ГК РФ).

Из формулировки п. 2 ст. 1142 ГК РФ («внуки наследодателя и их потомки наследуют по праву представления») не ясно: если к моменту смерти наследодателя останутся и внук, и правнук, будет ли наследовать только внук или к наследованию призываются одновременно внук и правнук? Представляется, что при наличии внука его потомки (правнуки и праправнуки) призываются к наследованию не будут, так как механизм наследования по праву представления действует лишь в случае смерти восходящих родственников ранее или одновременно с наследодателем. Таким образом, правнук сможет наследовать по праву представления лишь тогда, когда сын и внук скончаются ранее наследодателя или одновременно с ним. С другой стороны, правнук не сможет наследовать по праву представления после прадеда, если к моменту открытия наследства умер внук (отец правнука), однако сын наследодателя (дед правнука) жив.

Из п. 1 ст. 1116 ГК РФ следует, что к наследованию могут призываться не только граждане, находящиеся в живых в день открытия наследства, но также зачатые при жизни наследодателя и родившиеся живыми после открытия наследства. Данное общее правило распространяется и на наследников по праву представления. Если, например, при жизни наследодателя был зачат ребенок (внук наследодателя), который родился живым после смерти отца и деда (наследодателя), то внук будет призван к наследованию по праву представления.

Отличие права представления от сходных институтов наследственного права

Наследование по праву представления следует отличать от сходных институтов наследственного права, в частности, от наследственной трансмиссии и подназначения наследника.

Наследственная трансмиссия в соответствии со ст. 1156 ГК РФ означает переход права на принятие наследства. Речь идет о ситуации, когда наследник, призванный к наследованию по завещанию или по закону, умер *после* открытия наследства, не успев его принять в установленный срок. Тогда право на принятие причитавшегося ему наследства переходит к его наследникам по закону, а если все наследственное имущество было завещано — к его наследникам по завещанию. Как отмечал М. Катков, «достаточ-

¹⁹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т.3 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.Б. Байгушева (и др.) / под ред. А.П. Сергеева. М., 2016. С. 672 (автор главы 68 — Никифоров И.В.).

но наследнику пережить на мгновение наследодателя, чтоб имущество наследодателя сделалось имуществом наследника, а наследники последнего (который мог умереть, не зная, что сделался сам наследником) приобретают то и другое исключительно в качестве наследников его»²⁰.

В доктрине наследник, не успевший осуществить право на принятие наследства, называется трансмитентом, а наследник (наследники), к которому (которым) переходит право на принятие наследства, — трансмиссаром (трансмиссарами).

В качестве трансмиссаров могут выступать не только дети трансмитента (т.е. внуки наследодателя), а любые наследники. Ими могут быть и совершенно посторонние лица (например, наследники трансмитента по завещанию). Между тем право представления действует в отношении определенного законом круга лиц, входящих исключительно в число наследников по закону (внуки и их потомки, племянники и племянницы, двоюродные братья и сестры). Кроме того, право представления, в отличие от трансмиссии, принадлежит только *нисходящим* родственникам того лица, кто должен был наследовать по закону. При этом к наследующим по праву представления нисходящим, заступающим на место своего восходящего родственника, не переходит от последнего никакого права, поскольку он уже выбыл из наследования, наследники по праву представления являются прямыми, т.е. непосредственными наследниками наследодателя.

Право представления необходимо отличать и от подназначения наследника (субституции). В соответствии с п. 2 ст. 1121 ГК РФ подназначение наследника осуществляется завещателем на случай, если назначенный им в завещании наследник или наследник завещателя по закону умрет до открытия наследства, либо одновременно с завещателем, либо после открытия наследства, не успев его принять, либо не примет наследство по другим причинам или откажется от него, либо не будет иметь право наследовать или будет отстранен от наследования как недостойный. Таким образом, подназначенный наследник является запасным наследником в случае выбытия основного наследника.

Схожесть двух институтов заключается в том, что предполагается замена одного наследника на другого. Однако при наследовании по праву представления замена происходит в силу закона, а в случае подназначения — по воле завещателя. Не случайно в юридической литературе высказано мнение о том, что «внуки и правнуки в силу закона подназначены своим родителям как наследники по закону»²¹.

Различия между подназначением и правом представления состоят в следующем. Завещатель может выбрать любое лицо в качестве запасного наследника. Между тем, наследником по праву представления может быть только лицо, указанное в законе. При этом юридическим фактом, приводящим к наследованию по праву представления, является смерть восходящего родственника ранее открытия наследства или одновременно с наследодателем. При подназначении наследника юридических фактов, влекущих призвание к наследованию запасного наследника, гораздо больше.

Наследование по праву представления после коммориентов

В отличие от ГК РСФСР в современном российском законодательстве наследование по праву представления возможно не только в случае, когда наследник умер ранее на-

²⁰ Катков М. Преемство в праве наследования по римскому и современному праву. М., 1904. С. 11.

²¹ Черепяхин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М, 2001. Электронный ресурс // http://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_43.html

следодателя, но и тогда, когда наследник умер одновременно с наследодателем. В доктрине граждане, являющиеся наследниками друг после друга и умершие одновременно, называются коммориентами²². Ситуации, когда наступает одновременная смерть граждан, к сожалению, не являются редким явлением в настоящее время (гибель в автоаварии, в результате авиакатастрофы и т.д.).

В соответствии с п. 2 ст. 1114 ГК РФ в первоначальной редакции (т.е. действовавшей с момента вступления в действие части третьей ГК РФ) граждане считались умершими одновременно, если их смерть наступила в один и тот же день, т.е. час и минуты наступления кончины значения не имели. Коммориенты не наследовали друг после друга. К наследованию призывались наследники каждого из них. Практика исходила из того, что одновременной считалась смерть, наступившая в одну и ту же календарную дату. При этом календарная дата исчислялась по местному времени²³. Например, если было установлено, что муж умер в 00.05, а жена — в 23.55 того же дня, считалось, что оба супруга умерли одновременно и, следовательно, жена не наследовала часть имущества мужа. С другой стороны, если муж умер в 23.55, а жена — через 10 минут, т.е. в следующий календарный день, то предполагалось, что жена, как умершая позднее, унаследовала часть имущества мужа. Если у супругов был разный круг наследников (например, дети от первого брака), то в описанной ситуации дети супруги в случае призвания их наследованию могли бы претендовать на часть имущества, принадлежавшего мужу матери (отчиму ее детей).

Общее правило о наследовании после коммориентов, заключавшееся в том, что наследство открывалось после каждого из коммориентов в отдельности, имело определенную специфику: несмотря на то, что коммориент не мог наследовать после другого коммориента, наследники по праву представления, тем не менее, вправе были наследовать после наследодателя-коммориента. Поясним сказанное на примере. Предположим, что в качестве коммориентов выступали отец (наследодатель) и сын (наследник по закону первой очереди): отец умер в 00.15, а сын — в 23.30, т.е. в один календарный день. После смерти обоих остались дети сына (внуки наследодателя). По общему правилу, установленному в п. 2 ст. 1114 ГК РФ, наследство должно было открыться после отца и сына в отдельности. Но в силу ст. 1146 одновременная смерть наследодателя и наследника (его потомка) являлась основанием для наследования по праву представления. Таким образом, в нашем примере внуки наследодателя (дети сына) должны были призываться к наследованию по праву представления. Они делили долю, причитавшуюся их родителю, если бы он был жив.

Порядок наследования после граждан, умерших в один и тот же день, претерпел существенные изменения в связи с принятием Федерального закона от 30.03.2016 № 79-ФЗ²⁴ (далее — Закон), который вступил в силу с 1 сентября 2016 г. Указанным Законом внесены изменения в п. 2 ст. 1114 ГК РФ, который в действующей редакции сформулирован следующим образом: «Граждане, умершие в один и тот же день, считаются в целях наследственного правопреемства умершими одновременно и не наследуют друг после

²² Понятие коммориентов как лиц, умерших одновременно, раскрывается также в п. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. 2012. № 127.

²³ П. 16 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. 2012. № 127.

²⁴ Федеральный закон от 30.03.2016 № 79-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 14. Ст. 1909.

друга, если момент смерти каждого из таких граждан установить невозможно. При этом к наследованию призываются наследники каждого из них». Таким образом, наследование после граждан, умерших в рамках одного календарного дня, теперь дифференцируется в зависимости от того, установлен ли момент смерти таких граждан. В зависимости от этого порядок наследования будет различаться следующим образом.

Если момент смерти граждан удалось установить, то лицо, умершее позднее, будет наследовать после того, кто умер раньше, и к наследникам умершего позднее перейдет право на принятие наследства после ранее умершего гражданина (в порядке наследственной трансмиссии). Вернемся к ранее рассмотренному примеру. Если будет установлено, что отец (наследодатель) умер в 00.15, а сын (наследник) — в 23.30, то внук наследодателя (ребенок сына) по праву представления наследовать не сможет, так как смерть его отца наступила после смерти наследодателя (дедушки). Ситуация не изменится, если будет зафиксировано, что сын наследодателя хотя бы на минуту пережил своего отца.

Если момент смерти каждого из граждан установить не удалось, то такие граждане считаются умершими одновременно, и не будут наследовать друг после друга, т.е. в этом случае сохранится порядок наследования, который был предусмотрен ранее. Таким образом, если будет установлено, что отец и сын умерли в рамках одного календарного дня, но известна только дата смерти (момент смерти установить не удалось), то внук сможет наследовать по праву представления после своего дедушки в силу юридической фикции одновременной смерти наследодателя (дедушки) и наследника (отца).

Новый порядок наследования после лиц, ушедших из жизни в рамках одного календарного дня, по мнению разработчиков Закона (они опирались на ст. 66 Федерального закона от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»), позволит распределить наследство более справедливо в том случае, если будет зафиксирован момент смерти²⁵. Законом также уточнено время открытия наследства. Согласно п. 1 ст. 1114 ГК РФ временем открытия наследства является *момент* смерти гражданина, а не *день* его смерти, как было предусмотрено в прежней редакции ГК РФ. При объявлении гражданина умершим днем открытия наследства является день вступления в законную силу решения суда об объявлении гражданина умершим, а в случае, когда в соответствии с п. 3 ст. 45 ГК РФ днем смерти гражданина признан день его предполагаемой гибели, — день и момент смерти, указанные в решении суда.

Один из авторов принятого Закона, П.В. Крашенинников, полагает, что законодательные изменения устраняют возможные споры между наследниками и в большей степени позволят учесть волю наследодателя, выраженную в завещании: «Завещание, составленное умершим раньше коммориентом в пользу другого коммориента, теперь будет иметь правовое значение... Кроме того, увеличится доля наследников второго коммориента. Выиграют, например, общие дети супругов»²⁶. По мнению П.В. Крашенинникова, изменения также будут способствовать уменьшению количества выморочного имущества.

Вместе с тем указанные новеллы поддерживаются не всеми учеными. Так, в экспертном заключении Совета при Президенте России по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (далее — Заключение) на проект федерального закона № 895685-6 «О внесении изменений в части первую и третью Гражданского кодекса Рос-

²⁵ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в части первую и третью Гражданского кодекса Российской Федерации, а также Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» (текст по состоянию на 07.10.2015) // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ Крашенинников П.В. Наследственное право. М., 2016 // СПС КонсультантПлюс.

сийской Федерации, а также Федеральный закон «Об актах гражданского состояния»» была отмечена, в частности, ошибочность аргумента в пользу фиксации не дня, а момента смерти (что требует ст. 66 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»). Как указано в Заключении, «нормы, регулирующие порядок осуществления действий врачами и медицинским персоналом, имеют совершенно иные цели, нежели нормы, регулирующие наследование. То, что необходимо с точки зрения добросовестного оказания медицинских и сопутствующих услуг, не может являться образцом, использование которого с необходимостью улучшит регулирование в совершенно другой области отношений»²⁷. Авторы Заключения считают, что данные новеллы, во-первых, приведут к нарушению принципа равенства, поскольку «все лица, наследующие после коммориентов, будут разделены на две группы: одни будут наследовать по традиционным правилам, другие — по новым»²⁸, во-вторых, усилят борьбу наследников за наследство, что может повлечь рост числа злоупотреблений (подлог документов, сговор по поводу указания момента смерти и т.п.), в-третьих, не могут быть введены без веских аргументов (например, неспособности практики справиться с проблемой без внесения в закон изменений).

Не комментируя позицию экспертов, обратим внимание на то, что новые законодательные решения, определяющие правовые последствия смерти граждан в рамках одного и того же дня и установленные в п. 2 ст. 1114 ГК РФ, практически воспроизводят подход, устоявшийся в германском и французском законодательстве. В Германии имеет значение не только дата, но и час смерти. Когда невозможно установить, кто из двух умерших кого пережил, считается, что смерть наступила одновременно. При этом лица, умершие одновременно, не наследуют друг после друга²⁹. Ст. 725-1 Французского гражданского кодекса (в редакции Закона № 2001-1135 от 3 декабря 2001 г.) устанавливает: «Когда два лица, один из которых имел право наследовать другому, погибают в результате одного и того же события, последовательность наступления их смерти устанавливается любыми средствами. Если эту последовательность определить невозможно, наследование каждым из них происходит таким образом, что другой к наследству не призывается. Однако если у одного из умерших останутся наследники, они вправе представлять своего наследодателя в наследовании другому, если право представления допускается»³⁰. Таким образом, нормы действующего ГК РФ аналогичны положениям, закрепленным в законодательстве Германии и Франции. Насколько удачным будет учет германского и французского опыта в законодательстве Российской Федерации, покажет практика применения ст. 1114 ГК РФ.

Ограничения наследования по праву представления

ГК РФ устанавливает ряд положений, исключающих возможность наследования по праву представления. Эти ограничения связаны, во-первых с личностью самого на-

²⁷ Принято на заседании Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 08.02.2016 № 149-9/2016) // СПС КонсультантПлюс.

²⁸ Там же.

²⁹ Основы наследственного права России, Германии, Франции / Ю.Б. Гонгало, К.А. Михалев, Е.Ю. Петров и др.; под ред. Е.Ю. Петрова. 2015 (автор подпараграфа «Право Германии» в §1.5 — Е.П. Путинцева) // СПС КонсультантПлюс.

³⁰ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона). М., 2012 // СПС КонсультантПлюс.

следника, наследующего по праву представления, во-вторых, со статусом представляемого наследника, который влияет на права представляющих потомков. Первая группа ограничений применяется ко всем наследникам: если наследник лишен наследодателем наследства (п. 1 ст. 1119 ГК РФ) или является недостойным в результате совершения противоправных действий (ст. 1117), то он не наследует. Вторая категория ограничений установлена в пп. 2 и 3 ст. 1146 ГК РФ и обусловлена не личностью наследника, наследующего по праву представления, а статусом его восходящего (представляемого) родственника.

В соответствии с п. 2 ст. 1146 не наследуют по праву представления потомки наследника по закону, лишенного наследодателем наследства. Речь идет о ситуации, когда завещатель, реализовав принцип свободы завещания, совершил завещание, в котором лишил своего родственника наследства. Например, если завещатель лишил своего сына наследства, и сын умер ранее своего отца (наследодателя), внук наследовать по праву представления не сможет.

Наличие такого положения в российском законодательстве справедливо критикуется рядом российских ученых. Заслуживают внимания логические рассуждения О.Ю. Шиловоста, аргументирующего неприемлемость правила, установленного в п. 2 ст. 1146 ГК РФ: условие в завещании о лишении какого-либо наследника права на наследство вступает в силу после открытия наследства. Однако в момент смерти наследодателя представляемый наследник уже не находится в живых. Следовательно, условие завещания, предусматривающее устранение его от наследования, не может вступить в силу, поскольку к моменту открытия наследства представляемый наследник не являлся уже субъектом наследственных отношений³¹.

Закрепление в действующем законодательстве положений п. 2 ст. 1146 ГК РФ вызывает тревогу еще и потому, что наследниками по праву представления часто выступают несовершеннолетние. Насколько юридически обоснованным и справедливым можно считать данное правило по отношению к ним? Более гуманным был подход, заложенный в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 10.04.1957 № 2 «О судебной практике по делам о наследовании». В п. 17 данного Постановления содержалось следующее разъяснение: «Если лишенный завещанием права наследования сын (или дочь) завещателя умрет до открытия наследства, то их несовершеннолетние дети (внуки завещателя) получают наследство по праву представления, совершеннолетние же дети (внуки завещателя) получают наследство в этом случае лишь при условии, если все имущество не будет завещано другим наследникам»³². Это Постановление отменено Постановлением Пленума Верховного Суда СССР от 01.07.1966 № 6 «О судебной практике по делам о наследовании» и не подлежит применению.

Другим исключением, ограничивающим наследование по праву представления, является положение п. 3 ст. 1146 ГК РФ: не наследуют по праву представления потомки наследника, который не имел бы права наследовать в силу того, что являлся недостойным наследником на основании п. 1 ст. 1117.

Речь идет о гражданах, которые своими умышленными противоправными действиями, направленными против наследодателя, кого-либо из его наследников или против осуществления последней воли наследодателя, выраженной в завещании, способствовали либо пытались способствовать призванию их самих или других лиц к наследова-

³¹ Шиловост О.Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве. М., 2008. С. 128.

³² Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 10.04. 1957 № 2 «О судебной практике по делам о наследовании» // СПС КонсультантПлюс.

нию либо способствовали или пытались способствовать увеличению причитающейся им или другим лицам доли наследства, если эти обстоятельства подтверждены в судебном порядке (абз. 1 п. 1 ст. 1117 ГК РФ)³³. Такие граждане не наследуют ни по закону, ни по завещанию. При этом практика исходит из того, что умышленные противоправные действия являются основанием к утрате права наследования независимо от мотивов и целей совершения (на почве мести, ревности, из хулиганских побуждений и т.п.), а равно вне зависимости от наступления соответствующих последствий³⁴. Примером действий, направленных против осуществления последней воли наследодателя, выраженной в завещании, являются подделка завещания, его уничтожение или хищение, понуждение наследодателя к составлению или отмене завещания, понуждение наследников к отказу от наследства³⁵.

Следует отметить, что п. 3 ст. 1146 ГК РФ отсылает только к п. 1 ст. 1117. Между тем ст. 1117 содержит также п. 2, в котором приводится еще одна категория недостойных наследников. Речь идет о гражданах, злостно уклонявшихся от выполнения лежавших на них в силу закона обязанностей по содержанию наследодателя. Такие граждане могут быть по требованию заинтересованного лица в судебном порядке отстранены от наследования. Однако, учитывая то, что законодатель умолчал о п. 2 ст. 1117 ГК РФ, не представляется возможным сделать вывод, что отстранение от наследования таких наследников влияет на права их нисходящих детей, наследующих по праву представления. В юридической литературе обращается внимание на техническую погрешность законодателя, однако указывается, что однозначное решение вопроса возможно только путем внесения соответствующих изменений в ст. 1146 ГК РФ.³⁶

Итак, п. 3 ст. 1146 ГК РФ исходит из того, что недостойность наследника в соответствии с п. 1 ст. 1117 влияет не только на его правовое положение, но и отражается на потомках, которые лишаются наследования по праву представления. Обоснованность запрета наследования по праву представления гражданами, являющимися потомками недостойных наследников, вызывает большие сомнения. Как отмечают Б.Л. Хаскельберг и В.В. Ровный, правила п. 3 ст. 1146 ГК РФ «представляют собой не что иное, как применение санкции к лицу, которое правонарушения не совершало. Применение указанной в п. 1 ст. 1117 санкции к лицу, совершившему указанные в нем действия, вполне оправданно и справедливо, по отношению же к представляющему наследнику она никакую иную, кроме карательной, функцию выполнять не может». Далее авторы делают вывод, что «недостойность представляющих наследников и их отстранение от наследования следовало бы связывать только с их собственным противоправным поведением»³⁷.

³³ П. 1 ст. 1117 ГК РФ содержит еще одну категорию недостойных наследников: «Не наследуют по закону родители после детей, в отношении которых родители были в судебном порядке лишены родительских прав и не восстановлены в этих правах ко дню открытия наследства» (абз. 2 п. 1 ст. 1117 ГК РФ). Однако, как верно отмечается в юридической литературе, «лишение родительских прав не имеет отношения к наследованию по праву представления, поскольку родители наследодателя представляемыми наследниками быть не могут». См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 164.

³⁴ П. 19 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. 2012. № 127.

³⁵ Там же.

³⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Ч.3: учебно-практический комментарий / под ред. А.П. Сергеева. М., 2016. С. 116 (автор комментария к ст. 1146 ГК РФ — Т.А. Терещенко).

³⁷ Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Основания выморочности наследства // Наследственное право. 2011. № 4 // СПС КонсультантПлюс.

Оценивая содержание норм п. 2 и п. 3 ст. 1146, можно сделать вывод, что данные нормы не соответствуют сущности теории права представления. Как уже отмечалось, наследники по праву представления наделены своим правом наследования, они наследуют непосредственно после наследодателя. Самостоятельность прав представляющих наследников проявляется также в том, что они не несут ответственности по долгам представляемого наследника, к ним не переходит право представляемого на обязательную долю в наследстве, не переходят и другие права, которыми был бы наделен представляемый, если бы не умер ранее или одновременно с наследодателем и был призван к наследованию (например, преимущественное право на неделимую вещь, преимущественное право на предметы обычной домашней обстановки и обихода при разделе наследства и др.). Налицо непоследовательность в логике законодателя: права и обязанности представляемого к представляющему не переходят (правопреемства нет), однако недостойность представляемого, лишение его наследства распространяется на представляющих наследников и влечет для последних невозможность наследования.

Размер доли представляющих наследников

В п. 1 ст. 1146 ГК РФ установлено: доля наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, переходит по праву представления к его соответствующим потомкам в случаях, предусмотренных ГК РФ, и делится между ними поровну. Таким образом, в ГК РФ реализован принцип поколенного правопреемства. Такой принцип действовал как в дореволюционном, так и в советском законодательстве. Комментируя ст. 1127 Свода, известный российский цивилист В.И. Синайский отмечал: «При одинаковой степени близости родства всех внуков к наследодателю поколенный раздел представляется несправедливым»³⁸. В качестве иллюстрации неудачности заложенного в законодательстве того времени подхода ученый приводил следующий пример. Если к наследованию по праву представления призываются один внук от сына А и четыре внука от сына Б, то несмотря на одинаковую степень родства к наследодателю доли внуков будут разными: внук от сына А получит 1/2 наследства, а четыре внука от сына Б получают по 1/8 наследства.

В современной юридической литературе есть мнение о необходимости уравнивания в правах наследников по праву представления одинаковой степени родства. Так, О.Ю. Шилохвост считает, что «призываемые к наследованию по праву представления нисходящие, которые происходят от разных представляемых наследников, должны все вместе делить между собой поровну ту часть наследства, которая в совокупности приходилась бы на долю представляемых наследников, если бы последние оказались в живых при открытии наследства»³⁹. Данная позиция заслуживает поддержки.

В практике может возникнуть ситуация, когда наследник по праву представления не призывается к наследованию в силу того, что не принял наследство или безадресно отказался от него, или является недостойным наследником. Возникает вопрос: к кому переходит доля такого наследника? Верховный Суд РФ по этому вопросу дает следующее разъяснение: в указанных случаях доля, переходящая по праву представления к соответствующим потомкам наследодателя, делится поровну между оставшимися наследниками по праву представления либо переходит к единственному такому наследни-

³⁸ Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 563.

³⁹ Шилохвост О.Ю. Указ. соч. С. 136.

ку, принявшему наследство, и лишь при их отсутствии переходит к иным наследникам наследодателя согласно правилам приращения наследственных долей (ст. 1161 ГК РФ)⁴⁰.

Не исключена ситуация, когда наследник по праву представления подпадает под категорию нетрудоспособного иждивенца наследодателя, который может быть призван к наследованию в рамках так называемой скользящей очереди наследования на основании ст. 1148 ГК РФ. При соблюдении условий, установленных в ст. 1148, нетрудоспособный иждивенец наследует вместе и наравне с наследниками той очереди, которая призывается к наследованию. Вопрос: как будут наследовать внуки (правнуки), племянники (племянницы), двоюродные братья и сестры, если они могут быть призваны к наследованию и как нетрудоспособные иждивенцы наследодателя, — как наследники по праву представления или как нетрудоспособные иждивенцы или одновременно как наследники по праву представления и как нетрудоспособные иждивенцы? К сожалению, ответа на этот вопрос ГК РФ не дает.

В доктрине также не сформировалось единой позиции. Между тем, ответ на этот вопрос имеет для наследника существенное значение, так как размер доли при наследовании по праву представления и при призвании к наследованию в качестве нетрудоспособного иждивенца отличается.

Предположим, после смерти наследодателя остались брат и три племянника (А, Б и В), дети сестры. Сестра умерла ранее наследодателя. Племянник А, нетрудоспособный к моменту открытия наследства, находился на иждивении наследодателя не менее одного года. Он вправе претендовать на долю в наследстве и как наследник по праву представления, и как нетрудоспособный иждивенец наследодателя. Если племянник А выберет вариант призвания к наследованию в качестве нетрудоспособного иждивенца, доказав факты нахождения на иждивении и нетрудоспособности к моменту открытия наследства, то его доля как иждивенца составит 1/3 наследственного имущества, другая 1/3 достанется брату наследодателя, а 1/3, причитавшаяся сестре наследодателя, будет поделена поровну между племянниками Б и В, призванными в качестве наследников по праву представления. Если племянник А выберет вариант призвания к наследованию как наследник по праву представления, то наследство будет поделено следующим образом: брату достанется 1/2, а 1/2, причитавшаяся сестре, будет разделена между тремя племянниками, т.е. племяннику А достанется только 1/6 наследственного имущества. Таким образом, вариант призвания к наследованию в качестве нетрудоспособного иждивенца в описанной выше ситуации является более выгодным для наследника. Разницы в размере наследственной доли не будет лишь в случае, если у сестры, умершей ранее наследодателя, останется один ребенок (племянник(ца) наследодателя). Тогда племянник(ца), призванный(ая) к наследованию по праву представления, получит 1/2 наследства.

По вопросу определения порядка наследования для граждан, которые могут быть призваны и как наследники по праву представления, и как нетрудоспособные иждивенцы наследодателя В.И. Серебровский, анализируя нормы ст. 418 ГК РСФСР 1922 г. (в ред. 1945 г.), пришел к выводу, что нетрудоспособные иждивенцы наследодателя должны призываться к наследованию именно в качестве нетрудоспособных иждивенцев, а не по праву представления. Его аргументация применительно к внукам сводилась к следующему: «Ведь если бы сын наследодателя дожил до открытия наследства (что исключает наследование для внуков по праву представления), внук-«иждивенец» был бы все же призван к наследованию наравне с другими наследниками, перечисленными в ч.

⁴⁰ П. 30 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» // Российская газета. 2012. № 127.

1 ст. 418. Приобретая же право наследования в качестве «иждивенца», он должен призываться в качестве «иждивенца» и в том случае, когда его отец (сын наследодателя) не доживет до открытия наследства. Аналогично должен решаться вопрос и в отношении правнуков»⁴¹. При этом В.И. Серебровский считал необходимым внести определенность в этом вопросе, исключив возможность предоставления права выбора наследнику.

Современный автор М.Л. Шелютто полагает, что «конкуренции двух порядков наследования в рассматриваемом случае все-таки нет: входя в круг наследников, призываемых к наследованию в составе своей очереди, наследник по праву представления наследует именно по праву представления, а не как нетрудоспособный иждивенец наследодателя»⁴². Она также отмечает, что предпочтительнее было бы предоставить наследнику при указанных обстоятельствах право выбора, в каком качестве он наследует по закону: как наследник по праву представления или как нетрудоспособный иждивенец наследодателя⁴³.

Представляется, что формулировка абз. 2 п. 2 ст. 1152 ГК РФ, в соответствии с которой наследник, призываемый к наследованию одновременно по нескольким основаниям, может принять наследство, причитающееся ему по одному из оснований, по нескольким из них или по всем основаниям, позволяет сделать вывод, что наследник в рассматриваемой ситуации вправе принять наследство не только путем выбора между наследованием по праву представления и наследованием в качестве нетрудоспособного иждивенца, но и может наследовать одновременно как по праву представления, так и как нетрудоспособный иждивенец.

Обратим внимание также на проблему, которая возникает при применении ст. 1148 ГК РФ, устанавливающей условия призвания к наследованию нетрудоспособных иждивенцев наследодателя. Указанная статья определяет две категории нетрудоспособных иждивенцев. В первую категорию (п. 1 ст. 1148) входят «граждане, относящиеся к наследникам по закону, указанным в статьях 1143–1145» ГК РФ, т.е. речь идет о наследниках со второй по седьмую очереди. Во вторую категорию (п. 2 ст. 1148) включены «граждане, которые не входят в круг наследников, указанных в ст.1142–1145» ГК РФ, т.е. речь идет о гражданах, не являющихся наследниками по закону с первой по седьмую очереди. Необходимость выделения законодателем двух групп нетрудоспособных иждивенцев связана с тем, что условия призвания их к наследованию отличаются: для второй группы нетрудоспособных иждивенцев (п. 2 ст. 1148) требуется не только наличие нетрудоспособности ко дню открытия наследства и нахождение на иждивении наследодателя не менее одного года до его смерти (что достаточно для первой группы), но также совместное проживание с наследодателем не менее одного года.

На основе анализа положений ст. 1148 ГК РФ можно сделать вывод, что внуки наследодателя и их потомки, наследующие по праву представления в соответствии со ст. 1142 ГК РФ, не попали ни в первую, ни во вторую группу нетрудоспособных иждивенцев. Если строго следовать букве закона, то приходим к заключению, что положение племянников и племянниц (относящихся ко второй очереди в соответствии со ст. 1143 ГК РФ), двоюродных братьев и сестер наследодателя (входящих в третью очередь согласно ст. 1144), которые могут быть призваны к наследованию в качестве нетрудоспособных иждивенцев наследодателя, лучше, чем положение внуков, находящихся в более близ-

⁴¹ *Серебровский В.И.* Указ. соч. С. 108.

⁴² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / М.П. Бардина, Б.А. Булаевский, Н.Г. Вилкова и др. 2010 (автор комментария к ст.1148 ГК РФ — М.Л. Шелютто) // СПС КонсультантПлюс.

⁴³ Там же.

кой степени родства по отношению к наследодателю. Необходимо поддержать мнение О.Ю. Шилохвоста, что отсутствие в п. 1 ст. 1148 ГК РФ ссылки на ст. 1142 (в которой наследниками по закону признаются внуки наследодателя и их потомки) следует признать случайной ошибкой⁴⁴. Считаем, что внуки и их потомки, призываемые к наследованию по праву представления, могут быть призваны к наследованию и как нетрудоспособные иждивенцы в соответствии с п. 1 ст. 1148, т.е. при условии, что они на момент открытия наследства являлись нетрудоспособными и не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении, независимо от того, проживали ли они совместно с наследодателем или нет.

В практике также возник вопрос о том, могут ли внуки и их потомки призываться к наследованию в качестве нетрудоспособных иждивенцев в случае, когда их восходящий родственник в момент открытия наследства жив? На этот счет в п. 31 Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 29.05.2012 № 9 «О судебной практике по делам о наследовании» разъяснено, что лица, указанные в п. 2 ст. 1142 ГК РФ как наследники по праву представления, которые не призываются к наследованию при жизни своих родителей, могут наследовать в качестве нетрудоспособных иждивенцев на основании п. 1 ст. 1148 ГК РФ, т.е. независимо от совместного проживания с наследодателем⁴⁵. Отсюда можно сделать вывод, что аналогичное правило применяется в отношении племянников и племянниц (вторая очередь) и двоюродных братьев и сестер (третья очередь), если их родители живы в момент открытия наследства.

Выводы

В результате проведенного анализа института наследования по праву представления можно сформулировать следующие выводы.

Основные принципы наследования по праву представления, закрепленные в действующем гражданском законодательстве, соответствуют положениям, установленным в Своде законов Российской Империи (в части первой тома X — Своде законов гражданских). Так, право представления применяется только при наследовании по закону; возникает при условии, что представляемого лица нет в живых в момент смерти наследодателя (в ГК РФ это положение дополнено также возможностью наследования по праву представления в случае, если представляемое лицо умирает одновременно с наследодателем); предполагает деление доли наследства, причитавшегося представляемому наследнику, между его потомками в равных долях, т.е. реализован принцип поколенного правопреемства; не применяется в отношении восходящих родственников.

В отличие от советского законодательства действующий ГК предусматривает возможность наследования по праву представления не только внуками и их потомками, но также наследниками боковой линии — племянниками и племянницами, двоюродными братьями и сестрами, что расширяет круг наследников по праву представления и представляется более оправданным.

Институт наследования по праву представления следует отличать от наследственной трансмиссии и подназначения наследника (субституции). Основное отличие от наследственной трансмиссии состоит в том, что представляемый наследник умирает до смерти наследодателя или одновременно с ним, в то время как наследственная трансмис-

⁴⁴ Шилохвост О.Ю. Указ. соч. С. 106.

⁴⁵ Российская газета. 2012. № 127.

сия означает переход права на принятие наследства в случае смерти наследника *после* открытия наследства. Существенная разница между правом представления и подназначением проявляется в том, что при подназначении замена наследника происходит по воле завещателя и подназначаемым наследником может быть любое лицо, в то время как наследником по праву представления может быть только лицо, указанное в ГК РФ.

С 1 сентября 2016 г. действует новый порядок наследования после граждан, умерших в один и тот же день. Статья 1114 ГК РФ в новой редакции дифференцирует порядок наследования в зависимости от того, удалось ли установить последовательность наступления смерти граждан. Наследование по праву представления возможно лишь в случае, когда момент смерти граждан, ушедших из жизни в один и тот же календарный день, установить не удалось. Такие граждане считаются умершими одновременно (комориентами).

Действующее законодательство устанавливает положения, в соответствии с которыми возможность наследования по праву представления напрямую связана со статусом представляемого наследника. Так, наследование по праву представления не происходит, если представляемый наследник лишен наследства или признан недостойным на основании с п. 1 ст. 1117 ГК РФ. Данные положения нельзя признать справедливыми по отношению к наследникам по праву представления. Кроме того, эти правила не соответствуют сущности теории права представления, предусматривающей самостоятельность прав представляющих наследников: наследники по праву представления наследуют напрямую после наследодателя и к ним не переходят права и обязанности представляемого наследника. Считаю необходимым внести изменения в действующее законодательство, исключив подобные ограничения наследования по праву представления.

Принцип поколенного правопреемства, в соответствии с которым наследники по праву представления делят поровну между собой долю, которая причиталась бы их восходящему родственнику, если бы он был жив к моменту открытия наследства, представляется несправедливым. При призвании разного количества наследников по праву представления одинаковой степени родства, но происходящих от разных предков, нарушается принцип равенства долей представляющих наследников. Необходимо поддержать сформулированную в литературе позицию, в соответствии с которой призываемые к наследованию по праву представления нисходящие, которые происходят от разных представляемых наследников, должны все вместе делить между собой поровну ту часть наследства, которая в совокупности приходилась бы на долю представляемых наследников, если бы последние оказались в живых при открытии наследства.

В законодательстве не решен вопрос о порядке наследования в случае, когда наследник, призываемый по праву представления, одновременно является нетрудоспособным иждивенцем наследодателя. Считаю, что в этой ситуации наследник на основании абз. 2 п. 2 ст. 1152 ГК РФ вправе по своему выбору: принять наследство как наследник по праву представления, принять наследство как нетрудоспособный иждивенец, принять наследство одновременно и как наследник по праву представления, и как нетрудоспособный иждивенец.



Библиография

Башмаков А.А. Право представления и поколенное преемство // Наследственное право. 2010. № 1. С. 30–35.

Гражданское право: учебник: в 3 т. Т.3 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.Б. Байгушева (и др.) / под ред. А.П. Сергеева. 2-е изд. М.: Проспект, 2016. 736 с.

Катков М. Преемство в праве наследования по римскому и современному праву. М.: Товарищество «Владимир Чичерин», 1904. 262 с.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / М.П. Бардина, Б.А. Булаевский, Н.Г. Вилкова и др., под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко. 3-е изд. М: КОНТРАКТ, 2010. 672 с.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья: учебно-практический комментарий / под ред. А.П.Сергеева. 2-е изд. М: Проспект, 2016. 384 с.

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Г.Е. Авилов, М.М. Богуславский, А.Ф. Ефимов и др., под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. 538 с.

Крашенинников П.В. Наследственное право. М.: Статут, 2016. 207 с.

Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2-х ч. Часть 2). По исправленному и дополненному 8-му изд. 1902 г. М.: Статут, 1997. 455 с.

Основы наследственного права России, Германии, Франции / Ю.Б. Гонгало, К.А. Михалев, Е.Ю. Петров и др., под общ. ред. Е.Ю. Петрова. М.: Статут, 2015. 271 с.

Пахман С.В. История кодификации гражданского права / под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М.: Зерцало, 2004. 872 с.

Серебровский В.И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. М.: Статут, 2003. 558 с.

Синайский В.И. Русское гражданское право. М.: Статут, 2002. 638 с.

Хаскельберг Б.Л., Ровный В.В. Основания выморочности наследства // Наследственное право. 2011. № 4. С. 22–30.

Черепихин Б.Б. Труды по гражданскому праву. М.: Статут, 2001. 479 с.

Шилохвост О.Ю. Наследование по закону в российском гражданском праве. М.: Норма, 2008. 272 с.

Inheritance by Right of Representation



Nataliya V. Rostovtseva

Associate Professor, Department of Civil and Entrepreneurial Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: nrosto@hse.ru



Abstract

The paper studies the institute of inheriting per stripes. The main principles specified in the current civil code are in line with the provisions of the *Digest of Laws of the Russian Empire*. Inheriting per stripes should be differentiated from similar institutes (transmission or substitution). The main difference from transmission consists in the condition that the expected heir does not survive the ancestor or dies simultaneously; and from substitution that the substitution of heir is arranged not at the discretion of the ancestor but under the rules of law. Of September 1, 2016, a new rule of succession is enacted. The rule concerns the order of succession after citizens who died on the same day. Inheriting per stripes is possible only when the time of death of citizens passing away on the same calendar day cannot be fixed. Inheriting per stripes cannot be used if the heir is deprived of inheritance and is recognized disruptive under article 1117 of the RF Civil Code. These provisions cannot be considered fair for representatives. Changes are required for the legislation to eliminate such limitations. The principle of taking or inheriting per stripes treats the representatives unfairly as the principle of fair shares for presented heirs gets violated. Under article 1152 of the RF Civil Code, the heir called to inheritance per stripes being disabled dependant may enter into inheritance both as representative and disabled dependant.



Keywords

intestate succession, inheriting per stripes, commorientes, transmission, substitution, disabled dependants.

Citation: Rostovtseva N.V. (2016) Inheritance by Right of Representation. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 30–49 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.30.49



References

Bashmakov A.A. (2010) Pravo predstavleniya i pokolennoe preemstvo [Inheriting per stripes]. *Nasledstvennoe pravo*, no 1, pp. 30–35.

Cherepakhin B.B. (2001) *Trudy po grazhdanskomu pravu* [Essays on Civil Law]. Moscow: Statut, 479 p. (in Russian)

Katkov M. (1904) *Preemstvo v prave nasledovaniya po rimskomu i sovremennomu pravu* [Succession under Roman and Modern Law]. Moscow: Tovarishchestvo «Vladimir Chicherin», 262 p. (in Russian)

Khaskel'berg B.L., Rovnyy V.V. (2011) Osnovaniya vymorochnosti nasledstva [Causes for Escheat]. *Nasledstvennoe pravo*, no 4, pp. 22–30.

Krashennnikov P.V. (2016) *Nasledstvennoe pravo* [Law of Inheritance]. Moscow: Statut, 207 p. (in Russian)

Makovskiy A.L., Sukhanov E.A. (eds.) (2002) *Kommentariy k chasti tret'ey Grazhdanskogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii (postateynyy)* [Commentary to the RF Civil Code. Part 3. (Article by Article)]. Moscow: Yurist", 538 p.

Marysheva N.I., Yaroshenko K.B. (eds.) (2010) *Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii, chasti tret'ey (postateynyy)* [Commentary to the RF Civil Code. Part 3]. Moscow: KONTRAKT, 672 p.

Meyer D.I. (1997) *Russkoe grazhdanskoe pravo (v 2-kh ch. Chast' 2)* [Russian Civil Society (in 2 Parts. Part 2)]. Moscow: Statut, 455 p. (in Russian)

Pakhman S.V. (2004) *Istoriya kodifikatsii grazhdanskogo prava* [The History of Codifying Civil Law]. Moscow: Zertsalo, 872 p. (in Russian)

Petrov E.Yu. (ed.) (2015) *Osnovy nasledstvennogo prava Rossii, Germanii, Frantsii* [The Fundamentals of Inheritance Law in Russia, Germany and France]. Moscow: Statut, 271 p. (in Russian)

Serebrovskiy V.I. (2003) *Izbrannye trudy po nasledstvennomu i strakhovomu pravu* [Selected Works on Inheritance and Insurance Law]. Moscow: Statut, 558 p. (in Russian)

Sergeev A.P. (ed.) (2016) *Grazhdanskoe pravo: uchebnik: v 3 t. T.3* [Civil Law. Textbook in 3 Volumes. Vol. 3]. Moscow: Prospekt, 736 p. (in Russian)

Sergeev A.P. (ed.) (2016) *Kommentariy k Grazhdanskomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii. Chast' tret'ya: uchebno-prakticheskiy kommentariy* [Commentary to the RF Civil Code. Part 3. Manual]. Moscow: Prospekt, 384 p.

Shilokhvost O.Yu. (2008) *Nasledovanie po zakonu v rossiyskom grazhdanskom prave* [Inheriting by Law in Russian Civil Law]. Moscow: Norma. 272 p. (in Russian)

Sinayskiy V.I. (2002) *Russkoe grazhdanskoe pravo* [Russian Civil Law]. Moscow: Statut, 638 p. (in Russian)

Уголовно-правовая охрана объектов культурного наследия



М.А. Редчиц

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



Аннотация

В статье рассматриваются произведенные в 2013 и 2014 годах изменения законодательства в области охраны культурного наследия, коснувшиеся понятия «объект культурного наследия» и связанных с ним терминов, а также соответствующие новеллы уголовного права, обусловленные внесенными в федеральные законы изменениями. Выделяются теоретические проблемы соотношения употребляемых в Федеральном законе от 22.10.2014 № 315-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» понятий «объект культурного наследия», «объект археологического наследия», «археологический предмет», «исторически связанные с ними предметы материального мира» и вытекающие из этого проблемы практического характера в области уголовно-правовой охраны культурного наследия. Основной акцент делается на противоречии двух характеристик: недвижимости как основного критерия объекта культурного наследия и подвижности как неотъемлемого свойства некоторых включаемых в него предметов. Исследуются процедуры и примеры перевода движимых предметов из статуса составной части объекта культурного наследия в статус самостоятельного музейного предмета и связанных с этим перемен в уголовно-правовой защите. В этом свете рассматриваются проблемы соотношения объектов охраны различных норм уголовного законодательства и указанных в них санкций. Исследуются пробелы юридической техники, допущенные при составлении норм Уголовного кодекса Российской Федерации, приводящие к неверному назначению наказания, не достигающего цели восстановления социально справедливости. Раскрывается понятие «иные объекты», данное в ст. 3 ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации», анализируются примеры предметов охраны объектов культурного наследия. На основании законодательного определения объектов культурного наследия выделены ключевые признаки данного понятия. Проводится анализ законодательства, приводятся ссылки на подзаконные акты, в результате чего изменениям статьи 243 Уголовного кодекса РФ дается положительная оценка, но подтверждается гипотеза о проблемности существующего законодательства.



Ключевые слова

объект культурного наследия, объект археологического наследия, культурные ценности, археологический предмет, музейный предмет, культурное наследие, уголовно-правовая охрана.

Библиографическое описание: Редчиц М.А. Уголовно-правовая охрана объектов культурного наследия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 50–60.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.50.60

23 июля 2013 г. был принят Федеральный закон № 245-ФЗ¹ (далее — ФЗ № 245-ФЗ), внесший поправки в ряд нормативных правовых актов — в частности, в Федеральный закон от 25.06. 2002 № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» (далее — ФЗ № 73-ФЗ) и в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее — УК РФ). В ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ был включен ряд новых терминов, по-видимому, призванных упорядочить понятийный аппарат в сфере охраны объектов культурного наследия. Федеральным законом от 22.10.2014 № 315-ФЗ² (далее — ФЗ № 315-ФЗ) названная статья вновь была изменена.

Новая редакция ст. 3 № 73-ФЗ важна для определения предмета преступления, предусмотренного ст. 243 УК РФ, старая редакция которой вызывала множество споров³. Указанным нормативным актом уголовный закон дополнен новым предметом преступления — объектами культурного наследия (памятники истории и культуры), включенными в единый государственный реестр объектов культурного наследия (памятников истории и культуры) народов Российской Федерации (далее — Единый государственный реестр).

Введение новых понятий в ст. 3 («объект археологического наследия», «археологические предметы», «культурный слой») изменило и определение объектов культурного наследия, которое теперь содержит отсылки к этим терминам. Пункт (а) ч. 1 ст. 6 ФЗ № 245-ФЗ включает в объекты культурного наследия объекты археологического наследия, а последние, в свою очередь, согласно ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ включают археологические предметы и культурные слои. Создается система взаимозависимых компонентов; возникают вопросы соотношения понятий, что влияет на определение круга их признаков, а также пределов защиты объектов с помощью уголовно-правовых норм⁴.

Из определения, данного в ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ, можно условно выделить несколько разновидностей объектов культурного наследия, которые являются комплексными структурами и находятся в сложном взаимодействии. Объекты культурного наследия могут представлять собой: а) объекты недвижимого имущества, б) объекты археологического наследия, в) иные объекты. При этом все они включают в себя исторически связанные с ними территории, произведения живописи, скульптуры, декоративно-прикладного искусства, объекты науки и техники и иные предметы материальной культуры. Такое определение порождает ряд сложностей при его восприятии и применении в других нормативных правовых актах и на практике⁵. По справедливой оценке Е.В. Кобзевой, полноценное претворение в жизнь определенной государственной идеи предполагает эффективное применение соответствующих законодательных норм, что «предопреде-

¹ См.: Федеральный закон от 25.06.2002 № 73-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

² См.: Федеральный закон от 22.10.2014 № 315-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «О внесении изменений в Федеральный закон «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

³ См.: *Беспалько В.Г.* Понятие и признаки культурных ценностей как предметов преступлений // Журнал российского права. 2005. № 3. С. 71–81; *Минкина Н.И.* Культурные ценности как объект уголовно-правовой охраны // Сибирский юридический вестник. 2003. № 3; *Калининская Я.С.* Уголовная ответственность за уничтожение или повреждение памятников истории и культуры: дис... канд.юрид. наук. М., 2008.

⁴ См.: *Анощенкова С.В.* Культурное наследие как объект уголовно-правовой охраны и объект преступлений // Социально-политические науки. 2013. № 3. С. 38–42.

⁵ См.: *Козлова В.Н., Козлов В.Н.* Соотношение понятий «объект культурного наследия» и «памятник истории и культуры» // Грамота. 2013. № 1 (27). С. 96–99.

ляется выработкой теоретических рекомендаций, направленных на выявление содержания состоявшихся нововведений»⁶.

Во-первых, объекты археологического наследия, как следует из законодательного определения, включают в себя археологические предметы, которые являются движимым имуществом, что, фактически, противоречит одному из ключевых доктринально определенных⁷ признаков объектов культурного наследия — это недвижимость.

Во-вторых, объекты недвижимого имущества и иные объекты также могут включать в себя «исторически связанные с ними предметы материальной культуры», что подразумевает движимый характер этих предметов.

Другими словами, только на основе понятий ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ нельзя решить вопрос о недвижимом или смешанном характере объектов культурного наследия, более того, остается неясной судьба отделяемых движимых предметов, связанных с объектами культурного или археологического наследия.

В-третьих, законодатель не дает пояснения тому, что понимается под «иными объектами», и какими характеристиками они обладают.

Объекты археологического наследия определены в законе широко — как «следы существования человека в прошлых эпохах», но нет прямых указаний на движимый или недвижимый характер объектов. Тем не менее, далее в законе приведено перечисление примеров объектов археологического наследия, но указаны лишь недвижимые объекты. Из этого, а также из противопоставления археологических предметов и объектов археологического наследия, которые их включают, можно сделать вывод о свойстве недвижимости последних. А.Б. Шухободский указывает, что, «несмотря на прямое положение Закона о том, что объекты культурного наследия являются недвижимым имуществом, объекты археологического наследия могут быть как недвижимыми, так и движимыми культурными ценностями»⁸. Здесь имеется в виду составной характер объектов археологического наследия, включающих в себя движимые археологические предметы.

Кроме того, он отмечает, что «недвижимые памятники археологии должны иметь статус памятников истории и культуры (объектов культурного наследия), а движимые музеефицированы как движимые культурные ценности, изъяты из раскопов и иметь статус музейных предметов»⁹. По ч. 13 ст. 45.1 ФЗ № 73-ФЗ исполнитель археологических полевых работ в течение трех лет со дня окончания срока действия разрешения (открытого листа) обязан передать в порядке, установленном федеральным органом охраны объектов культурного наследия, все изъятые археологические предметы в государственную часть Музейного фонда Российской Федерации. При этом В.В. Лавров указывает, что «на сегодняшний день отсутствует порядок передачи соответствующих предметов в государственную часть Музейного фонда»¹⁰.

⁶ Кобзева Е.В. Незаконные поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания — новое преступное посягательство на нравственные основы культурной памяти // ЧЕЛОВЕК: преступление и наказание. 2014. № 2 (85). С. 118.

⁷ См.: Пронина Е.Н. Правовая деятельность Российского государства в сфере сохранения культурного достояния в XIX–XX вв.: историко-теоретическое исследование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009; Клебанов Л.Р. Памятники истории и культуры: правовой статус и охрана. М., 2015. С. 14.

⁸ Шухободский А.Б. Объект археологического наследия как отдельный феномен культурных ценностей // Общество. Среда. Развитие (Terra Humana). 2011. № 4. С. 136.

⁹ Там же. С. 139.

¹⁰ Лавров В.В. Некоторые проблемы правовой охраны объектов археологического наследия // Криминалистика. 2014. № 2 (15). С. 97.

Таким образом, археологические предметы являются составной частью объекта археологического наследия (и, следовательно, объекта культурного наследия) до тех пор, пока не будут отделены от него и включены в Музейный фонд РФ, получив статус музейного предмета в соответствии с Федеральным законом от 26.05.1996 № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации», но не более трех лет. Объекты археологического наследия и предметы Музейного фонда РФ рассматриваются законодателем как смежные, но абсолютно самостоятельные категории культурных ценностей. Подтверждение этому можно найти в различных нормативных правовых актах, регулирующих положение культурных ценностей¹¹.

Единообразие в вопросах создания и применения норм УК РФ играет такую же важную роль, как и полноценная защита объектов. Для уголовно-правовой охраны объектов культурного наследия в связи с этим важно, какое различие имеется между охраной объектов археологического наследия и музейных предметов.

Повреждение и уничтожение объекта археологического наследия подпадает под ч. 2 ст. 243 УК РФ, что влечет наказание в виде штрафа в размере до 5 млн. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 5 лет, либо обязательными работами на срок до 480 часов, либо принудительными работами на срок до 5 лет, либо лишением свободы на срок до 6 лет. Уничтожение или повреждение движимых культурных ценностей наказывается по ч. 1 ст. 243 УК РФ штрафом в размере до 3 млн. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 3 лет, либо обязательными работами на срок до 400 часов, либо принудительными работами на срок до 3 лет, либо лишением свободы на тот же срок. Порча, повреждение или уничтожение движимых культурных ценностей, наступившие в результате хищения, наказываются по ч. 2 ст. 164 УК РФ¹² лишением свободы на срок до 15 лет со штрафом в размере до 500 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 3 лет либо без такового и с ограничением свободы на срок до 2 лет либо без такового.

Можно увидеть, что пределы наказания в перечисленных нормах значительно отличаются друг от друга. Повреждение археологического предмета, включенного в объект археологического наследия, будет наказываться максимальным сроком лишения свободы на 6 лет, тогда как после включения этого археологического предмета в состав Музейного фонда максимальное наказание за его повреждение или уничтожение — 3 года лишения свободы, а при его хищении — 15 лет (ч. 1 ст. 243 УК РФ). При этом ни экономическая, ни культурная ценность предмета фактически не претерпевают изменений от перемены его юридического статуса.

Объекты культурного наследия, не являющиеся объектами археологического наследия, также могут включать в себя исторически связанные с ними предметы материаль-

¹¹ Например, в ст. 2 Положения об общероссийском мониторинге состояния и использования памятников истории и культуры, предметов Музейного фонда РФ, документов библиотечных фондов, Архивного фонда РФ, а также кинофонда (утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 5 июля 2001 г. № 504) декларируется, что «объектами мониторинга являются находящиеся в федеральной собственности памятники истории и культуры, предметы Музейного фонда РФ, документы библиотечных фондов, Архивного фонда РФ, а также кинофонда независимо от организационно-правовой формы и ведомственной подчиненности организаций, в пользовании либо в управлении которых они находятся».

¹² Несмотря на то, что повреждение и уничтожение предметов, имеющих особую ценность, по ч. 2 ст. 164 УК РФ являются следствиями хищения, нормы ст. 164 и 243 УК РФ могут быть эффективно сопоставлены на том основании, что уничтожение или повреждение предметов для верной квалификации также должны охватываться прямым или косвенным умыслом обвиняемого.

ной культуры, однако под ними имеется в виду совсем иное, нежели под археологическими предметами.

ФЗ № 73-ФЗ делит все объекты культурного наследия в целом на три вида: памятники (например, отдельные здания), ансамбли (например, группы зданий), достопримечательные места (комплексные территории исторического значения)¹³. На практике, разумеется, исторически связанными со зданием, признанным объектом культурного наследия, могут быть, к примеру, предметы быта, мебели, находящиеся в этом здании и обладающие культурной ценностью. Однако эти предметы не будут подпадать под ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ и признаваться составной частью объекта культурного наследия ни на какой срок, в отличие от археологических предметов. Связано это, по всей видимости, с тем, что археологическими предметами признаются предметы, основным источником информации о которых являются специфические действия — археологические раскопки или находки, а также предметы, обнаруженные во время таких раскопок¹⁴. Обнаружение таких предметов обладает свойством неожиданности. Три года, выделяемые исполнителю полевых археологических работ для передачи археологических предметов в Музейный фонд РФ, могут быть использованы им для завершения своих работ, непосредственно связанных с найденными предметами, и надлежащей их подготовки для передачи. Этой особенностью не обладают предметы, которые изначально имели известное местоположение и в отношении которых было принято положительное решение об имеющемся у них свойстве культурной значимости.

В связи с этим движимое имущество, связанное с объектом культурного наследия, включается в Музейный фонд и сразу приобретает статус музейных предметов. При этом оно может храниться на территории объекта культурного наследия, с которым связано. Так, например, по данным Государственного каталога Музейного фонда в федеральном бюджетном учреждении культуры «Государственный музей-усадьба «Остафьево»–«Русский Парнас», Указом Президента России № 176 от 20.02.1995¹⁵, внесенном в «Перечень объектов исторического и культурного наследия федерального значения»¹⁶, находятся различные музейные предметы, в том числе стол ломберный¹⁷, бюро¹⁸ и др.

Таким образом, музейные предметы и музейные коллекции — это движимое культурное наследие и объекты регулирования законодательства о музейной деятельности. Однако с точки зрения уголовного законодательства они рассматриваются так же, как археологические предметы, включенные в Музейный фонд РФ, и охраняются теми же нормами.

В свою очередь, вводя положение об исторически связанных с объектами культурного наследия предметами материальной культуры, законодатель указывал на неразрывно связанные с этими объектами дополнительные элементы (например, камины, росписи,

¹³ См.: ст. 3 Федерального закона от 25.06.2002 № 73-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об объектах культурного наследия» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁴ Там же.

¹⁵ См.: Указ Президента РФ от 20.02.1995 № 176 «Об утверждении Перечня объектов исторического и культурного наследия федерального (общероссийского) значения» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ См.: Государственный каталог Музейного фонда Российской Федерации. Электронный ресурс // URL: http://www.goskatalog.ru/data/museums/central_fo/federalnoe_gosudarstvennoe_byudzhetnoe_uchrezhdenie_kulturi_gosudarstvenniy_muze/index.php (дата обращения: 12.12.2015)

¹⁷ См.: там же. Электронный ресурс // URL: http://www.goskatalog.ru/data/items/00000001000000/000000100000/5000060000/50006000/stol_lomberniy_2069891/index.php (дата обращения: 12.12.2015)

¹⁸ См.: там же. Электронный ресурс // URL: http://www.goskatalog.ru/data/items/00000001000000/000000100000/5000060000/70008000/byuro_2070044/index.php (дата обращения: 12.12.2015)

витражи, скульптура и скульптурные группы, малые архитектурные формы и т.д.). Указанные части входят в предмет охраны объекта культурного наследия¹⁹, утверждающийся на основании заключения историко-культурной экспертизы распоряжением уполномоченного органа на основании ФЗ № 73-ФЗ²⁰. Например, распоряжением Департамента культурного наследия Москвы от 15 мая 2015 г. № 210 предметом охраны объекта культурного наследия регионального значения «Городская усадьба С. Волконской — А.К. фон Мекка, XIX в. — XX в. — Главный дом, нач. 1820-х гг., 1897 г.» признаны также осветительные приборы, в том числе две люстры в помещениях анфилады первого этажа, оконные и дверные столярные заполнения XIX века²¹. Другим распоряжением этого же уполномоченного органа в качестве предмета охраны объекта культурного наследия регионального значения «Городская усадьба Шубиных — И.А. Сытенко — А.Е. Владимиров, XIX в. — нач. XX в.» установлены, в том числе, ворота конца XIX в. — нач. XX в.²²

Не теряют уголовно-правовой охраны также некоторые составляющие предмета охраны сооружения, которое утрачивает статус объекта культурного наследия и исключается из Единого государственного реестра, например, в связи с утратой целостности. Иллюстрацией может служить частичное разрушение здания при сохранении отдельных элементов предмета охраны — осветительных приборов, дверей. В этом случае разумным выходом является музеефикация отделяемых движимых предметов и сохранение их в музеях страны в качестве движимых музейных предметов. В то же время при успешной реставрации здания и восстановления его в статусе объекта культурного наследия исторически связанные с ним предметы могут быть возвращены на его территорию и снова включены в предмет охраны.

В этой ситуации объект культурного наследия и связанная с ним вещь будут защищены от повреждения и уничтожения одной нормой — ч. 1 ст. 243 УК РФ, так как одним из предметов преступления по данной норме являются культурные ценности, которые определяются²³ через ст. 9 Закона РФ от 15.04.1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей»²⁴. Одновременно при защите музеефицированных культурных ценностей в соответствующих условиях можно применять ч. 2 ст. 164 УК РФ.

¹⁹ См.: Пункт 6. ч. 2 ст. 18 Федерального закона от 25.06.2002 № 73-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об объектах культурного наследия» // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ См.: ст. 9.2, 33 Федерального закона от 25.06.2002 № 73-ФЗ (ред. от 13.07.2015) «Об объектах культурного наследия» // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Распоряжение Департамента культурного наследия города Москвы от 15 мая 2015 г. № 210 «Об утверждении предмета охраны объекта культурного наследия регионального значения «Городская усадьба С. Волконской — А.К. фон Мекка, XIX в.–XX в.– Главный дом, нач. 1820-х гг., 1897 г.» // URL: <http://dkn.mos.ru/upload/iblock/06a/210.pdf> (дата обращения: 13.01.2016).

²² Распоряжение Департамента культурного наследия г. Москвы от 24.10. 2014 № 937 «Об утверждении предмета охраны объекта культурного наследия регионального значения «Городская усадьба Шубиных — И.А. Сытенко– А.Е. Владимиров, XIX в. — нач. XX в., архитекторы С.М. Жаров, В.Н. Карнеев. Здесь в 1833–1834 гг. жил декабрист М.Ф. Орлов, у которого бывали А.С. Пушкин и Е.А. Баратынский. В 1855–1860 гг. располагалась «Рисовальная школа», вошедшая впоследствии в Строгановское училище — Северный флигель, 1810-е гг., 1905–1906 гг., архитектор С.М. Жаров — Южный флигель, 1810-е гг., 1892 г., архитектор В.Н. Карнеев. Здесь в 1899 г. жил А.П. Чехов — Ограда с воротами, кон. XIX в. — нач. XX в., архитектор С.М. Жаров» (ансамбль)». Электронный ресурс // URL: <http://dkn.mos.ru/upload/iblock/4b4/937.pdf> (дата обращения: 13.01.2016)

²³ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / К.А. Барышева, Ю.В. Грачева, Г.А. Есаков [и др.]. М., 2014. С. 290.

²⁴ См.: Закон РФ от 15. 04. 1993 № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей» (с изменениями и дополнениями) // СПС ГАРАНТ.

В.В. Бабурин и О.М. Мартышева считают важным отметить, что «недвижимым обеспечена более совершенная законодательная база, чем движимым культурным ценностям»²⁵. В цели данной работы не входит анализ оптимальности и эффективности санкций норм, охраняющих движимые культурные ценности. Однако следует отметить справедливое замечание М.И. Ковалева, что одно из правил построения санкций норм заключается в том, что они должны быть согласованы между собой — т.е. санкции за преступления приблизительно одинаковой общественной опасности, но посягающие на разные объекты, должны ориентировочно совпадать²⁶. На наш взгляд, уничтожение культурных ценностей и объектов культурного наследия и хищение движимых культурных ценностей с последующим их уничтожением имеют сходную общественную опасность и не могут иметь такого разительного отличия в санкциях, как 3 и 15 лет лишения свободы соответственно.

Объектами культурного наследия также могут быть «иные объекты». Дополнение «иные» нужно толковать в значении «не ограниченное перечисленным». Практически оно отсылает к достопримечательным местам и касается, например, ландшафтов, видовых раскрытий, памятных мест, исторической планировки и т.д. Иными словами, в виду имеется то, что в буквальном смысле, согласно ст. 130 Гражданского кодекса РФ, объектами недвижимости не является, но, имея материальное воплощение, без них не существует. Примером может служить предмет охраны объекта культурного наследия федерального значения — достопримечательное место «ВСХВ — ВДНХ — ВВЦ», в который включены «градостроительные характеристики достопримечательного места как целостного фрагмента планировки и застройки города Москвы, сложившегося во второй половине 1930–1960-х годов»²⁷.

Другим примером может являться предмет охраны объекта культурного наследия регионального значения «Флигели городской усадьбы, XVIII–XX вв. (Флигель)» предусматривает «местоположение и градостроительные характеристики здания второй половины XIX века, его роль в композиционно-планировочной структуре застройки владения и квартала»²⁸.

Основываясь на законодательном определении, выделим следующие признаки объекта культурного наследия.

Материальность. Согласно ФЗ № 73-ФЗ «объектами культурного наследия» могут признаваться только материальные носители культуры. Одновременно другими нормативными актами «культурным наследием» признаются и материальные, и духовные ценности²⁹. Иными словами, для материального недвижимого культурного наследия су-

²⁵ Бабурин В.В., Мартышева О.М. Предмет преступления, предусмотренного ст. 243 УК РФ // Научный вестник Омской академии МВД России. 2015. № 1 (56). С. 27.

²⁶ Цит. по: Сабитов Т.Р. Охрана культурных ценностей: уголовно-правовые и криминологические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. С. 116.

²⁷ Распоряжение Департамента культурного наследия Москвы от 18.11. 2015 № 521 «Об утверждении предмета охраны объекта культурного наследия федерального значения — достопримечательное место «ВСХВ — ВДНХ — ВВЦ»». Электронный ресурс // URL: <http://dkn.mos.ru/documents/normative-legal-acts/detail/2348960.html> (дата обращения: 13.01.2016)

²⁸ Распоряжение Департамента культурного наследия города Москвы от 20. 11. 2015 № 526 «Об утверждении предмета охраны объекта культурного наследия регионального значения «Флигели городской усадьбы, XVIII–XX вв.» (Флигель)». Электронный ресурс // URL: <http://dkn.mos.ru/upload/iblock/4aa/rasporiyazhenie-526.pdf> (дата обращения: 13.01.2016)

²⁹ См.: ст. 3 Основ законодательства Российской Федерации о культуре (утв. ВС РФ 09.10.1992 № 3612-1) (ред. от 28.11.2015) // СПС КонсультантПлюс.

ществуется отдельный термин — объекты культурного наследия, в то время как культурным наследием, помимо них, признаются также и движимые, и нематериальные культурные ценности. Однако регулирование объектов нематериальной культуры является сферой действия иных правовых актов национального³⁰ и международного³¹ уровней.

Недвижимость. Как было сказано выше, у этого свойства есть исключение в виде археологических предметов, которые в течение 3 лет после их обнаружения остаются частью объекта археологического наследия, но являются движимыми. Тем не менее по основному правилу объект культурного наследия в первую очередь, — это объект недвижимого имущества. Недвижимое имущество здесь понимается в гражданско-правовом смысле³², так как известны случаи, когда даже дома, имеющие культурную значимость, физически перемещали на другое место³³.

Культурная ценность. Культурная ценность объекта³⁴ оценивается в процессе государственной историко-культурной экспертизы. К ней можно отнести все последующие факторы, перечисленные в ст. 3 ФЗ № 73-ФЗ:

- возникли в результате исторических событий;
- являются свидетельством эпох и цивилизаций;
- *подлинные источники информации о зарождении и развитии культуры.*

Подводя итог, в качестве положительного аспекта проведенных изменений отметим, что введение новых понятий в ст. 243 УК РФ сняло с правоприменителя ответственность за определение культурной ценности у недвижимых объектов. Вынесение этого вопроса за рамки судебного заседания по конкретному делу снижает вероятность его предвзятого решения.

В то же время нормы УК РФ, имеющие предметом охраны объекты культурного наследия и культурные ценности, остаются недостаточно проработанным с точки зрения юридической техники. С теоретической точки зрения этот недостаток подрывает принцип системности устройства, глубоко пронизывающий УК РФ в целом. С практической точки зрения это приводит к проблемам в правоприменении, а также к нарушениям

³⁰ См.: Приказ Минкультуры РФ от 17.12.2008 № 267 «Об утверждении Концепции сохранения и развития нематериального культурного наследия народов Российской Федерации на 2009–2015 годы» // СПС КонсультантПлюс.

³¹ См.: Международная Конвенция об охране нематериального культурного наследия (Париж, 17 октября 2003 г.). Электронный ресурс // URL: http://www.rus-eu-culture.ru/files/document/conventioninther_rus.pdf (дата обращения: 13.01.2016)

³² См.: ст. 130 Гражданского кодекса Российской Федерации (с изменениями и дополнениями) // СПС ГАРАНТ.

³³ См.: *Панфилов А.Н.* Перемещение объекта культурного наследия: сохранение или уничтожение? // Журнал российского права. 2010. № 11 (167). С. 84–92; *Векишина А.* Шагающие дома: что и как двигали в Москве. Электронный ресурс // URL: <http://urbanurban.ru/blog/experience/725/Shagayuschie-doma-cto-i-kak-dvigali-v-Moskve> (дата обращения: 13.12.2015)

³⁴ Данная характеристика раскрывается в п. 82 Руководства по выполнению Конвенции об охране всемирного наследия. В зависимости от типа культурного наследия и его культурного контекста объекты могут быть признаны удовлетворяющими условиям подлинности, если их культурная ценность (признанная согласно предложенным номинационным критериям) правдиво и достоверно выражена через разнообразие признаков, включая: форму и замысел; материалы и вещества; использование и функции; традиции, методы и системы управления, местоположение и окружение, язык и другие формы нематериального наследия, духовное и физическое восприятие и другие внутренние и внешние факторы. О.М. Мартынова выделяет подлинность памятников как свидетельство прожитых эпох в качестве основного свойства культурных объектов. К. Скловский отмечает невозможность причислить к памятникам культуры вновь созданный объект.

принципа справедливости уголовного законодательства³⁵ и недостижению цели восстановления социальной справедливости³⁶ с помощью уголовного наказания.



Библиография

- Анощенко С.В. Культурное наследие как объект уголовно-правовой охраны и объект преступлений // Социально-политические науки. 2013. № 3. С. 38–42.
- Бабурин В.В., Мартышева О.М. Предмет преступления, предусмотренного ст. 243 УК РФ // Научный вестник Омской академии МВД России. 2015. № 1 (56). С. 23–28.
- Беспалько В.Г. Понятие и признаки культурных ценностей как предметов преступлений // Журнал российского права. 2005. № 3. С. 71–81.
- Калининская Я.С. Уголовная ответственность за уничтожение или повреждение памятников истории и культуры: дис... канд. юрид. наук. М., 2008. 167 с.
- Клебанов Л.Р. Памятники истории и культуры: правовой статус и охрана. М.: Норма, 2015. 160 с.
- Кобзева Е.В. Незаконные поиск и (или) изъятие археологических предметов из мест залегания — новое преступное посягательство на нравственные основы культурной памяти // ЧЕЛОВЕК: преступление и наказание. 2014. № 2 (85). С. 117–121.
- Козлова В.Н., Козлов В.Н. Соотношение понятий «объект культурного наследия» и «памятник истории и культуры» // Грамота. 2013. № 1 (27). С. 96–99.
- Лавров В.В. Некоторые проблемы правовой охраны объектов археологического наследия // Криминалист. 2014. № 2 (15). С. 94–99.
- Мартышева О.М. Приватизация памятников истории и культуры: уничтожение или спасение? // Вестник Омского Университета. Серия «Право». 2010. № 4 (25). С. 203–207.
- Минкина. Н.И. Культурные ценности как объект уголовно-правовой охраны // URL: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1138921> (дата обращения: 08.08.2016).
- Панфилов А.Н. Перемещение объекта культурного наследия: сохранение или уничтожение? // Журнал российского права. 2010. № 11 (167). С. 84–92.
- Пронина Е.Н. Правовая деятельность Российского государства в сфере сохранения культурного достояния в XIX–XX веках: историко-теоретическое исследование: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2009. 25 с.
- Сабитов Т.Р. Охрана культурных ценностей: уголовно-правовые и криминологические аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2002. 196 с.
- Скловский К. Реконструкция памятника культуры. Вопросы собственности // Хозяйство и право. 2009. № 8. С. 28–37.
- Шухободский А.Б. Объект археологического наследия как отдельный феномен культурных ценностей // Общество. Среда. Развитие (Terra Humana). 2011. № 4. С. 136–140.

Criminal Law Protection of Cultural Heritage



Maria A. Redchits

Postgraduate Student, Department of Criminal Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: maria-w@mail.ru

³⁵ См.: ст. 6 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 06.07.2016) // СПС ГАРАНТ.

³⁶ См.: ст. 43 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 06.07.2016) // СПС ГАРАНТ.



Abstract

The article examines the legal changes of 2013 and 2014 regarding the legislation in the sphere of cultural heritage protection and terms that are connected to it. Besides, it studies corresponding recent additions to the criminal law novels, determined by other legal changes. The work focuses on theoretical problems in the interrelation of such concepts as *object of cultural heritage*, *object of archaeological heritage*, *archaeological item*, *items of the material world that are historically connected to them* used in the Federal law of 22.10.2014 № 315-FZ *On the Cultural Heritage of the Russian Federation*; as well as practical problems in the sphere of protection of culture heritage of criminal law that arise from the interrelation. The work focuses on the contradiction between two characteristics: immobility as the main criterion of the object of cultural heritage and mobility as an essential attribute of some of its parts. The article analyses some cases where the status of a movable object is transferred from the component of a cultural heritage object to a separate museum object. Procedures of this transformation and the corresponding changes in criminal law protection of these objects are examined. In this light, the work examines the problems of the interrelation between objects that are protected by various legal norms of criminal law and the sanctions that are listed within these norms. The concept of *other objects* from art. 3 of the Federal law *On Cultural Heritage of the Russian Federation* is analyzed, as well as existing examples of objects that are protected by the subject of cultural heritage. Based on the legislative definition of cultural heritage the key features of this concept are highlighted. The article analyzes legislation, makes references to the by-laws, and, as a result, confirms the hypothesis about the problems of legislation.



Keywords

object of cultural heritage, object of the archaeological heritage, cultural values, archaeological object, subject of the museum fund, cultural heritage, criminal law protection.

Citation: Redchits M.A. (2016) Criminal Law Protection of Cultural Heritage. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–60 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.50.60



References

- Anoshchenkova S.V. (2013) Kul'turnoe nasledie kak ob'ekt ugovovno-pravovoy okhrany i ob'ekt prestupleniy [Cultural Heritage as Object of Criminal Law Protection]. *Sotsial'no-politicheskie nauki*, no 3, pp. 38–42.
- Baburin V.V., Martysheva O.M. (2015) Predmet prestupleniya, predusmotrennogo st. 243 UK RF [Crime under Article 243 of RF Criminal Code]. *Nauchnyy vestnik Omskoy akademii MVD Rossii*, no 1 (56), pp. 23–28.
- Bespal'ko V.G. (2005) Ponyatie i priznaki kul'turnykh tsennostey kak predmetov prestupleniy [Concept and Signs of Cultural Values as Target of Crime]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 71–81.
- Kalininskaya Ya.S. (2008) *Ugolovnaya otvetstvennost' za unichtozhenie ili povrezhdenie pamyatnikov istorii i kul'tury (dis... kand. yurid. nauk.)* [Criminal Liability for Elimination and damage of Historical and Cultural Objects (Candidate of legal sciences dissertation)]. Moscow, 167 p.
- Klebanov L.R. (2015) *Pamyatniki istorii i kul'tury: pravovoy status i okhrana* [Monuments of History and Culture: Legal Status and Protection]. Moscow: Norma, 160 p. (in Russian)
- Kobzeva E.V. (2014) Nezakonnyye poisk i (ili) iz'yatie arkhologicheskikh predmetov iz mest zaleganiya — novoe prestupnoe posyagatel'stvo na нравstvennyye osnovy kul'turnoy pamyati [Illegal Search and or Extraction of Archeological Objects — a New Criminal Intrusion for Cultural memory]. *ChE-LOVEK: prestuplenie i nakazanie*, no 2 (85), pp. 117–121.
- Kozlova V.N., Kozlov V.N. (2013) Sootnoshenie ponyatiy «ob'ekt kul'turnogo naslediya» i «pamyatnik istorii i kul'tury» [Concepts of Object of Cultural Heritage and Monument of History and Culture]. *Gramota*, no 1 (27), pp. 96–99.
- Lavrov V.V. (2014) Nekotorye problemy pravovoy okhrany ob'ektov arkhologicheskogo naslediya [Some Problems of Legal Protection of the Objects of Archeological Heritage]. *Kriminalist*, no 2 (15), pp. 94–99.

Martysheva O.M. (2010) Privatizatsiya pamyatnikov istorii i kul'tury: unichtozhenie ili spasenie? [Privatising Monuments of History and culture: Elimination or Protection]. *Vestnik Omskogo Universiteta. Seriya «Pravo»*, no 4 (25), pp. 203–207.

Minkina. N.I. *Kul'turnye tsennosti kak ob"ekt ugovovno-pravovoy okhrany* [Cultural Values and Criminal Law Protection]. Available at: <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1138921> (accessed: 08 August 2016).

Panfilov A.N. (2010) Peremeshchenie ob"ekta kul'turnogo naslediya: sokhranenie ili unichtozhenie? [Transferring Objects of Cultural Heritage: Elimination or Protection]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 11 (167), pp. 84–92.

Pronina E.N. (2009) *Pravovaya deyatel'nost' Rossiyskogo gosudarstva v sfere sokhraneniya kul'turnogo dostoyaniya v XIX–XX vekakh: istoriko-teoreticheskoe issledovanie: (Avtoref. dis. ... kand. yurid. Nauk)* [Protecting Cultural Heritage in 19 th and 20 th Centuries in the Russian State: Historical Survey]. Tambov, 25 p.

Sabitov T.R. (2002) *Okhrana kul'turnykh tsennostey: ugovovno-pravovye i kriminologicheskie aspekty: Dis. ... Kand. Yurid. Nauk* [Protection of Cultural Values: Criminal Law Aspects. (Summary of candidate of legal sciences dissertation)]. Omsk, 196 p.

Sklovskiy K. (2009) Rekonstruktsiya pamyatnika kul'tury. Voprosy sobstvennosti [Reconstructing Cultural Monument]. *Khozyaystvo i pravo*, no 8, p. 28–37.

Shukhobodskiy A.B. (2011) Ob"ekt arkhologicheskogo naslediya kak otdel'nyy fenomen kul'turnykh tsennostey [Object of Archeological Heritage as a Phenomenon of Cultural Values]. *Obshchestvo. Sreda. Razvitie (Terra Humana)*. no 4, pp. 136–140.

Роль Европейского суда по правам человека в механизме защиты от бездействия органов публичной власти в России



А.В. Сковородко

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



Аннотация

В статье автор на основе анализа практики Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) оценивает эффективность данного органа в вопросе реализации гражданами Российской Федерации права на исполнение вступивших в законную силу судебных постановлений как составной части конституционной гарантии судебной защиты. Констатируется, что в настоящее время имеет место правовой нигилизм органов публичной власти в отношении обязательных для них судебных актов. Цель статьи — проанализировать возможности преодоления бездействия властей России в вопросе решения системной («структурной») проблемы, являющейся основанием для обращения в ЕСПЧ по схожим делам. Автор исследует механизм выявления «структурных проблем» и дает анализ практической реализации методики пилотных постановлений, которые обязывали государства принять меры для разрешения указанных проблем. Исследуются задачи ЕСПЧ при использовании им процедуры пилотного постановления, а также нормативно-правовая база, определяющая механизм и последствия принятия пилотных постановлений. Анализируются причины, обуславливающие введение в практику ЕСПЧ пилотных постановлений, основная из которых — это ограниченные ресурсы и возможности ЕСПЧ в условиях возрастающего количества индивидуальных жалоб. На основании анализа некоторых постановлений ЕСПЧ, касающихся неисполнения Россией вынесенных ее судами и вступивших в законную силу постановлений в отношении ее же органов публичной власти и должностных лиц, автор делает вывод, что основной причиной системных проблем России является бездействие органов публичной власти по их предотвращению и разрешению. В статье приводятся результаты научного эксперимента, проведенного автором, который обратился в ЕСПЧ с рядом жалоб, в том числе и по вопросу неисполнения вступивших в законную силу решений российских судов, возлагающих на российские органы власти обязательства в натуре. Как результат, некоторые из обращений автора статьи вошли в число тех дел, по которым ЕСПЧ были вынесены пилотные постановления в отношении России.



Ключевые слова

бездействие органов власти, Европейский суд по правам человека, конституционное право на судебную защиту, право на исполнение судебных постановлений, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, «пилотные постановления», системные проблемы, эффективные средства правовой защиты.

Библиографическое описание: Сковородко А.В. Роль Европейского суда по правам человека в механизме защиты от бездействия органов публичной власти в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 61–71.

4 ноября 1950 г. в Риме была подписана Конвенция о защите прав человека и основных свобод» (далее — Конвенция), вступившая в силу в 1953 г. (Россия ратифицировала Конвенцию в 1998 г.). Однако некоторые государства, несмотря на ратификацию Конвенции, нарушают ее и проявляют бездействие в вопросе имплементации содержащихся в ней норм. 21 января 1959 г. в Страсбурге провел первое заседание Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ), на который была возложена миссия рассмотрения межгосударственных и индивидуальных жалоб о нарушениях прав, предусмотренных Конвенцией. Таким образом, по сути ЕСПЧ с момента зарождения являл собой механизм, который обеспечивал действенность Конвенции на международном уровне.

Количество дел, находящихся на рассмотрении ЕСПЧ, в настоящее время приближается к 65 000. Многие из этих дел (около 60%) весьма похожи в связи с бездействием государств-участников в решении системной («структурной») проблемы, являющейся основанием для обращения в Европейский суд по правам человека по схожим делам. Чтобы выявить так называемые «структурные проблемы», которые лежат в основе повторяющихся дел, с 2004 г. в практику была введена методика пилотных постановлений, которые обязывали государства принять меры для решения указанных проблем. По мнению Э. Фриберга, Секретаря-канцлера ЕСПЧ, «фраза «системная проблема» обрела особый смысл при рассмотрении дел по жалобам на нарушения Конвенции. Когда Европейский Суд использует это выражение в том или ином своем постановлении, то государству дается понять, что Суд озабочен не только предметом отдельного дела»¹.

А.И. Ковлер, судья ЕСПЧ (1999–2012), в качестве примера приводит проблему лишения всех избирательных прав осужденных, находящихся в заключении в Великобритании. Эта проблема близка к подобным явлениям, происходящим в России. «После постановления Большой Палаты по делу Хирста (Hirst v UK., G.C. 6 October 2005) парламент отказался внести изменения в законодательство, а Суд с легкой руки британских адвокатов получил 2500 аналогичных жалоб и был вынужден принять пилотное постановление (Greens and M.T. v. UK, 23 November 2010). Аналогичное постановление принято против Италии (Scoppola (3) v. Italy [G.C.], 22 May 2012)»².

По своей сути «так называемые «пилотные постановления» предполагают, что, когда Суд констатирует факт системного нарушения Конвенции, «он может в пилотном постановлении потребовать от государства-ответчика возместить ущерб, причиненный всем потенциальным заявителям, путем принятия мер общего характера, вместо того чтобы выносить отдельные постановления по каждому конкретному делу»³. Нормативное определение пилотных постановлений содержится в правиле 61 § 3 Регламента ЕСПЧ — к ним относятся те, в резолютивной части которых (именуемой «Выводы») содержится указание на характер системной проблемы и необходимые меры, которые должны быть предприняты государством, в отношении которого вынесено пилотное постановление. Если системная проблема и сопутствующие ей меры всего лишь упомянуты для иллюстрации определенной правовой позиции ЕСПЧ, то в строгом смысле такое постановление пилотным не является.

Автор настоящей статьи полагает, что введение в практику ЕСПЧ пилотных постановлений обусловлено в первую очередь ограниченными ресурсами и возможностями в

¹ Фриберг Э. Пилотные постановления с точки зрения Европейского Суда по правам человека // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. № 8. С. 13.

² Ковлер А.И. Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека // Международное правосудие. 2013. № 3. С. 55.

³ Фриберг Э. Указ. соч. С. 10.

условиях возрастающего количества индивидуальных жалоб, в основании которых лежат общие истоки. Вместо того чтобы проводить «рутинную» работу по рассмотрению всех указанных жалоб, ЕСПЧ вправе рассмотреть одну или больше, но отнюдь не все такие жалобы, в первоочередном порядке руководствуясь процедурой принятия пилотных постановлений.

В отличие от обычной процедуры миссия ЕСПЧ при использовании им процедуры пилотного постановления не сводится только к выявлению нарушения Конвенции. Она гораздо шире — выявить системную проблему и дать государству, нарушающему Конвенцию, указания, что необходимо предпринять для устранения выявленной системной проблемы. А.И. Ковлер считает, что ««пилотные постановления» по своей правовой природе, в отличие от обычных постановлений палат или Большой палаты Суда, содержат предписания государству-ответчику принять меры общего характера для устранения существующей структурной (системной) проблемы, повлекшей повторяющиеся нарушения»⁴.

Важной характерной чертой принятия пилотных постановлений является возможность отсрочки рассмотрения аналогичных дел на некоторый период времени. Но такую отсрочку ЕСПЧ предоставляет, если государство-ответчик возьмет на себя обязательство срочно принять на национальном уровне меры, направленные на исполнение пилотного постановления. Однако в интересах правосудия ЕСПЧ вправе возобновить рассмотрение «замороженных дел».

Пилотное постановление не вступает в силу немедленно по его вынесении. Согласно ст. 43 и 44 Конвенции, постановление, вынесенное Палатой (или Секцией) ЕСПЧ, может быть обжаловано в течение трех месяцев сторонами, участвующими в деле, которые могут просить передать дело в Большую Палату. При наличии соответствующего заявления Коллегия в составе пяти судей принимает решение относительно целесообразности дальнейшего рассмотрения. При положительном вердикте Большая Палата ЕСПЧ рассматривает дело, и ее постановление является окончательным. При отклонении заявления о передаче дела в Большую Палату постановление Палаты ЕСПЧ незамедлительно вступает в силу. После того, как пилотное постановление станет окончательным, его направляют в Комитет министров Совета Европы, который осуществляет контроль за его исполнением.

Рассмотрим правовые последствия пилотных постановлений для государств — участников Конвенции.

Э. Фриберг полагал, что «в постановлении по пилотному делу Европейский Суд дает совет государству-ответчику о том, как разрешить системную проблему»⁵. Некоторые государства, вероятно, полагая, что, поскольку указанный совет не имеет обязательной силы, иногда в скрытой, а зачастую и в открытых формах пытаются его саботировать. При этом они не учитывают, что в соответствии со ст. 46 «Обязательная сила и исполнение постановлений» Конвенции государства-участники обязуются исполнять окончательные постановления Суда по делам, в которых они являются сторонами. Окончательное постановление Суда в соответствии с указанной статьей направляется Комитету министров, который осуществляет надзор за его исполнением.

Рекомендация Рес (2004) 6 Комитета министров Совета Европы «О совершенствовании внутренних средств правовой защиты» (принята 12.05.2004 на 114-м заседании

⁴ Ковлер А.И. «Герасимов и другие против России» — новое «пилотное» постановление Европейского суда // *Международное правосудие*. 2014. № 3. С. 3–10.

⁵ Фриберг Э. Указ. соч. С. 10.

представителей министров), развивая конвенциональную норму, содержит предложения о необходимости разрешения системных проблем путем совершенствования внутригосударственных средств защиты. В п. 3 этой Рекомендации констатируется, что «совершенствование существующих внутренних средств правовой защиты, скорее всего, качественно и количественно скажется на нагрузке Европейского суда:

- с одной стороны, должно сократиться число подлежащих рассмотрению жалоб: меньше заявителей чувствовали бы необходимость обращения в Европейский суд, если бы рассмотрение их жалоб национальными органами было тщательным;
- с другой стороны, рассмотрение жалоб Европейским судом облегчилось бы, если дела рассматривались бы до этого по существу национальным органом благодаря совершенствованию внутренних средств правовой защиты».

Таким образом, налицо существование нормативно-правовой базы, определяющей механизм и последствия принятия пилотных постановлений для государств участников Конвенции. Можно констатировать, что помимо цели снижения нагрузки на ЕСПЧ, принятие пилотных постановлений преследует также цель оказания помощи государствам-участникам (в том числе и России) в разрешении системных проблем на национальном уровне.

Полагаем, что основной причиной системных проблем в России является бездействие органов публичной власти по их предотвращению и разрешению. Для обоснования указанной точки зрения проанализируем некоторые постановления ЕСПЧ, касающиеся, в частности, неисполнения в РФ вынесенных ее же судами и вступивших в законную силу постановлений в отношении ее же органов публичной власти и должностных лиц.

1 июня 2014 г. ЕСПЧ вынес постановление по делу «Герасимов и другие против России» (*Gerasimov and Others v. Russia*)⁶, в котором констатировал нарушения ст. 6 (право на справедливое судебное разбирательство), ст. 13 (право на эффективное средство правовой защиты) Конвенции, а также нарушение ст. 1 Протокола № 1 (защита собственности) Конвенции. В отличие от пилотного постановления по делу *Burdov v. Russia* (№ 2) (3509/04) от 15 января 2009 г., где речь шла о неисполнении государством денежных обязательств, в деле Герасимова предметом анализа были обязательства в натуре⁷. Заявителями по делу являлись граждане России из различных регионов (от Владивостока до Смоленска), которые утверждали, что являются жертвами длительного неисполнения решений российских судов, обязавших органы власти совершить определенные действия в пользу граждан (предоставление жилья и жилищно-коммунальных услуг, ремонтные работы, покупка автомобиля инвалиду, выдача административного документа и т. п.), т.е. жертвами бездействия публичных органов власти в вопросе реализации конституционного и конвенционного прав граждан на судебную защиту, неотъемлемой частью которых является право на исполнение вступивших в законную силу судебных постановлений.

Заявители констатировали, что нарушены их права, предусмотренные «пунктом 1 статьи 6 Конвенции в его интерпретации Европейским Судом по правам человека, полагающим, что исполнение решения, вынесенного любым судом, должно рассматриваться как неотъемлемая часть «суда» в смысле данной статьи и что право каждого на

⁶ Жалобы № 29920/05, 3553/06, 18876/10, 61186/10, 21176/11, 36112/11, 36426/11, 40841/11, 45381/11, 55929/11 и 60822/11.

⁷ Ковлер А.И. «Герасимов и другие против России» — новое «пилотное» постановление Европейского суда. С 3.

судебную защиту стало бы иллюзорным, если бы правовая система государства допускала, чтобы окончательное, обязательное судебное решение оставалось недействующим к ущербу одной из сторон»⁸. Заявители в количестве 11 человек (один из них умер в период рассмотрения дела, и его интересы представляла вдова), граждане РФ, которые родились в 1927–1978 г., полагали, что национальное право России не дало им возможностей эффективно восстановить нарушенные права.

Причиной проблемы, по мнению автора, являлось бездействие органов власти, поскольку все заявители имели на руках вступившие в законную силу решения национальных судов, которые обязывали бездействующие органы власти обеспечить заявителей жильем (наибольшее количество дел), либо прекратить бездействие в вопросах ремонта систем жизнеобеспечения, либо обеспечить инвалида транспортным средством и т.д. Указанные постановления вступили в силу между 2002 и 2009 годами, но исполнялись чрезвычайно долго, а отдельные не исполнены до настоящего времени. Часть заявителей (шесть человек) подали иски в российские суды с просьбой компенсировать вред, причиненный несвоевременным исполнением судебных постановлений. При этом в основу своих исков они положили нормы Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»⁹, который был принят во исполнение постановления ЕСПЧ по делу «Бурдов против Российской Федерации — 2»¹⁰ (первое пилотное постановление ЕСПЧ в отношении России).

Но российские суды отказали в рассмотрении указанных исков, мотивируя это тем, что данный Федеральный закон касается только тех случаев, когда имеет место несвоевременное исполнение судебных постановлений, предусматривающих обращение взыскания на средства государственного бюджета. Заявители обжаловали отказы, однако Верховный Суд России, рассмотрев в 2010–2011 гг. жалобы, согласился с позицией нижестоящих судов, чем, по мнению автора, фактически констатировал факт неполного исполнения Россией постановления ЕСПЧ по делу «Бурдов против Российской Федерации — 2».

Отметим, что до рассмотрения дела «Герасимов и другие против России» ЕСПЧ уже вынес по сходным жалобам против России более 150 постановлений в порядке обычной процедуры. С учетом указанных обстоятельств ЕСПЧ констатировал наличие в Российской Федерации серьезнейших структурных проблем в сфере исполнения вступивших в законную силу судебных постановлений. Дело «Герасимов и другие против России» наглядно иллюстрировало широкий диапазон ситуаций, незащищенность заявителей и периодичность возникновения сходных проблем в последние 15 лет. ЕСПЧ констатировал, что суть оснований дела, чрезмерное число жертв нарушения, актуальность скорейшего адекватного противодействия нарушению прав человека и основных свобод дают возможность использовать на практике процедуру пилотного постановления. Был вынесен вердикт, что «Россия обязана в течение одного года с момента, когда постановление станет окончательным, создать эффективное внутригосударственное средство правовой защиты, обеспечивающее адекватное и достаточное возмещение за неиспол-

⁸ Постановление Европейского суда по правам человека от 16 июня 2001 г. по делу «Хорнсби (Hornsby) против Греции», от 7 мая 2002 г. по делу «Бурдов против России», от 27 мая 2004 г. по делу «Метаксас (Metaxas) против Греции», от 10 июля 2006 г. по делу «Мостаччуоло (Mostacciolo) против Италии (№ 2)», от 15 февраля 2007 г. по делу «Райлян против России» и др.

⁹ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

¹⁰ См.: Постановление ЕСПЧ по делу *Burdov v. Russia* (№ 2) (3509/04) от 15 января 2009 г.

нение или несвоевременное исполнение судебных актов, возлагающих на российские органы власти обязательства в натуре»¹¹.

По поводу еще 600 подобных дел (по которым ответчиком в качестве Высокой договаривающейся стороны выступает Россия), имеющих в производстве ЕСПЧ, был вынесен вердикт о том, что «в течение двух лет с момента, когда постановление станет окончательным, Россия обязана восстановить права всех пострадавших от длительного неисполнения судебных актов, содержащих обязательства в натуре, которые подали жалобы в ЕСПЧ до вынесения пилотного постановления, и чьи дела были или будут коммуницированы российскому правительству»¹². В пилотном постановлении было отмечено, что пока Россия не примет указанных мер, производство по всем таким делам приостанавливается, но не более чем на два года. По результатам рассмотрения данного дела ЕСПЧ присудил заявителям 61 292 евро в счет справедливой компенсации причиненного им вреда и судебных расходов.

С целью проведения научного эксперимента автор данной статьи обратился в ЕСПЧ с рядом жалоб, в том числе и по вопросу неисполнения вступивших в законную силу решений российских судов, возлагающих на российские органы власти обязательства в натуре. Дело «Сковородко против Российской Федерации» (*Skovorodko v. Russia*) было инициировано жалобой № 24342/06, поданной А.В. Сковородко против Российской Федерации в ЕСПЧ в соответствии со ст. 34 Конвенции 27 апреля 2006 г.

Суть жалобы заключается в следующем. Вступившим 22 января 2002 г. в законную силу решением Московского гарнизонного военного суда от 2 ноября 2001 г. судьи обязали начальника Военного университета представить заявителя к досрочному увольнению с военной службы в соответствии с п. «а» ч. 3 ст. 51 Федерального закона от 28.03.1998 № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе», направив документы для постановки на воинский учет в Замоскворецкий РВК ЦАО Москвы; а министра обороны — уволить заявителя с военной службы в соответствии с пп. «а» ч. 3 ст. 51 того же закона, направив документы для постановки на воинский учет в Замоскворецкий РВК ЦАО.

Согласно действующему законодательству, без обеспечения заявителя и совместно проживающих с ним членов его семьи жилой площадью по избранному месту жительства по установленным нормам либо без согласия заявителя на это министр обороны не вправе уволить заявителя с военной службы. Соответственно, без обеспечения заявителя и совместно проживающих с ним членов его семьи жилой площадью по избранному месту жительства либо без согласия заявителя на это начальник Военного университета не мог представить заявителя к увольнению с военной службы.

Данная правовая позиция подкреплена решением от 05 июля 2004 г. Московского гарнизонного военного суда по гражданскому делу по заявлению Сковородко А.В. (дело № 02-0106/04). Решение вступило в силу 21 января 2005 г.

Согласия на увольнение без обеспечения заявителя жилой площадью по избранному месту жительства заявитель не давал. Заявитель, неоднократно направлявшийся министром обороны России в миротворческие силы, кадровый военнослужащий специальных войск, является инвалидом 1 группы 3 степени вследствие военной травмы, полученной при выполнении боевой задачи. Индивидуальной программой реабилитации инвалида констатирована его нуждаемость в инвалидном кресле-коляске с электроприводом в

¹¹ Постановление Европейского суда по правам человека от 01 июня 2014 г. по делу «Герасимов и другие против России» (*Gerasimov and others v. Russia*).§ 226.

¹² Там же. § 231.

связи с частичной парализованностью рук и ног. По правовому статусу заявитель приравнен к инвалиду Великой Отечественной войны и был включен в списки на получение жилья вне очереди, поскольку у него диагностировано злокачественное новообразование, входящее в «Перечень тяжелых форм хронических заболеваний, при которых невозможно совместное проживание граждан в одной квартире»¹³.

Уставленные законом сроки исполнения указанных судебных постановлений давно прошли, однако должники до настоящего времени должным образом их не исполнили.

16 марта 2006 г. Председатель Первой секции ЕСПЧ коммуницировал жалобу властям РФ в составе жалобы № 41519/04 «Муртазины и 59 других жалоб против России («Жилье для военных»)). В соответствии с п. 3 ст. 29 Конвенции ЕСПЧ решил рассмотреть данную жалобу одновременно по вопросу приемлемости и по существу. ЕСПЧ своим письмом от 28 сентября 2010 г. предложил заявителю (Сквородко А.В.) представить любые письменные замечания, касающиеся фактических обстоятельств дела и вопросов сторонам, изложенных в справке от 16 марта 2010 г., подготовленной Секретариатом ЕСПЧ, а также Меморандума властей Российской Федерации, представленного ЕСПЧ 15 сентября 2010 г. Кроме того, заявителю было предложено изложить свои требования, касающиеся справедливой компенсации. Меморандумом от 28 ноября 2010 г. заявитель Сквородко А.В. представил соответствующие письменные замечания и требования о справедливой компенсации, а также ответы на вопросы ЕСПЧ.

29 апреля 2011 г. власти Российской Федерации направили в ЕСПЧ Декларацию от 22 апреля 2011 г. (далее — Декларация № 1) с односторонним предложением исключить жалобу заявителя из списка дел, подлежащих рассмотрению на основании ст. 37 Конвенции. 7 июня 2011 г. в ЕСПЧ были направлены возражения заявителя на одностороннее предложение властей. 19 октября 2012 г. власти РФ вновь направили в ЕСПЧ Декларацию от 19 октября 2012 г. (далее — Декларация № 2) с повторным односторонним предложением исключить жалобу заявителя из списка дел, подлежащих рассмотрению на основании ст. 37 Конвенции, при этом власти РФ отказались от Декларации № 1.

В замечаниях по данному делу, в частности, в Декларации № 2, власти РФ утверждали, что якобы все судебные решения, вынесенные в отношении заявителя, исполнены. Это утверждение, аналогичное утверждению, содержащемуся в Декларации № 1, не соответствует действительности и опровергается целым рядом доказательств. Указанные в Декларации № 2 сроки исполнения судебных решений в отношении заявителя не соответствуют действительности, поскольку решения судов в отношении заявителя не исполнены до настоящего времени. Аналогичные сроки якобы исполнения властями РФ судебных решений в отношении заявителя указаны в Декларации № 1. Новых доказательств власти не предъявили, а предъявленные ими ранее доказательства не обосновывают и не подтверждают доводов Декларации № 2.

В связи с вышеизложенным А.В. Сквородко сделал заявление по поводу Декларации № 2, в котором указывалось, что заявитель желает продолжения рассмотрения его жалобы в ЕСПЧ. Заявитель просил ЕСПЧ отклонить вторичное ходатайство властей РФ об исключении его жалобы из списка дел, подлежащих рассмотрению в соответствии со ст. 37 Конвенции и, соответственно, продолжить рассмотрение его жалобы, поскольку этого требует соблюдение прав человека, гарантированных Конвенцией и Протоколами к ней.

По мнению автора данной статьи, указанные факты свидетельствуют о том, что власти РФ, которые в ЕСПЧ были представлены Уполномоченным РФ при ЕСПЧ Г.О. Матюшкиным, злоупотребляют процессуальными правами и умышленно предпринимают

¹³ Утв. Постановлением Правительства России от 16 июня 2006 г. № 378.

действия, направленные на затягивание вынесения окончательного решения по данному делу, что отнюдь не способствует защите заявителя от бездействия российских органов публичной власти и восстановлению его конституционного права на судебную защиту.

Еще одна жалоба в ЕСПЧ «Сковородко против Российской Федерации» (*Skovorodko v. Russia*) № 73303/11 вошла в состав дела № 4520/05 «Завалишина и другие 161 заявитель против России». Суть жалобы: решением от 8 декабря 2011 г. Перовского районного суда Москвы по гражданскому делу № 2-8730/10-2011 г. по заявлению Сковородко А.В. был признан незаконным отказ отдела Военного комиссариата Москвы по Перовскому району ВАО в оформлении и выдаче заявителю документов, необходимых для получения единовременного пособия. Решение вступило в законную силу 16 февраля 2012 г., однако не исполнялось в течение длительного времени.

Следует отметить, что все заявители по делу № 4520/05 «Завалишина и другие 161 заявитель против России» имеют окончательные судебные решения в их пользу, налагающие определенные обязательства в натуре в отношении различных органов государственной власти. Эти судебные решения исполнялись неоправданно долго либо остаются неисполненными по сей день. Заявители жаловались в соответствии с различными положениями Конвенции на неспособность национальных властей исполнить окончательные судебные решения в их пользу. Некоторые заявители также жаловались на отсутствие эффективного средства правовой защиты против неисполнения судебных решений, вынесенных в их пользу. Письмом от 4 декабря 2014 г. ЕСПЧ уведомил заявителя по жалобе № 73303/11 «Сковородко против Российской Федерации», что председатель Секции 24 ноября 2014 г. решил рассмотреть его жалобу одновременно в отношении приемлемости и по существу.

В письме указывалось, что в соответствии с пилотным постановлением «Герасимов и другие против России», государство-ответчик должно предоставить адекватное и достаточное возмещение в пределах двух лет со дня, когда постановление суда становится окончательным, всем пострадавшим от неисполнения или задержки в исполнении внутренних судебных решений. Имелись в виду решения, накладывающие обязательства в натуре на органы государственной власти. Данное указание касалось тех заявителей, которые подали жалобы до вынесения пилотного постановления «Герасимов и другие против России», и чьи жалобы были коммуницированы правительству в соответствии с правилом 54 § 2(Б) Регламента Суда (см. § 230-31 и п. 13 резолютивной части указанного постановления).

Пилотное постановление «Герасимов и другие против России» вступило в силу 1 октября 2014 г. Жалоба «Сковородко против Российской Федерации» была подана до 1 июля 2014 г. и поэтому подпадает под его действие. Таким образом, до 1 октября 2016 г. Россия была обязана принять в отношении жалобы № 73303/11 меры, предусмотренные указанным пилотным постановлением. Из Постановления об окончании исполнительного производства от 19 января 2016 г. судебного пристава-исполнителя Е.А. Андреевой автору статьи стало известно, что решение в отношении Военного комиссариата Москвы по Перовскому району ВАО от 08 декабря 2011 г. по его жалобе, принятое Перовским районным судом Москвы, вступившее в законную силу 16 февраля 2012 г., невыполнение которого было одним из оснований жалобы «Сковородко против Российской Федерации», исполнено.

Таким образом, можно констатировать важную роль ЕСПЧ в механизме защиты от бездействия органов публичной власти, в частности, в вопросах выявления в РФ серьезнейших структурных проблем в сфере исполнения вступивших в законную силу судебных постановлений и принятия соответствующих мер.



Библиография

- Воскобитова М. Механизм рассмотрения жалобы в Европейском суде по правам человека. [Электронный ресурс] <http://www.medialaw.ru/article10/3/1.htm> (дата обращения: 05.03.2014)
- Диков Г.В. Правовая природа предписаний Европейского Суда в рамках пилотной процедуры / Реализация Европейской Конвенции по правам человека национальными судебными системами: опыт Италии и России. Страсбург — Санкт-Петербург: СЕСЖ, 2013. С. 197–207.
- Зимненко Б.Л. Вопросы реализации судами общей юрисдикции Федерального закона от 30 апреля 2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» // Судья. 2011. № 3. С. 17–24.
- Зорькин В. Роль Конституционного Суда Российской Федерации в реализации Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 1(54). С. 34–38.
- Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике Конституционных Судов стран Европы: Сборник. М.: Ин-т права и публичной политики, 2006. С. 173–182.
- Ковлер А.И. «Герасимов и другие против России» — новое «пилотное» постановление Европейского суда // Международное правосудие. 2014. № 3. С. 3–10.
- Ковлер А.И. Итоги Европейского суда по правам человека в 2011 году // Российский судья. 2012. № 4. С. 6–14.
- Ковлер А.И. «Моральный суверенитет» перед лицом «государственного суверенитета» в европейской системе защиты прав человека» // Международное правосудие. 2013. № 3. С. 52–63.
- Ковлер А.И. Новые тенденции в практике Европейского Суда по правам человека: «пилотные постановления» о «структурных проблемах» // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2006. № 5. С. 6–9.
- Лобов М. Прямое действие постановлений Европейского суда по правам человека во внутреннем праве: сравнительный обзор // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы. М.: Институт права и публичной политики, 2006. С. 30–43.
- Патракеев С. Системные нарушения: новые тенденции в практике Европейского Суда по правам человека по жалобам против России // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2 (55). С. 75–80.
- Санберг Ф. Совет Европы: новые правила Комитета министров, регламентирующие порядок осуществления надзора за исполнением постановлений Европейского Суда по правам человека // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2006. № 6. С. 19–21.
- Фриберг Э. Пилотные постановления с точки зрения Европейского Суда по правам человека // Права человека. Практика Европейского Суда по правам человека. 2008. № 8. С. 10–14.
- Fribergh E. Pilot Judgments from the Court's Perspective. Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights at National Level. Directorate General of Human Rights, Council of Europe, F-67075. Strasbourg: Cedex, 2008. pp. 86–93.
- Lambert-Abdelgawad E. Le protocole 14 et l'execution des arrest de la Cour europeene des droits de l'homme / G. Cohen-Jonathan, J.F. Flauss. La Reforme du systeme de controle contentieux de la Convention europeene de droits de l'homme // Droit et Justice. Vol. 61. 2005. 102 p.

The Role of European Court on Human Rights in Mechanism of Protection from Inaction of Public Power Institutions in Russia



Alexander V. Skovorodko

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



Abstract

The paper analyzes the ECHR case practice on the efficiency of the body to implement the right of RF citizens to enforce the enacted court decisions as a constitutional guarantee of judicial protection. The author shows the current degree of legal nihilism expressed by public authorities as to the obligatory judicial acts. The objective of the paper is analyzing the possibilities to overcome the non-feasance of Russian authorities on solving this system problem serving a basis to address the ECHR on similar cases. The author researches the mechanism of identifying structural issues and analyzes the implementation of the methods of pilot judgements which obliged states to take measures to solve the problems. The research concerns the ECHR tasks to use the procedure of pilot judgements and legal framework determining the mechanism and consequences of taking pilot judgements. The analysis also concerns the causes determining the application of such judgements by the ECHR with the major one being limited resources and possibilities of the ECHR in the condition of the growing number of individual complaints. On the basis of the analysis, the author concludes that the key cause of system issues in Russia is non-feasance of Russian Public authorities. The paper presents the results of the scientific experiment arranged by the author, who addressed the ECHR with complaints including those on the non-compliance with court decisions by Russian courts. As a result, some of the complaints filed by the author were considered by the ECHR on the basis of pilot judgements related to Russia.



Keywords

non-feasance of public authority, ECHR, constitutional right to judicial protection, right to implementing final and binding court decision, European Convention on Human Rights of 1950, pilot judgements, systemic problem, efficient remedies.

Citation: Skovorodko A.V. (2016) The Role of European Court on Human Rights in Mechanism of Protection from Inaction of Public Power Institutions in Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 61–71 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.61.71



References

- Dikov G.V. (2013) Pravovaya priroda predpisaniy Evropeyskogo Suda v ramkakh pilotnoy protsedury [Legal Nature of ECHR Precepts within Pilot Procedure]. *CECJ*, pp. 197–207.
- Fribergh E. (2008) Vystuplenie g-na Erika Friberga, Sekretarya-kantslera Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka, na temu «Pilotnye postanovleniya s tochki zreniya Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka» [Pilot Judgments from the Court's perspective" (lecture, Stockholm Colloquy, 9-10 June)]. *Prava cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*, no 8, pp. 10–14.
- Implementatsiya resheniy Evropeyskogo suda po pravam cheloveka v praktike Konstitutsionnykh Sudov stran Evropy: Sbornik dokladov (2006) [Implementing ECHR Decisions on the Practice of European Constitutional Courts]. Moscow: In-t prava i publichnoy politiki, pp. 173–182.
- Kovler A.I. (2014) «Gerasimov i drugie protiv Rossii» — novoe «pilotnoe» postanovlenie Evropeyskogo suda [Gerasimov and others v Russia — New Pilot Judgement of ECHR]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 3, pp. 3–10.
- Kovler A.I. (2012) Itogi Evropeyskogo suda po pravam cheloveka v 2011 godu [Activity of ECHR in 2011]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 4, pp. 6–14.
- Kovler A.I. (2013) «Moral'nyy suverenitet» pered litsom «gosudarstvennogo suvereniteta» v evropeyskoy sisteme zashchity prav cheloveka» [Moral Sovereignty v State Sovereignty within European Human Right Framework]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no 3, pp. 52–63.
- Kovler A.I. (2006) Novye tendentsii v praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka: «pilotnye postanovleniya» o «strukturykh problemakh» [New Tendencies in ECHR Practice: Pilot Judgements on Structural Problems]. *Prava cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*, no 5, pp. 6–9.
- Lobov M. (2006) Pryamoe deystvie postanovleniy Evropeyskogo suda po pravam cheloveka vo vnutrennem prave: sravnitel'nyy obzor [Direct Influence of ECHR Decisions on Internal Law: Comparative Overview]. *Implementatsiya resheniy Evropeyskogo suda po pravam cheloveka v praktike konstitutsi-*

onnykh sudov stran Evropy [Implementing ECHR Decisions by European Constitutional Courts]. Moscow: Institut prava i publichnoy politiki, pp. 30–43.

Patrakeev S. (2006) Sistemnye narusheniya: novye tendentsii v praktike Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka po zhalobam protiv Rossii [Systemic Violations: Tendencies in the ECHR Practice on the Complaints against Russia]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 2 (55), Moscow: Institut prava i publichnoy politiki, pp. 75–80.

Sanberg F. (2006) Sovet Evropy: novye pravila Komiteta ministrov, reglamentiruyushchie poryadok osushchestvleniya nadzora za ispolneniem postanovleniy Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka [Council of Europe: New Rules of the Committee of Ministers on Administering the Observation over the Implementation of the ECHR]. *Prava cheloveka. Praktika Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka*, no 6, pp. 19–21.

Voskobitova M. *Mekhanizm rassmotreniya zhaloby v Evropeyskom sude po Pravam Cheloveka* [Mechanism of Processing Complain in the ECHR]. Available at: <http://www.medialaw.ru/article10/3/1.htm> (accessed: 05 March 2014)

Zimnenko B.L. (2011) Voprosy realizatsii sudami obshchey yurisdiktsii Federal'nogo zakona ot 30 aprelya 2010 goda № 68-FZ «O kompensatsii za narushenie prava na sudoproizvodstvo v razumnyy srok ili prava na ispolnenie sudebnogo akta v razumnyy srok» [Issues of Implementing Law FZ no 68 On Compensation for Violating Right to Judicial Procedure]. *Sud'ya*, no 3, pp. 17–24.

Zor'kin V. (2006) Rol' Konstitutsionnogo Suda Rossiyskoy Federatsii v realizatsii Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod [Role of the RF Constitutional Court in Implementing European Convention on Human Rights]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 1(54), pp. 34–38.

Защита персональных данных в телемедицине¹



М.С. Журавлев

младший научный сотрудник Международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: mzhuravlev@hse.ru



Аннотация

Актуальность вопросов защиты персональных данных в телемедицине предопределена стремительным развитием информационных технологий в разных сферах общественных отношений, в том числе в сфере здравоохранения. Ключевая проблема заключается в том, что существующее правовое регулирование в области защиты персональных данных в недостаточной степени соответствует потребностям развития телемедицины. Вместо того, чтобы способствовать технологическому развитию, законодательство создает необоснованные барьеры для внедрения инноваций в здравоохранение. Эффективное функционирование современных информационно-коммуникационных технологий нуждается в обеспечении свободного, безопасного и легитимного обмена информацией между всеми субъектами телемедицинских отношений. Статья содержит рекомендации по совершенствованию законодательства о персональных данных в условиях развития телемедицины. В частности, предлагается устранить обязательное требование к письменному согласию на обработку специальных категорий персональных данных; законодательно установить специальные основания для обработки персональных данных в телемедицинских целях; дифференцировать возможность обработки персональных данных в телемедицинских целях по трем основаниям («без согласия», «без согласия, но с возможностью отказа от обработки», «с согласия»). Необходимо закрепить правовой статус субъектов телемедицинской деятельности и при необходимости предусмотреть специальные требования к обработке персональных данных этими субъектами. Кроме того, важно установить отраслевые стандарты обеспечения безопасности информационных систем здравоохранения с учетом специфических угроз, характерных для телемедицинских технологий. Помимо требований к обработке персональных данных, в статье уделяется внимание законодательному подходу к организации информационных систем здравоохранения, без которых невозможно функционирование телемедицины. Раскрывается тезис, что законодательство в данной сфере должно способствовать интеграции и взаимодействию информационных систем здравоохранения, увеличению области полезного использования данных систем, а также повышению роли пациента в управлении персональными электронными записями о здоровье. Методологическую основу исследования составляют анализ нормативно-правовых актов и законопроектов, сравнительно-правовой метод (российский опыт сравнивается с опытом ЕС и США) и метод правового моделирования (предлагаются поправки в российское законодательство).



Ключевые слова

телемедицина, электронное здравоохранение, персональные данные, информационная безопасность, информационные системы здравоохранения, Интернет вещей, Большие данные.

Библиографическое описание: Журавлев М.С. Защита персональных данных в телемедицине // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 72–84.

JEL: K3; УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.72.84

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

Развитие информационно-коммуникационных технологий в медицине влечет за собой целый комплекс правовых вопросов², от решения которых зависят темпы практического внедрения достижений телемедицины, а также защита прав и законных интересов субъектов телемедицинских отношений. Одна из важных проблем развития телемедицины состоит в обеспечении свободного, безопасного и легитимного обмена информацией о состоянии здоровья граждан. Юридический аспект данной проблемы заключается в двух ключевых задачах: изменение законодательных требований к организации информационных систем здравоохранения и совершенствование правового режима персональных данных с учетом особенностей телемедицинских технологий. Обе задачи нуждаются в системном и согласованном решении.

Подходы к организации информационных систем здравоохранения подвергаются реформированию во всех странах, озабоченных вопросами распространения электронной медицины³. Основными тенденциями развития законодательства в этой сфере можно назвать юридическое закрепление статуса электронных записей о здоровье (EHR — *electronic health records*), обеспечение централизации этих записей и расширение прав пациентов по управлению своими записями о здоровье⁴.

Действующий российский подход к информационным системам здравоохранения характеризуется недостаточной ориентированностью на использование современных информационно-коммуникационных технологий в медицине. Несмотря на то, что ст. 91 ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»⁵ закрепляет статус информационных систем в сфере здравоохранения, на практике функционируют системы (преимущественно в области обязательного медицинского страхования в соответствии с законом об ОМС⁶), которые в своей совокупности и по своим характеристикам не в полной мере отвечают потребностям телемедицины.

Для формирования современных централизованных систем здравоохранения в РФ действующее нормативное регулирование нуждается в совершенствовании с учетом целого ряда факторов. Во-первых, важно обеспечить дальнейшую интеграцию и взаимодействие информационных систем. На сегодняшний день российским законодательством отчасти урегулировано лишь взаимодействие операторов информационных

² В российской научной литературе правовые аспекты телемедицины освещались в следующих работах: Наумов В.Б., Савельев Д.А. Правовые аспекты телемедицины. СПб.: Анатолия, 2002. 107 с.; Богдановская И.Ю. Правовое регулирование телемедицины: опыт США // Врач и информационные технологии. 2007. № 3. С. 64–68; Штыкова Н.Н. Сущность и проблемы реализации электронной медицины (на примере Владимирской области) // Медицинское право. 2014. № 5. С. 22–27.

³ Например, в Великобритании с 2002 года в рамках общей национальной программы в сфере ИТ (National Program for IT) разрабатывается система электронной обработки персональной информации о здоровье. Первым шагом стало создание системы записей резюме (Summary Care Records), представляющих собой электронные записи ключевой информации о здоровье пациентов. Задача создания данной системы заключается в обеспечении быстрого доступа медицинского персонала к необходимой информации о здоровье пациента в любое время и в любом месте, а также в предоставлении более удобного доступа граждан к информации о собственном здоровье. Подробнее см. <http://systems.digital.nhs.uk/scr> (дата обращения: 16.08.2016).

⁴ См. Carlisle G., Whitehouse D., Duquenoy P. (Eds.). eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges. Springer, 2013. P. 40.

⁵ Федеральный закон от 21.11.2011 № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

⁶ Федеральный закон от 29.11.2010 № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422.

систем, входящих в систему обязательного медицинского страхования. Следующий шаг состоит в большей интеграции этих систем и включении в данный механизм других субъектов.

Во-вторых, требуется обеспечение мобильности и динамичности данных, обрабатываемых в информационных системах. Сведения, хранящиеся в информационных системах здравоохранения, должны быть всегда доступны для использования лицами с законным интересом и регулярно актуализироваться.

В-третьих, необходимо расширять область полезного использования информационных систем, в том числе через возможность подключения к этим системам третьих лиц, предлагающих инновационные решения в телемедицине.

В-четвертых, внимание должно уделяться обеспечению прав доступа граждан к персональным электронным записям, хранящимся в информационных системах, включая полномочия по управлению информацией. Такой доступ может быть организован через механизм личного электронного кабинета с удобным и функциональным интерфейсом.

Осознание важности перечисленных факторов уже нашло частичное отражение в законопроектной деятельности органов государственной власти. Министерство здравоохранения РФ представило для общественного обсуждения законопроект⁷, направленный на урегулирование отдельных аспектов использования телемедицинских технологий. В целом данный законопроект обладает рядом несомненных преимуществ, поскольку закрепляет долгожданные правовые конструкции, без которых невозможно развитие телемедицины: дается определение телемедицинским технологиям, указывается на возможность оказания медицинских услуг с их применением, устанавливаются организационно-правовые основы единого информационного пространства, необходимого для безопасного взаимодействия субъектов телемедицинских отношений (включая участников системы частного здравоохранения). Кроме того, законопроект расширяет область полезного использования информационных систем здравоохранения, включая возможность динамического наблюдения за изменением состояния здоровья граждан с социально значимыми заболеваниями.

Вместе с тем, большое количество правовых аспектов, связанных с развитием телемедицины, остались за рамками этого законопроекта либо не получили достаточной степени проработки. Данный тезис также подтверждается отрицательным заключением Минэкономразвития РФ по результатам оценки регулирующего воздействия указанного законопроекта⁸. Серьезным пробелом законопроекта, среди прочего, является отсутствие каких-либо положений, направленных на приведение законодательства о защите персональных данных в соответствие с потребностями функционирования телемедицинских технологий.

Важность вопросов адаптации правового режима персональных данных к условиям развития телемедицины признается во многих странах, где активно внедряются достижения электронной медицины⁹. Однако даже в рамках нового европейского регулиро-

⁷ Проект Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам применения информационно-телекоммуникационных технологий в сфере охраны здоровья граждан и создания национальных научно-практических медицинских центров» // <http://regulation.gov.ru/projects#npa=46654> (дата обращения: 16.08.2016).

⁸ <http://regulation.gov.ru/Files/GetFile?fileid=24a90603-0098-4e20-a04e-5446cc8e9256> (дата обращения: 16.08.2016).

⁹ См. *Gilroy A., Spontoni C., Llewellyn K., Undine von Diemar*. Data protection challenges for telemedicine in the EU and US // *E-Health Law & Policy*. 2015. Vol. 2. Issue 8. P. 12–14.

вания в области защиты персональных данных, вступающего в силу на всей территории ЕС с 25 мая 2018 г.¹⁰, обозначенная проблема не получила своего окончательного решения, что при этом не лишает ее актуальности, а только усиливает потребность в поиске оптимальной модели регулирования¹¹.

Проблемные аспекты применения действующего законодательства о персональных данных к телемедицинским отношениям включают требования конкретного, информированного согласия на обработку персональных данных; закрепление специальных условий обработки персональных данных субъектами телемедицинской деятельности; требования к обеспечению безопасности информационных систем, в которых обрабатываются персональные данные при осуществлении телемедицинской деятельности.

Проблема получения согласия на обработку персональных данных является, пожалуй, наиболее острой и дискуссионной. Краеугольным камнем данной проблемы можно назвать требование конкретности данного согласия. Поскольку в телемедицине обрабатываются преимущественно сведения о здоровье, то задача получения согласия усложняется также необходимостью соблюдения письменной формы с целым рядом дополнительных формальностей¹².

Некоторые авторы¹³ справедливо высказывают мнение, что по мере развития технологий дистанционной обработки персональных данных соблюдение требования к информированному конкретному согласию становится исключительно формальным и не обеспечивает подлинной реализации автономии воли человека. В результате необходимость соблюдения всех формальностей превращается из гарантий права на неприкосновенность личности в дополнительные барьеры для распространения и использования новых технологий. В телемедицине это проявляется с особенной остротой.

Российское законодательство закрепляет существенные барьеры для свободной передачи и дальнейшей обработки сведений о состоянии здоровья граждан. В условиях развития телемедицинских технологий соблюдение всех этих требований является затруднительным и не всегда представляется возможным. К наиболее сложным для соблюдения можно отнести следующие требования:

- конкретного согласия в отношении перечня персональных данных, целей обработки, действий с персональными данными;

¹⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation) // OJ L 119, 4.5.2016. P. 1–88 // <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (дата обращения: 16.08.2016).

¹¹ См.: *Hordern V.* Will the New EU Data Protection Regulation Facilitate Healthcare Innovation? // Chronicle of Data Protection, 26 January 2015 // <http://www.hlдатaprotection.com/2015/01/articles/international-eu-privacy/will-eu-data-protection-regulation-facilitate-healthcare-innovation/> (дата обращения: 16.08.2016); *Hordern V.* The Final GDPR Text and What It Will Mean for Health Data // Chronicle of Data Protection, 20 January 2016 // <http://www.hlдатaprotection.com/2016/01/articles/health-privacy-hipaa/the-final-gdpr-text-and-what-it-will-mean-for-health-data/> (дата обращения: 16.08.2016).

¹² Российское законодательство предъявляет к обработке специальных категорий персональных данных более жесткие требования по сравнению с законодательством ЕС, которое указывает на необходимость получения не обязательно письменного, а явно выраженного (explicit) согласия. Подробнее см. разъяснения Рабочей группы ЕС по персональным данным: Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 15/2011 on the definition of consent. P. 25 // http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wp-docs/2011/wp187_en.pdf (дата обращения: 16.08.2016).

¹³ См., напр.: *Mantovani E., Quinn P.* mHealth and data protection — the letter and the spirit of consent legal requirements // *International Review of Law, Computers & Technology*. Volume 28. 2014. Issue 2. P. 222.

- письменной формы согласия;
- к указанию реквизитов документов субъекта персональных данных
- к перечислению конкретных обработчиков персональных данных и ряд других обязательных к соблюдению положений ФЗ «О персональных данных»¹⁴.

Реализация потенциала телемедицинских технологий не всегда предполагает возможность заранее определить конкретный перечень персональных данных, цели и способы их обработки¹⁵. В особенности это касается обработки персональных данных в медицинских исследованиях. Перечень персональных данных, цели и способы их обработки в телемедицине имеют динамический характер, что с формальной точки зрения ставит вопрос о необходимости регулярного предоставления согласия субъекта персональных данных.

Письменное согласие также может быть дано в форме электронного документа, подписанного электронной подписью в соответствии с ФЗ «Об электронной подписи»¹⁶. Законодательство не уточняет, какой вид электронной подписи может использоваться для представления согласия, из чего можно сделать вывод, что достаточно использовать простую электронную подпись. Это значительно облегчает дистанционное предоставление согласия, хоть и не исключает необходимости генерации кодов и паролей, посредством которых осуществляется идентификация лица, подписывающего электронный документ.

Требование указания полных реквизитов основного документа, удостоверяющего личность субъекта персональных данных, представляется явно излишним. Во-первых, данное требование нагружает субъектов информационного взаимодействия обременениями, имеющими сомнительную необходимость для обеспечения информированного согласия. Во-вторых, законодательство обязывает предоставлять эти весьма «чувствительные» сведения даже в том случае, когда субъект персональных данных не желает их предоставлять оператору, и при этом оператор не нуждается в этих сведениях для достижения целей обработки персональных данных.

Наконец, указание в согласии на обработку персональных данных конкретных лиц (наименование или ФИО, адрес), которым оператор поручает обработку персональных данных, также создает определенные трудности. В частности, технически в обработке персональных данных могут быть задействованы разные средства, находящиеся в ведении разных субъектов, состав которых и юридические сведения о которых также могут изменяться.

Таким образом, возможности по обработке персональных данных с письменного согласия субъекта в условиях развития телемедицины, предполагающей обработку больших объемов динамической информации, существенно ограничены рамками действующего законодательства.

¹⁴ Федеральный закон от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. 2006, № 31 (1 ч.). Ст. 3451 (далее — ФЗ «О персональных данных»).

¹⁵ Данный тезис справедлив в отношении многих современных технологий, объединяемых понятием технологий обработки Больших данных (Big Data), которые также могут использоваться в медицине. Подробнее о проблемных аспектах применения законодательства о персональных данных к технологиям обработки Big Data см.: Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 43–67.

¹⁶ Федеральный закон от 06.04.2011 № 63-ФЗ «Об электронной подписи» // СЗ РФ. 2011. № 15. Ст. 2036.

Для решения этой проблемы возможны два пути развития законодательства: 1) фундаментальный, связанный с пересмотром принципов и условий обработки персональных данных; 2) ситуативный, предполагающий включение в законодательство исключений для специального урегулирования конкретных правоотношений (а именно — отношений по обработке персональных данных в телемедицине).

Реализация первого подхода требует системного переосмысления законодательства о персональных данных, на что необходимо затратить серьезные интеллектуальные и организационные ресурсы. Представляется, что в долгосрочной перспективе данный подход окажется предпочтительным, поскольку современные информационные технологии, изменяющие парадигму информационного взаимодействия субъектов¹⁷, будут проникать во все большее количество сфер общественных отношений. В конце концов, настанет момент, когда ситуативными способами решить проблему защиты персональных данных будет невозможно и потребуются системное изменение законодательства.

Тем не менее, на данном этапе вопрос о защите персональных данных в телемедицине можно и нужно решать посредством специального регулирования. ФЗ «О персональных данных» уже содержит механизмы, позволяющие предусматривать в законодательстве исключения из применения общих требований. Более того, в законе есть немало исключений, список которых регулярно пополняется, что также свидетельствует о кризисном состоянии действующей модели правовой защиты персональных данных.

Применительно к медицинской сфере в ФЗ «О персональных данных» предусмотрены исключения, разрешающие обработку персональных данных без согласия субъекта в следующих случаях: 1) обработка персональных данных необходима для защиты жизни, здоровья или иных жизненно важных интересов субъекта персональных данных, если получение согласия субъекта персональных данных невозможно; 2) обработка специальной категории персональных данных осуществляется в медико-профилактических целях, в целях установления медицинского диагноза, оказания медицинских и медико-социальных услуг при условии, что обработка осуществляется лицом, профессионально занимающимся медицинской деятельностью и обязанным сохранять врачебную тайну; 3) обработка специальной категории персональных данных осуществляется в соответствии с законодательством об обязательных видах страхования, со страховым законодательством; 4) обработка персональных данных осуществляется в статистических или иных исследовательских целях при условии обязательного обезличивания персональных данных.

Закономерно возникает вопрос о достаточности перечисленных исключений для обработки персональных данных в телемедицинских целях. Представляется, что указанных исключений в их нынешней формулировке явно недостаточно для легитимации обработки персональных данных в телемедицине без согласия субъекта персональных данных. Кроме того, разнообразие способов использования телемедицинских технологий и необходимость уважения автономии воли человека не вписываются в жесткое дихотомическое деление «с согласием — без согласия».

Конечно, осуществление отдельных видов телемедицинской деятельности вполне могло бы вписаться в уже предусмотренные случаи обработки персональных данных без согласия пациента (например, в случае необходимости оказания экстренной медицинской помощи). Однако существенная часть телемедицины, особенно ее наиболее

¹⁷ Подробнее см.: *Birnhack M. S-M-L-XL Data: Big Data as a New Informational Privacy Paradigm* (August 15, 2013). *Big Data and Privacy: Making Ends Meet 7–10* (Future of Privacy Forum & Center for Internet & Society, Stanford Law School) (2013) // <http://ssrn.com/abstract=2310700> (дата обращения: 16.08.2016).

инновационная сфера (например, использование «Интернета вещей» для дистанционного наблюдения за пациентами), остается за пределами регулирования. Даже возможности по осуществлению медицинских исследований при обезличивании персональных данных сталкиваются с серьезными ограничениями¹⁸.

В связи с этим можно предусмотреть в ч. 1 ст. 6 и ч. 2 ст. 10 ФЗ «О персональных данных» дополнительное основание для обработки персональных данных — «обработка персональных данных осуществляется субъектами телемедицинской деятельности в целях оказания телемедицинских услуг и осуществления научных и статистических исследований с использованием телемедицинских технологий».

Имплементация подобных положений в ФЗ «О персональных данных» должна осуществляться системно, с одновременным изменением положений ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». В частности, следует закрепить понятие телемедицинских услуг, телемедицинских технологий, определить субъектов телемедицинской деятельности, включить основания для предоставления сведений, составляющих врачебную тайну, субъектам телемедицинской деятельности с обязательством соблюдать конфиденциальность полученных сведений.

Примечательно, что в альтернативном законопроекте о телемедицине, разработанном Фондом развития Интернет-инициатив и некоторыми представителями Интернет-индустрии¹⁹, предусмотрены многие из вышеперечисленных положений. Закреплены понятия телемедицины, телемедицинской услуги. Более того, предложены изменения в ст. 10 ФЗ «О персональных данных», разрешающие обработку специальных категорий персональных данных в целях организации оказания телемедицинских услуг при условии, что обработка персональных данных осуществляется лицом, обязанным в соответствии с законом сохранять их конфиденциальность. Тем не менее, проект закона в данном виде пока не продвинулся на следующие этапы законотворческого процесса, хотя и обсуждается на государственном уровне совместно с представителями IT-индустрии²⁰.

Рассмотренная модель законодательного регулирования отношений, связанных с обработкой персональных данных в телемедицине, не лишена недостатков. Ее концептуальный недостаток состоит в игнорировании воли субъекта персональных данных. Законодатель самостоятельно определяет, что любые персональные данные могут обрабатываться в телемедицинских целях без согласия граждан. По факту мы получим переход из одной крайности в другую. Вновь встанет вопрос о легитимности новой модели правового регулирования.

Представляется, что подходы к согласию субъекта персональных данных на их обработку должны быть дифференцированы не в зависимости от вида персональных дан-

¹⁸ При обработке большого массива персональных данных современными технологиями полное обезличивание представляется трудно достижимым ввиду деобезличивающего (индивидуализирующего) потенциала таких технологий. Подобная мысль была изложена еще в 2007 году в отчете Рабочей группы ЕС по персональным данным: Opinion 4/2007 on the Concept of Personal Data, WP136 (2007). P. 18 // http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf (дата обращения: 15.05.2016). Подробнее о влиянии технологий Big Data на возможность обезличивания персональных данных см.: Santos J. The Myth of Anonymization: Has Big Data Killed Anonymity? // Kantar Health, March 2015 // <http://www.kantarhealth.com/docs/white-papers/the-myth-of-anonymization-has-big-data-killed-anonymity-.pdf> (дата обращения: 16.08.2016).

¹⁹ О разработке законопроекта см.: Телемедицина ждет своего рецепта // <http://www.kommersant.ru/doc/2882970> (дата обращения: 16.08.2016).

²⁰ Законопроект о телемедицине обсудили на заседании в Госдуме // <http://www.vesti.ru/doc.html?id=2755645> (дата обращения: 16.08.2016).

ных (обычные или специальные), а в зависимости от наличия публичного интереса в обработке тех или иных персональных данных. При наличии публичного интереса со стороны большого количества субъектов законодатель может избрать две модели регулирования:

- 1) разрешить обработку персональных данных вне зависимости от согласия субъекта;
- 2) разрешить обработку персональных данных без согласия субъекта до тех пор, пока субъект не выразит несогласия с обработкой персональных данных (модель «opt-out»²¹).

Обе модели могли бы использоваться для реализации публичных интересов и дифференцироваться в зависимости от конкретных целей и потребностей с учетом разумного и достаточного ограничения воли субъектов персональных данных.

Что касается необходимости защиты более чувствительных данных, то здесь ключевую роль должно играть не письменное согласие субъекта, которое не предоставляет более надежных гарантий защиты персональных данных, а повышенные стандарты безопасности, которые обязаны соблюдать операторы/обработчики таких данных. В законодательстве уже предусмотрена дифференциация требований к защите информационных систем в зависимости от потенциальных угроз, которые, в том числе определяются видом персональных данных, обрабатываемых в этих системах²². Существующее разграничение формы согласия в зависимости от вида обрабатываемых данных создает лишние препятствия при осуществлении разных видов деятельности и трудности с толкованием законодательства²³, особенно, когда обработке подлежат одновременно обычные и специальные категории персональных данных.

Другим важным вопросом защиты персональных данных в телемедицине, тесно связанным с требованием к согласию на обработку, является закрепление круга субъектов телемедицинской деятельности, участвующих в обработке персональных данных. Распространение различных мобильных устройств в медицине, функционирование медицинских онлайн-сервисов, внедрение облачных технологий в медицину, использование технологий обработки больших данных вовлекает в эту сферу все больше новых субъектов (провайдеров доступа к Интернету, хостинг-провайдеров, администраторов сайтов, операторов облачных сервисов, производителей IT-устройств, фармацевтические компании, платежные системы и т.д.). Многие из этих субъектов тем или иным образом связаны с обработкой персональных данных пациентов.

Закон «О персональных данных» по общему правилу не содержит ограничений в отношении фигуры оператора/обработчика персональных данных. Обрабатывать сведения о пациентах могут любые лица при соблюдении принципов и условий обработки персональных данных. Вместе с тем, в рамках телемедицины встает вопрос о специаль-

²¹ В п. 2 ст. 9 ФЗ «О персональных данных» предусмотрена возможность отзыва согласия на обработку персональных данных. Однако в законе отдельно оговаривается, что оператор вправе продолжить обработку персональных данных при наличии оснований, разрешающих их обработку без согласия субъекта персональных данных. Таким образом, в российском законодательстве о персональных данных не предусмотрена модель «opt-out» как способ получения согласия на их обработку.

²² Постановление Правительства РФ от 01.11.2012 № 1119 «Об утверждении требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» // СЗ РФ. 2012. № 45. Ст. 6257.

²³ Следует отметить проблему соотношения условий обработки обычных и специальных персональных данных. Из буквального толкования закона можно сделать вывод, что условия обработки специальных персональных данных дополняют условия обработки обычных персональных данных. Однако системное и телеологическое толкование приводит к заключению, что имеет место не дополнение, а замена одних условий другими.

ном урегулировании возможности обработки персональных данных субъектами телемедицинской деятельности.

На сегодняшний день в российском законодательстве в качестве специальных субъектов обработки персональных данных в медицине можно выделить лиц, профессионально занимающихся медицинской деятельностью и обязанных сохранять врачебную тайну, и субъектов отношений в области медицинского страхования (следует из п. 8 ч. 2 ст. 10 ФЗ «О персональных данных»). Очевидно, что для легитимации обработки персональных данных в телемедицинских целях требуется законодательное закрепление статуса субъектов телемедицинской деятельности²⁴. При этом на отдельные субъекты могут быть наложены дополнительные обязанности (специальные требования по аккредитации, к обеспечению конфиденциальности, уведомлению об утечках информации, хранению персональных данных²⁵ и т.п.).

Наконец, еще один важный блок вопросов, связанный с защитой персональных данных в телемедицине, касается обеспечения безопасности информационных систем персональных данных, используемых в телемедицине.

Защита любой конфиденциальной информации требует применения целого комплекса правовых, организационных и технических мер защиты. При этом уровни безопасности и соотношение этих мер должны зависеть от многих факторов: объема обрабатываемых данных, степени чувствительности данных, количества лиц, имеющих доступ к данным, добровольности/обязательности передачи данных в обработку, динамизма/статичности данных, хранящихся в базе и т.п. Информационные системы персональных данных, используемых в телемедицине, обладают такими характеристиками, которые требуют наибольшего уровня защиты. Важнейшими задачами обеспечения безопасности информационных систем в телемедицине являются: предоставление доступа к персональным записям о здоровье граждан только лицам с законным и обоснованным интересом (в том числе внутри медицинской организации); обеспечение физической безопасности ИТ-инфраструктуры, используемой в телемедицине; применение технологий шифрования информации при ее передаче по каналам связи²⁶ и др.²⁷

В Российской Федерации нормативно-правовая база в области защиты информационных систем персональных данных о пациентах включает в себя отдельные положения

²⁴ Например, в США после реформы 2009 года требования к обработке персональной информации о здоровье, установленные актом HIPAA, были распространены на новые субъекты — бизнес-партнеры (business entities), предлагающие инновационные решения в области электронного здравоохранения. Подробнее см.: *Gantt W. (Editor), ABA Health Law Section. E-Health, Privacy, and Security Law, Second Edition, Cumulative Supplement. BNA Books, 2015. P. 73.*

²⁵ Некоторые авторы высказывают неоспорные предложения о необходимости хранения персональных данных о состоянии здоровья граждан только на локальных внутренних серверах конкретного государства (по сути, речь идет о локализации таких данных, что уже предусмотрено в российском законодательстве в отношении любых персональных данных граждан РФ). См.: *Daly A. The law and ethics of 'self-quantified' health information: An Australian perspective // International Data Privacy Law. 2015. 5(2). P. 154.*

²⁶ К перспективным технологиям шифрования чувствительной информации относятся гомоморфные алгоритмы шифрования данных, когда информация передается отдельными зашифрованными пакетами через независимые линии связи. Подробнее см.: <https://issek.hse.ru/trendletter/news/172112565.html> (дата обращения: 16.08.2016).

²⁷ О других механизмах обеспечения информационной безопасности в электронном здравоохранении см.: *Hongyang Yan, Jin Li, Xuan Li, Gansen Zhao, Sun-Young Lee, and Jian Shen. Secure Access Control of E-Health System with Attribute-Based Encryption // Intelligent Automation & Soft Computing. 2006. Vol. 22. N 3. P. 345–352.*

ФЗ «О персональных данных» (главным образом, ст. 19), ряд подзаконных актов²⁸, в том числе отраслевого характера²⁹. Данные акты закрепляют широкий перечень организационных, правовых и технических требований, которые должны соблюдать операторы персональных данных. Однако, как отмечают эксперты, соблюдение большого массива требований законодательства на практике является формальным, ввиду чего реальный уровень безопасности информационных систем здравоохранения гораздо ниже, чем заявленный в документах³⁰. Медицинские информационные системы нуждаются в качественно новом уровне защищенности³¹, обеспечивающем надежность функционирования современных телемедицинских технологий.

Частями 5 и 6 ст. 19 ФЗ «О персональных данных» предусмотрена возможность для отраслевых органов государственной власти, а также ассоциаций, союзов и иных объединений операторов определять дополнительные угрозы безопасности персональных данных, актуальные при обработке персональных данных в информационных системах персональных данных, эксплуатируемых при осуществлении деятельности в определенной сфере. Таким образом, на уровне закона вопросы защиты медицинских информационных систем урегулированы в общем виде — установлен общий правовой режим безопасности персональных данных. Специальный правовой режим безопасности медицинских информационных систем должен устанавливаться отраслевым сообществом с учетом специфических угроз и особенностей функционирования телемедицинских технологий.

В заключение следует подчеркнуть, что развитие телемедицинских технологий обязательно должно сопровождаться комплексным правовым обеспечением. При этом не стоит недооценивать важность правовых аспектов защиты персональных данных в телемедицине. От выработанных подходов к защите персональных данных напрямую зависит доверие общества к телемедицине и готовность бизнеса к предложению инновационных решений в здравоохранении.

Рассмотренные на примере телемедицины проблемы адаптации правового режима персональных данных к современным технологиям ставят фундаментальный вопрос о жизнеспособности действующей модели правовой защиты персональных данных. Сможет ли данная модель пережить переход к качественно новому формату информационного взаимодействия либо ее место займет другая модель — это вопрос открытый. Ответ на него во многом зависит от совместных усилий академического сообщества, переосмысляющего состояние правовых институтов в цифровую эпоху³².

²⁸ Напр., Приказ ФСТЭК России от 18.02.2013 № 21 «Об утверждении Составы и содержания организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных» // Российская газета. № 107. 2013.

²⁹ «Методические рекомендации для организации защиты информации при обработке персональных данных в учреждениях здравоохранения, социальной сферы, труда и занятости» (утверждены Минздравсоцразвития 23.12.2009) // <http://docs.cntd.ru/document/902301906> (дата обращения: 16.08.2016).

³⁰ http://www.cnews.ru/reviews/it_v_zdravoohranenii/articles/kak_zashchitit_persdannye_v_bolnitse/ (дата обращения: 16.08.2016).

³¹ О необходимости разработки новых подходов к обеспечению информационной безопасности в новой технологической парадигме см.: *Bainbridge D.* Introduction to Information Technology Law. 6th Edition. Trans-Atlantic Publications. 2008. P. 635–636.

³² См. напр., *Терещенко Л.К.* Модернизация информационных отношений и информационного законодательства: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, ИНФРА-М, 2013. 227 с.



Библиография

- Богдановская И.Ю. Правовое регулирование телемедицины: опыт США // Врач и информационные технологии. 2007. № 3. С. 64–68.
- Наумов В.Б., Савельев Д.А. Правовые аспекты телемедицины. СПб.: Анатолия, 2002. 107 с.
- Савельев А.И. Проблемы применения законодательства о персональных данных в эпоху «Больших данных» (Big Data) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 1. С. 43–67.
- Терещенко Л.К. Модернизация информационных отношений и информационного законодательства: монография. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, ИНФРА-М, 2013. 227 с.
- Штыкова Н.Н. Сущность и проблемы реализации электронной медицины (на примере Владимирской области) // Медицинское право. 2014. № 5. С. 22–27.
- Gilroy A., Spontoni C., Llewellyn K., Undine von Diemar. Data protection challenges for telemedicine in the EU and US // E-Health Law & Policy. 2015. Vol. 2. Issue 8. P. 12–14.
- Birnback M. S-M-L-XL Data: Big Data as a New Informational Privacy Paradigm (August 15, 2013). Big Data and Privacy: Making Ends Meet 7–10 (Future of Privacy Forum & Center for Internet & Society, Stanford Law School) (2013) // <http://ssrn.com/abstract=2310700> (дата обращения: 16.08.2016).
- Daly A. The law and ethics of 'self-quantified' health information: An Australian perspective // International Data Privacy Law. 2015. 5(2). P. 144–155.
- Bainbridge D. Introduction to Information Technology Law. 6th Edition. Trans-Atlantic Publications, 2008. 665 p.
- Mantovani E., Quinn P. mHealth and data protection — the letter and the spirit of consent legal requirements // International Review of Law, Computers & Technology. Volume 28. 2014. Issue 2. P. 222–236.
- Carlisle G., Whitehouse D., Penny D. (Eds.). eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges. Springer, 2013. XII, 396 p.
- Hongyang Yan, Jin Li, Xuan Li, Gansen Zhao, Sun-Young Lee and Jian Shen. Secure Access Control of E-Health System with Attribute-Based Encryption // Intelligent Automation & Soft Computing. 2006. Vol. 22. № 3. P. 345–352.
- Santos J.. The Myth of Anonymization: Has Big Data Killed Anonymity? // Kantar Health, March 2015 // <http://www.kantarhealth.com/docs/white-papers/the-myth-of-anonymization-has-big-data-killed-anonymity-.pdf> (дата обращения: 16.08.2016).
- Hordern V. The Final GDPR Text and What It Will Mean for Health Data // Chronicle of Data Protection, 20 January 2016 // <http://www.hldataprotection.com/2016/01/articles/health-privacy-hipaa/the-final-gdpr-text-and-what-it-will-mean-for-health-data/> (дата обращения: 16.08.2016).
- Gantt W. (Editor), ABA Health Law Section. E-Health, Privacy and Security Law. Second Edition, Cumulative Supplement. BNA Books, 2015. 538 p.
-

Personal Data Protection in Telemedicine



Mikhail S. Zhuravlev

Junior Research Fellow, International Laboratory for Information Technology and Intellectual Property Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: mzhuravlev@hse.ru



Abstract

The relevance of personal data protection in telemedicine is predetermined by the rapid development of information technologies in different spheres, including health care. The key issue is that current legal framework for personal data protection does not adequately meet the needs of telemedicine. Rather than facilitating technological development the law creates unreasonable barriers for introducing innovations in health care. Modern information and communication technologies require a free, secure and legitimate information exchange among all actors of telemedicine relationships. The ar-

title contains recommendations on improving legislation on personal data for facilitating telemedicine development. The paper mainly focuses on the principles of personal data protection in telemedicine (requirements for informed consent, purposes of processing, special rules for data controllers and data processors, obligations to ensure confidentiality and security etc.). In particular, it is proposed to eliminate the mandatory requirement of written consent for processing special categories of personal data; to establish special grounds for personal data processing in telemedicine purposes; to differentiate the processing of personal data in telemedicine depending on the consent requirement (“without consent” “without consent, but with option to refuse processing”, “with consent”). It is necessary to set the legal status of telemedicine entities and possibly impose special obligations for personal data processing performed by these entities. In addition, it is important to establish industry standards for security of health information systems taking into account specific threats typical to telemedicine technologies. The article also focuses on the Russian legislative approach to health information systems that are crucial for telemedicine. The thesis is supported that legislation in this area should facilitate integration and interoperability of health information systems, expand applicability of these systems and increase the role of patients in management of personal electronic health records. The methodological basis of the research includes analysis of legislation and draft laws on corresponding issues, comparative legal method (in some aspects Russian experience is considered in comparison with experience of the EU and USA) and method of legal modeling (amendments to Russian legislation are proposed).



Keywords

telemedicine; e-health; personal data; information security; health information systems; legislation on personal data; consent to personal data processing; Internet of things; Big Data.

Citation: Zhuravlev M.S. (2016) Personal Data Protection in Telemedicine. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 85–94 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.72.84



References

- Bainbridge D. (2008) *Introduction to Information Technology Law*. Trans-Atlantic Publications, 665 pp.
- Birnhack M. (2013) S-M-L-XL Data: Big Data as a New Informational Privacy Paradigm (August 15, 2013). *Big Data and Privacy: Making Ends Meet 7-10 (Future of Privacy Forum & Center for Internet & Society, Stanford Law School)*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2310700> (accessed 16 August 2016).
- Bogdanovskaya I.Yu. (2007) Pravovoe regulirovanie telemeditsiny: opyt SSHA [Legal Regulation in E-medicine: Case of US]. *Vrach i informatsionnye tekhnologii*, no 3, pp. 64-68.
- Carlisle G., Whitehouse D., Duquenois P. (Eds.) (2013) *eHealth: Legal, Ethical and Governance Challenges*. Springer. XII, 396 pp.
- Daly A. (2015) The law and ethics of ‘self-quantified’ health information: An Australian perspective. *International Data Privacy Law*, 5(2), pp 144-155.
- Gantt III W. A. H. (Editor) (2015) *ABA Health Law Section*. E-Health, Privacy, and Security Law, Second Edition, Cumulative Supplement. BNA Books, 538 pp.
- Gilroy A., Spontoni C., Llewellyn K., von Diemar U. (2015) Data protection challenges for telemedicine in the EU and US. *E-Health Law & Policy*. Vol. 2. Issue 8. pp. 12-14.
- Hongyang Y., Li J., Li. Xuan, Z. Gansen, Lee S., Shen J. (2006) Secure Access Control of E-Health System with Attribute-Based Encryption. *Intelligent Automation & Soft Computing*. Vol. 22, no 3, pp. 345–352.
- Hordern V. (2015) Will the New EU Data Protection Regulation Facilitate Healthcare Innovation? *Chronicle of Data Protection*. Available at: <http://www.hldataprotection.com/2015/01/articles/international-eu-privacy/will-eu-data-protection-regulation-facilitate-healthcare-innovation/> (accessed 16 August 2016);
- Hordern V. (2016) The Final GDPR Text and What It Will Mean for Health Data. *Chronicle of Data Protection*. Available at: <http://www.hldataprotection.com/2016/01/articles/health-privacy-hipaa/the-final-gdpr-text-and-what-it-will-mean-for-health-data/> (accessed 16 August 2016).

- Mantovani E., Quinn P. (2014) mHealth and data protection — the letter and the spirit of consent legal requirements. *International Review of Law, Computers & Technology*. Volume 28, issue 2. pp. 222–236.
- Naumov V.B., Savel'ev D.A. (2002) *Pravovye aspekty telemeditsiny* [Legal Aspects of Telemedicine]. Saint Petersburg: Anatoliya, 107 p. (in Russian)
- Santos J. (2015) The Myth of Anonymization: Has Big Data Killed Anonymity? *Kantar Health*. Available at: <http://www.kantarhealth.com/docs/white-papers/the-myth-of-anonymization-has-big-data-killed-anonymity-.pdf> (accessed 16 August 2016).
- Savel'ev A. I. (2015) Problemy primeneniya zakonodatel'stva o personal'nykh dannyykh v epokhu "Bol'shikh dannyykh" (Big Data) [The Issues of Implementing Legislation on Personal Data in the Era of Big Data]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 43–67.
- Shtykova N.N. (2014) Sushchnost' i problemy realizatsii elektronnoy meditsiny (na primere Vladimirskoy oblasti). *Meditsinskoe pravo*, no 5, pp. 22–27.
- Tereshchenko L.K. (2013) *Modernizatsiya informatsionnykh otnosheniy i informatsionnogo zakonodatel'stva: monografiya* [Updating Information Relations and Information Legislation. Monograph]. Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve RF, INFRA-M, 227 p. (in Russian)

Кодекс административного судопроизводства как решение проблем, связанных с процедурой признания материалов экстремистскими



В.К. Михайлов

государственный советник Российской Федерации 1-го класса, доцент кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: vmikhaylov@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена правовому анализу проблем, связанных с процедурой признания информационных материалов экстремистскими. На основании исследования принятых в спешке законодательных инициатив и в связи с негативной практикой применения положений Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности», вызвавших большой общественный резонанс, автор приходит к неутешительным выводам о перспективах законодательного запрета как содержания в целом, так и отдельных цитат из Библии, Корана, Танаха и Ганджура. Раскрываются нестыковки нормы с конституционными установлениями (принципами светского государства и равенства всех религиозных объединений) и несистемность примененного законодателем подхода. Обращается внимание на корневые проблемы материального и процессуального характера порядка реализации ст. 13 указанного закона, определяющего процедуру признания материалов экстремистскими. При раскрытии правовой природы этих отношений делается вывод о необходимости рассмотрения их наряду с делами, инициируемыми в публичных интересах уполномоченными органами государственной власти в порядке Кодекса административного судопроизводства РФ. Автор выводит их особенности, относящиеся к субъектному составу (кто может выступать в роли административного истца и ответчика), территориальной и инстанционной подсудности (где и какой суд должен рассматривать дела в качестве суда первой инстанции), необходимости возможности защиты заявления (специальные обеспечительные меры), последствиям удовлетворения требований заявителя (конфискация материалов и направление сообщения), порядку обжалования принятого решения (правомочия заинтересованных лиц). Предлагается вывести дела о признании информационных материалов экстремистскими в отдельную главу Кодекса административного судопроизводства раздела IV «Особенности производства по отдельным категориям административных дел» с постанетивной их регламентацией. Подобный подход позволит избежать большинства отмеченных проблем в соблюдении общепризнанных принципов правосудия и реализации заинтересованным лицом (в данном случае административным ответчиком) своего права на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство.



Ключевые слова

судебная защита, экстремизм, информационные материалы, религиозные тексты, административное судопроизводство, Кодекс административного судопроизводства, защита публичных прав.

Библиографическое описание: Михайлов В.К. Кодекс административное производство как решение проблем связанных с процедурой принятия материалов экстремистскими // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 85–94.

В соответствии с ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Это означает, что государство обязано обеспечить полное осуществление права на судебную защиту, которая должна быть справедливой, компетентной и эффективной. Данная обязанность вытекает также из общепризнанных принципов и норм международного права, закрепленных, в частности, в ст. 8 и 29 Всеобщей декларации прав человека (1948) и в ст. 2 (п. 2 и пп. «а» п. 3) Международного пакта о гражданских и политических правах (1966).

В то же время по ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Таким образом, право на судебную защиту предполагает гарантии, которые позволили бы реализовать его в полном объеме и обеспечить эффективное восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости¹. Одной из таких гарантий является закрепленное в ч. 3 ст. 123 Конституции России положение об осуществлении судопроизводства на основе состязательности и равноправия сторон. Принципы состязательности и равноправия сторон должны распространяться на все стадии административного судопроизводства (имеется в виду дела, вытекающие из публичных отношений).

Несмотря на эти требования, в российской правоприменительной практике сложилась устойчивая, но в то же время весьма неоднозначная на наш взгляд, судебная практика по делам о признании материалов экстремистскими. В соответствии со ст. 13 Федерального закона от 25.07.2002 № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности»² (далее — Закон о противодействии экстремизму) информационные материалы признаются экстремистскими федеральным судом по месту их обнаружения, распространения или нахождения организации, осуществившей производство таких материалов, на основании заявления прокурора или при производстве по соответствующему делу об административном правонарушении, гражданскому или уголовному делу. В результате любой прокурор районного (городского) уровня своим заявлением, поданным в суд своего же района, инициирует разбирательство по признанию обнаруженного им материала экстремистским, ограничивающим возможность его распространения на всей территории Российской Федерации. При этом суд, как правило, рассмотрев это заявление в порядке подраздела IV «Особое производство» Гражданского процессуального кодекса³ (в упрощенной процедуре и в отсутствие противной стороны, без обеспечения надлежащих процессуальных гарантий заинтересованных лиц), выносит вполне ожидаемые однобокие решения. Данная проблема ранее детально описывалась автором настоящей работы⁴.

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.1999 № 3-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 УПК РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16.07.1993 «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судостроительстве РСФСР», Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан».

² Российская газета. 2012. № 138–139.

³ Российская газета. 2002. № 220.

⁴ См.: Михайлов В. Процедура признания материалов экстремистскими требует коррекции // Административное право. 2015. № 1. С. 83–88.

Нет сомнений, что именно подобная форма судопроизводства использовалась в печально известном случае с признанием экстремистской Южно-Сахалинским городским судом (решение от 12.08.2015) книги «Мольба (дуа) к Богу: ее значение и место в Исламе»⁵. Это явилось поводом для быстрого принятия Государственной Думой президентского законопроекта, устанавливающего запрет на признание содержания в целом и цитат из Библии, Корана, Танаха и Ганджура (далее — Закон о защите религиозных текстов) экстремистскими⁶. Однако, как известно, законодательные решения, принятые в спешке, зачастую не предвещают ничего хорошего.

Закон о защите религиозных текстов отличается рядом недостатков как содержательного, так и технического плана. В нем перечисляются первоисточники четырех так называемых традиционных религий — христианства, магометанства (ислама), иудаизма и буддизма — не допуская признания их (и цитат из них) экстремистскими материалами. В связи с этим остается неясным, имел ли в виду законодатель оригиналы этих текстов либо все существующие и будущие их переводы, признанные или непризнанные всеми без исключения либо конкретными конфессиями. Также наивно было бы полагать, что канонические книги этих величайших религий ограничиваются перечисленными в Законе о защите религиозных текстов и при желании нельзя подвергнуть проверке на предмет содержания в тексте экстремистских материалов иные, не упомянутые законодателем, что может вызвать не меньшее общественное возмущение.

С учетом изложенного выбор подобной юридической техники, направленной на перечисление некоторых книг, составляющих, по мнению законодателя, духовную основу всего христианства, ислама, иудаизма и буддизма, и исключающей возможность признания их экстремистскими, является малоэффективным, а потому — неоправданным. Кроме того, с учетом наделения иммунитетом не только самих перечисленных в законе текстов, но и цитат из них, стоило бы рассмотреть законодательную возможность (может быть, даже путем придания ретроактивности рассматриваемому закону) пересмотра ранее принятых решений о признании экстремистскими материалов, в которых могли содержаться такие цитаты, возвратив их в российское правовое поле. Однако в силу опять-таки пагубной в нормотворческом процессе спешки такое уточнение в законе отсутствует.

К сожалению, этим проблемы правового подхода отнюдь не ограничиваются.

Согласно ч. 2 ст. 14 Конституции РФ религиозные объединения не только отделены от государства, но и равны перед законом. Под равенством религиозных объединений перед законом следует понимать в том числе «равенство подходов государства ко всем религиозным объединениям». Рассматривая данный принцип, А.А. Со приходит к выводу, что положения ст. 14 Конституции выступает не только конституционно-правовой характеристикой светского государства, но и включается в основы конституционного строя Российской Федерации. По своей юридической конструкции данный принцип обладает признаком устойчивости и однозначности конституционно-правовой характеристики и не дает оснований для расширительного толкования⁷.

В основе данного принципа лежит также понятие юридического равенства, предполагающего «предоставление... равного объема юридических прав и свобод и возложение

⁵ Голубкова Н. На Сахалине отменено решение суда о признании экстремистской книги «Мольба (дуа) к Богу» [Электронный ресурс]: // <http://www.sakhalin.info/news/16.08.2006/108408> (дата обращения: 10.02.2016)

⁶ Горяинов Л. Священные тексты вне подозрений // Парламентская газета. 2015. № 42. С. 9.

⁷ Со А.А. Конституционно-правовой режим равенства религиозных объединений перед законом: современные проблемы и пути решения // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 9. С. 28.

одинакового объема юридических обязанностей»⁸, закрепленного в ст. 19 Конституции РФ. В силу него государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств. Принцип равенства, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, не препятствует законодателю при осуществлении правового регулирования отношений устанавливать различия лишь в правовом статусе лиц, однако они должны принадлежать к разным категориям, а эти различия быть объективно оправданными, обоснованными и соответствуют конституционно значимым целям и требованиям⁹. Из схожей позиции исходит и Европейский Суд по правам человека¹⁰.

В рассматриваемом случае подобных различий между религиозными объединениями, легально действующими на территории России и обладающими своими священными текстами, никак по своему правовому содержанию и значению от перечисленных в Законе о защите религиозных текстов не усматривается. В связи с этим дифференциация прав религиозных объединений, выражающаяся в предоставлении некоторым из них преимуществ в виде запрета признания отдельных их (по мнению законодателя, основных) религиозных текстов экстремистскими материалами с точки зрения Конституции РФ явно не оправдана.

Решение законодателя не находит поддержки и в преамбуле Федерального закона от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» (далее — Закон о свободе совести), как это утверждается в пояснительной записке¹¹, которая помимо христианства, ислама, буддизма, иудаизма признает в качестве составляющей неотъемлемую часть исторического наследия народов России также и другие религии, не наделяя ни одну из них дополнительными преимуществами. Иначе это вступало бы во внутреннее противоречие с положением ст. 4 Закона о свободе совести, которое обеспечивает равноудаленность государства от духовной сферы, присутствие в которой органически не свойственно публичной политической власти в современных условиях. Тем самым все верующие независимо от религии уравниваются в правах между собой и получают равные права с неверующими гражданами. Это дает религиозным организациям возможность наиболее естественного существования и развития в условиях формального равенства без государственной опеки и без государственных репрессий¹².

Возвращаясь к причинам, побудившим инициировать критикуемый нами Закон о защите религиозных текстов, скажем, что гораздо эффективнее было исправить существующие огрехи в действующем законодательстве и не легализовывать существующее сегодня неравенство религиозных объединений России.

⁸ Понкин И.В. Современное светское государство: конституционно-правовое исследование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 32.

⁹ См.: абз. 2 п. 2 мотивировочной части Определения Конституционного Суда РФ от 15. 05. 2007 № 378-О-П.

¹⁰ См.: п. 44 Постановления Европейского суда по правам человека от 6.04.2000 по делу «Флиimmenос (Thlimmenos) против Греции» [Электронный ресурс]: // URL: <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc> (дата обращения: 12.02.2016)

¹¹ Пояснительная записка к законопроекту № 903108-6 «О внесении изменения в Федеральный закон «О противодействии экстремистской деятельности» [Электронный ресурс]: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=903108-6&02> (дата обращения: 10.02.2016)

¹² Казанцев Д. Закон о свободе совести: единство в многообразии // ЭЖ-Юрист. 2012. № 39. С. 8.

В первую очередь следует уточнить положения, определяющие понятие «экстремистская деятельность», исключив из признаков экстремизма в религиозной сфере (и, соответственно, из оснований признания религиозных материалов экстремистскими) пропаганду исключительности, превосходства либо неполноценности по признаку религиозной принадлежности или отношения к религии. Поначалу подобное предложение вызывает отрицание и отторжение, однако при внимательном изучении проблемы приходит понимание, что любая из когда-либо существовавших и ныне существующих религий проповедует свое абсолютное превосходство над всеми остальными и настойчиво доказывает свою исключительность и безусловную ценность для жизнедеятельности общества. Можно ли, например, представить себе священные тексты, которые бы не возвещали о своем мессианстве в деле спасения человечества? Или запретить, например, священнослужителю не превозносить свою религию и не ставить ее выше всех остальных, равно как требовать от него не относиться отрицательно к религиозным воззрениям и обрядам отправления культов других, либо не критиковать и принижать их истины, заявляя об исключительности проповедуемых им?¹³

Вторым, без сомнения, определяющим решением является правовая регламентация порядка рассмотрения дел о признании материалов экстремистскими. Сегодня данный вопрос отдан на откуп правоприменителю, который пошел по пути наименьшего сопротивления и, как было описано, недопустимо упростил этот порядок, что привело к необходимости принятия мер защиты религиозных текстов.

Известно, что при определении вида судопроизводства по конкретно рассматриваемым делам, в том числе связанным с применением Закона о противодействии экстремизму, следует исходить из характера возникших правоотношений и подлежащих защите прав, свобод и законных интересов (частный или публичный характер прав). Поскольку прокурор, обращаясь в суд с заявлением о признании материалов экстремистскими, действует в публичных интересах и не ставит вопроса о защите субъективных частных прав, полагаем, что рассмотрение дел указанной категории возможно в порядке рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений. Признание материалов экстремистскими не имеет целью защиту частного интереса, а направлено на то, чтобы не допустить распространения экстремистских материалов, т.е. на их запрет, воспрещение¹⁴. Это подтверждается и последующим положением самой ст. 13 Закона о противодействии экстремизму, предписывающей рассматривающему дело суду одновременно с решением о признании информационных материалов экстремистскими принимать решение об их конфискации.

Бесспорно и то, что, обеспечивая охрану публичных интересов, суд не может игнорировать или необоснованно ограничивать защиту прав заинтересованного лица на свободу совести и вероисповедания, мысли и слова, на свободу массовой информации, литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Надлежащая охрана перечисленных прав возможна лишь в условиях конституционных гарантий государственной защиты прав и свобод человека, выражаемые в обязанностях государства обеспечить доступ к правосудию на основе принципов

¹³ Оганесян С.С., Михайлов В.К. Проблемы правового содержания права на свободу совести и вероисповедания, а также определения религиозного экстремизма // Право и современные государства. 2015. № 3. С. 30.

¹⁴ Султанов А.Р. Защита свободы совести, распространения убеждений через призму постановлений Европейского суда по правам человека. М., 2013. С. 145.

состязательности, равноправия, беспристрастности, объективности, всесторонности судебного разбирательства. Это не всегда возможно в рамках особого производства, по крайней мере, по рассматриваемым категориям дел.

Следовательно, дела данной категории по своей правовой природе, относятся к делам, возникающим из публичных правоотношений, и должны рассматриваться по специально предусмотренной для них процедуре в рамках административного судопроизводства как с обеспечением публичных интересов (на страже которых стоит прокурор (административный истец)), так и с соблюдением всех прав и законных интересов административного ответчика (или ответчиков).

Такое утверждение находит свое подтверждение и в общих положениях недавно вступившего в законную силу Кодекса административного судопроизводства РФ (далее — КАС). КАС, в отличие от ранее регулирующего эти отношения Гражданского процессуального кодекса, отчетливо разграничил административные дела, рассматриваемые в интересах граждан (юридических лиц), от дел, инициированных органами власти в публичных интересах¹⁵. При этом, определив такую общую «формулу» дел, подлежащих рассмотрению в порядке административного судопроизводства, законодатель в рамках этой же статьи дополняет ее уточняющим перечнем отдельных категорий административных дел. Как представляется, в основу примененной конструкции легла специфика выбранных категорий: одни из них имеют универсальный характер и обладают общностью порядка рассмотрения (например, дела об оспаривании нормативных правовых актов или решений, действий (бездействия) органов публичной власти), для рассмотрения других требуется специальный порядок и правила производства по делу (в частности, дела об оспаривании решений квалификационных коллегий судей или результатов определения кадастровой стоимости и т.д.).

Очевидно, что дела, связанные с признанием информационных материалов экстремистскими, не подпадают ни под одну из перечисленных категорий дел по осуществлению судебного контроля за соблюдением публичных интересов. Они имеют специфику, в том числе связанную с определением сторон спора (административным истцом и ответчиком), подсудности, мер предварительной защиты, а также последствий, наступающих при удовлетворении требований административного истца-прокурора, порядка исполнения решения по делу и его обжалования. Следовательно, они не могут рассматриваться в некоем общем универсальном порядке.

Итак, исходя из содержания положения Закона о противодействии экстремизму, административным истцом по делам о признании материалов экстремистскими является прокурор, однако с учетом общественной значимости и последствий (запрет на распространение по всей территории страны) истец — также не менее уровня прокурора субъекта РФ, что должно быть отражено в процессуальном акте. По этим причинам и инстанционная подсудность должна быть установлена в рамках гл. 2 КАС — не ниже верховного суда субъекта РФ (а еще лучше — Верховного Суда России). Это обеспечит большую информированность общества о рассматриваемых делах, исключив известные порочные случаи, при которых в районных судах самых отдаленных регионов с подачи местечкового прокурора признавалась экстремистской широко признанная литература, имеющая мировое значение, или когда производство о признании одних и тех же материалов идет в разных регионах. При этом решается проблема и с территориальной

¹⁵ См.: ч. 3 ст. 1 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации от 08.03.2015 № 21-ФЗ.

подсудностью (прежде вызывавшая оправданное возмущение¹⁶) и смягчаются риски, связанные с соблюдением требований ст. 13 Закона о противодействии экстремизму о рассмотрении оспариваемых информационным материалов по месту их обнаружения.

Особое значение при правовом оформлении процедуры признания информационных материалов экстремистскими приобретает и установление надлежащих административных ответчиков по делу, что в данном случае является трудной дилеммой, поскольку важно и непросто определить круг лиц, чьи интересы в действительности затрагивает такое признание. Как правило, заинтересованной стороной по делу признается лишь тот, у кого были обнаружены информационные материалы по причине необходимости их изъятия. Что касается обладателей исключительных прав на эти материалы (автора, издателя и пр.) или проповедующих идеи этих материалов организаций (если это историческое вероучение), то они вообще в действующей правоприменительной практике не рассматриваются в качестве ответчиков. Между тем именно их права на свободу совести и вероисповедания, мысли и слова, массовой информации, литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, поиска, получения, передачи, производства и распространения информации поражаются в первую очередь в случае признания такой литературы экстремистской.

По данным категориям дел особое значение приобретает необходимость применения мер предварительной защиты административного иска, которые предусмотрены главой 7 КАС РФ.

Рассматривая этот новый для российского законодательства институт, группа ученых под руководством профессора А.А. Муравьева отмечает, что «основная цель мер предварительной защиты по административному иску — минимизация негативных правовых последствий оспариваемого нормативного акта, действия или решения публичного органа власти. В некоторых случаях меры предварительной защиты служат также в целях исключения обстоятельств, которые могут воспрепятствовать исполнению решения суда полностью или в части. В любом случае по общему правилу меры предварительной защиты по административному иску должны быть соотносимы с заявленным требованием и соразмерны ему»¹⁷. В отличие от гражданского процессуального законодательства, КАС предусматривает конкретные условия применения защитных мер:

- существование явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление;
- потенциальная невозможность или затруднительность защита прав, свобод и законных интересов административного истца без принятия таких мер.

При рассмотрении дел на основании положений Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» суды должны исходить из необходимости установления наличия конституционных запретов возбуждения ненависти и вражды, разжигания розни и пропаганды социального, расового, национального и иного превосходства. Иными словами, из того, что существует угроза нарушения прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц и требуется предварительная защита.

¹⁶ Султанов А.Р. Подсудность — это субъективное право на рассмотрение дела в суде в соответствии с установленной подсудностью или гарантия суда, произвольно установленного законодателем? // Вестник гражданского процесса. 2013. № 6. С. 52.

¹⁷ Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (поглавный) / О.В. Аксенова, С.А. Алешукина, Н.А. Антонова и др.; под ред. А.А. Муравьева. М., 2015. С. 92.

При рассмотрении дел по признанию информационных материалов экстремистскими имеется объективная необходимость возможности прокурора ходатайствовать об ограничении дальнейших манипуляций с материалами, предположительно, покушающимися на вышеназванные запреты, до окончания разбирательства по делу. К примеру, это может иметь место в форме приостановления их выпуска и (или) реализации и распространения, наложения ареста или запрещения совершения определенных действий с ними правообладателем.

Помимо рассмотренных положений, ст. 13 Закона о противодействии экстремизму содержит и иные положения, по своей сути являющиеся процессуальными и касающиеся последствий признания материалов экстремистскими. Согласно им, одновременно с решением о признании информационных материалов экстремистскими судом принимается решение об их конфискации. Копию вступившего в законную силу решения о признании информационных материалов экстремистскими закон обязывает суд в 3-х дневный срок направлять в Минюст России.

Не менее важными являются и вопросы порядка обжалования вынесенного судом решения по данным категориям дел, при которых будут в полной мере соблюдены процессуальные права заинтересованных лиц (правообладателей и адептов), не участвовавших по объективным причинам (не были установлены в качестве ответчика или неизвестно их место жительства) в судопроизводстве в предыдущей инстанции. Требуется отдельно предусмотреть получение ими доступа к материалам дела и к необходимым для обжалования копиям судебных актов. В настоящее время право заинтересованных лиц на вступление в процесс формально предусмотрено, но из-за отсутствия детального описания искомых норм вступить в процесс заинтересованные лица после вынесения решения суда первой инстанции на практике не могут.

Таким образом, в целях полного, независимого и справедливого правосудия все предлагаемые положения должны быть предусмотрены и детально описаны в КАС РФ.



Библиография

- Бабкин А.И. Отдельные вопросы административного судопроизводства // Российский судья. 2015. № 9. С. 3–5.
- Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма, 2011. 544 с.
- Голубкова Н. На Сахалине отменено решение суда о признании экстремистской книги «Мольба (дуа) к Богу» [Электронный ресурс]: // <http://www.sakhalin.info/news/16.08.2006/108408> (дата обращения: 10.02.2016)
- Горяинов Л. Священные тексты вне подозрений // Парламентская газета. 2015. № 42 (2717). С. 9.
- Казанцев Д. Закон о свободе совести: единство в многообразии // *ЭЖ-Юрист*. 2012. № 39. С. 9.
- Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (поглавный) / О.В. Аксенова, С.А. Алешукина, Н.А. Антонова и др.; под ред. А.А. Муравьева. М.: Проспект, 2015. 408 с.
- Лебедева О.О. Применение отдельных принудительных мер административного предупреждения как самостоятельное административное производство в структуре административного процесса // Ленинградский юридический журнал. 2015. № 3. С. 203–210.
- Лупарев Е.Б. Поддержание баланса личных и публичных интересов в сфере государственного управления в свете Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации // Административное право и процесс. 2015. № 11. С. 49–52.
- Михайлов В.К. Процедура признания материалов экстремистскими требует коррекции // Административное право. 2015. № 1. С. 83–88.

Носова Ю.Б. Подведомственность и подсудность административных дел судам // Административное право и процесс. 2015. № 11. С. 62–70.

Оганесян С.С. Михайлов В.К. Проблемы правового содержания права на свободу совести и вероисповедания, а также определения религиозного экстремизма // Право и современные государства. 2015. № 3. С. 27–36.

Плотников Д.А. К вопросу о проблеме определения подведомственности публично-правовых споров в гражданском и административном судопроизводстве // Российский судья. 2015. № 9. С. 5–9.

Понкин И.В. Современное светское государство: конституционно-правовое исследование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. 41 с.

Со А.А. Конституционно-правовой режим равенства религиозных объединений перед законом: современные проблемы и пути решения // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 9. С. 27–29.

Султанов А.Р. Защита свободы совести, распространения убеждений через призму постановлений Европейского суда по правам человека. М.: Статут, 2013. 544 с.

Code of Administrative Proceedings as a Mean for Improving the Procedures of Claiming Materials Extremist



Victor Mikhailov

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



Abstract

The following article is dedicated to the legal analysis of problems, connected to the procedure of the recognition of informational materials as extremist. On the basis of the study of legislative initiatives of great public interest, which were taken in a hurry because of negative experience of implementation provisions of the Counteraction to Extremist Activity Law, the author comes to a disappointing conclusion about legislative ban of recognition as extremist the content and quotations from Bible, Quran, Tanah and Kanjur. Inconsistencies between adopted rules of law and constitutional principles (the principle of secular state and equality of any religious association) and inconsistency of legislator's approach are validated in the article. Author draws attention to, in his opinion, genuine, radical problems of substantive procedural character, appearing with implementation of an Article 13 of the Counteraction to Extremist Activity Law, which determines the procedure of recognition materials as extremist. Revealing the legal nature of this kind of public relations, the author comes to a derivation about necessity in consideration of this sort of cases along with those initiated by empowered state authorities, in public interest and according to the Code of Administrative Proceedings. The author displays peculiarities of this sort of cases. In particular, they belong to following groups: connected with the list of subjects (who can be an administrative claimant or defendant), dedicated to territorial and instance jurisdiction (where and in which court of the system the case should be considered in the first instance), associated with the necessity in providing security for a claim (special interim measures), concerned with consequences of sustaining a claim (confiscation of materials and sending a message), related to the procedure of appeal (competence of the parties concerned). According to everything stated above, the author suggests to remove provisions of considering cases on recognition informational materials as extremist and bring them to another chapter in the section IV of the Code of Administrative Proceedings, "Specific features of judicial proceedings on certain categories of administrative cases", and provide line-item regulation.



Keywords

legal defense; extremism; information materials; religious texts; administrative proceedings; Code of Administrative Proceedings of Russian Federation; protection of public rights.

Citation: Mikhailov V.K. (2016) Code of Administrative Proceedings as Mean for Improving Procedures of Claiming Materials Extremist. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 85–94 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.85.94



References

- Babkin A.I. (2015) Otdel'nye voprosy administrativnogo sudoproizvodstva [Cases of Administrative proceedings]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 9, pp. 3–5.
- Bondar' N.S. (2011) *Sudebnyy konstitutsionalizm v Rossii v svete konstitutsionnogo pravosudiya* [Judicial Constitutionalism in Russia]. Moscow: Norma, Infra-M, 544 p. (in Russian)
- Golubkova N. (2015) *Na Sakhaline otmeneno reshenie suda o priznanii ekstremistskoy knigi «Mol'ba (dua) k Bogu»* [Sakhaline Court Cancelled the Court Decision on Recognizing the book «Mol'ba (dua) k Bogu» as Extremist]. Available at: <http://www.sakhalin.info/news/16.08.2006/108408> (accessed 10 February 2016).
- Goryainov L. (2015) Svyashchennye teksty vne podozreniy [Sacred Texts ar above Suspicion]. *Parlamentskaya gazeta*, no 42 (2717), p. 9.
- Kazantsev D. (2012) Zakon o svobode sovesti: edinstvo v mnogoobrazii [Law on the Freedom of Conscience]. *EZh-Yurist*, no 39, p. 9.
- Lebedeva O.O. (2015) Primenenie otdel'nykh prinuditel'nykh mer administrativnogo preduprezhdeniya kak samostoyatel'noe administrativnoe proizvodstvo v strukture administrativnogo protsesssa [Applying Coercive Measures in Administrative Proceedings]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 3, pp. 203–210.
- Luparev E.B. (2015) Podderzhanie balansa lichnykh i publicnykh interesov v sfere gosudarstvennogo upravleniya v svete Kodeksa administrativnogo sudoproizvodstva Rossiyskoy Federatsii [Supporting the balance of public and Private Interests in State Administration according to the RF Administrative Proceedings Code] *Administrativnoe pravo i protsess*, no 11, pp. 49–52.
- Mikhaylov V. (2015) Protsedura priznaniya materialov ekstremistskimi trebuets korrektsii [Procedure of Recognizing Materials Extremist requires Correction]. *Administrativnoe pravo*, no 1, pp. 83–88.
- Murav'ev A.A. (ed.) (2015) *Kommentariy k Kodeksu administrativnogo sudoproizvodstva Rossiyskoy Federatsii (poglavnyy)* [Commentary to the RF Code of Administrative Proceedings]. Moscow: Prospekt, 408 p.
- Nosova Yu.B. (2015) Podvedomstvennost' i podsudnost' administrativnykh del sudam [Jurisdiction of Administrative Cases]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 11, pp. 62–70.
- Oganesyan S.S., Mikhaylov V.K. (2015) Problemy pravovogo sodержaniya prava na svobodu sovesti i veroispovedaniya, a takzhe opredeleniya religioznogo ekstremizma [Issues of Right to Freedom of Conscience , Faith and the Definition of Religious Extremism]. *Pravo i sovremennye gosudarstva*, no 3, pp. 27–36.
- Plotnikov D.A. (2015) K voprosu o probleme opredeleniya podvedomstvennosti publichno-pravovykh sporov v grazhdanskom i administrativnom sudoproizvodstve [On Determining Jurisdiction for Public Law Disputes]. *Rossiyskiy sud'ya*, no 9, pp. 5–9.
- Ponkin I.V. (2004) *Sovremennoe svetskoe gosudarstvo: konstitutsionno-pravovoe issledovanie: (Avtoref. diss. Doktor. Jurid. Nauk)* [Modern Secular State: Constitutional Law Research (Summary of doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 41 p.
- So A.A. (2011) Konstitutsionno-pravovoy rezhim ravenstva religioznykh ob'edineniy pered zakonom: sovremennyye problemy i puti resheniya [Constitutional Law Regime of Equality for Religious Organizations before Law]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 9, pp. 27–29.
- Sultanov A.R. (2013) *Zashchita svobody sovesti, rasprostraneniya ubezhdeniy cherez prizmu postanovleniy Evropeyskogo suda po pravam cheloveka* [Protecting Freedom of Conscience, Spreading Ideas throughth ePrism of ECHR]. Moscow: Statut, 544 p. (in Russian)

Развитие судебной системы и судебной реформы в России

А.А. Дроздова

аспирантка кафедры судебной власти факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: 181089ana7@list.ru



Аннотация

В работе проведен сравнительный анализ целей, задач, этапов проведения судебных реформ в России в 1864 и 1991 годах. Выявлены общие тенденции и закономерности, а также предложены варианты дальнейшего развития российской судебной системы. Основная цель судебной реформы 1864 г. заключалась в построении прочного фундамента института судебной охраны прав граждан, без которого невозможна их защита от правонарушений и произвола. За время проведения судебной реформы 1864 г. произошло отделение судебной власти в качестве разновидности государственной власти, построенной на принципе независимости, провозглашение несменяемости судей как одной из гарантий их независимости, отделение суда от следствия, процесс стал состоятельным с поддержанием государственного обвинения представителем прокуратуры. С 1991 г. определился основной вектор дальнейшего развития судебной реформы — утверждение самостоятельной судебной власти, обеспечение независимости судей, формирование доступных населению судов, утверждение принципов состязательности, равноправия сторон и диспозитивности. Задачи современной судебной реформы менялись вслед за развитием судебной власти и отвечали ее состоянию в тот или иной период ее развития. Однако встречаются и те, что можно встретить на протяжении всех этапов судебной реформы, например: утверждение судебной власти как самостоятельной и независимой, а также усиление ее авторитета, развитие открытости и прозрачности, повышение доверия к суду; создание необходимых условий для осуществления правосудия, обеспечение доступности правосудия; построение эффективной системы исполнительного производства, повышение открытости и доступности системы принудительного исполнения, повышение уровня исполнения судебных решений. Говоря о целях и задачах судебных реформ 1864 г. и 1991 г., нельзя не отметить их схожий характер. Можно выделить их общие цели: отделение судебной власти от административной и провозглашение ее самостоятельной ветвью власти; создание мировых судей для маловажных дел; введение суда присяжных; введение новых элементов института пересмотра дел (кассационной инстанции в 1864 г. и апелляционной в 1991 г.); провозглашение таких принципов судопроизводства как гласность, состязательность и равноправие сторон, презумпция невиновности; закрепление несменяемости судей, совершенствование системы гарантий их независимости и подчинения их только закону, закрепление принципа их несменяемости.



Ключевые слова

судебная реформа 1864 г., судебная реформа 1991 г., Концепция федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России», период контрреформ, отделение судебной власти, утверждение самостоятельной и независимой судебной власти, провозглашение несменяемости судей.

Библиографическое описание: Дроздова А.А. Развитие судебной системы и судебной реформы в России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 95–102.

Становление и развитие Российской Федерации в качестве правового государства представляет собой продолжительный исторический процесс, который предполагает совершенствование правовой системы, механизма государства; развитие экономики и институтов гражданского общества; укрепление законности и правопорядка. В настоящее время происходит активное реформирование всех без исключения сфер государственной и общественной жизни России.

Судебная реформа — задача общегосударственная, и она требует согласованных усилий законодателей, исполнительной и судебной власти, серьезного ресурсного и организационного обеспечения.

На всех основных этапах развития России из прогрессивных преобразований очень активно проводились именно судебные реформы. Достаточно вспомнить позитивные изменения при Петре I, в том числе в судоустройстве. Именно в то время суд был структурно отделен от администрации и учреждена относительно самостоятельная судебная система. Судебная реформа Александра II была настолько демократической и результативной, что она получила статус великой. Поэтому проведение судебной реформы вполне закономерно, а в его основе заложена глубокая философская и правовая идея о социальной справедливости, которую невозможно реализовать без справедливого правосудия. В идеале там, где независимый, профессиональный и объективный суд, там — правда, истина и справедливость. К такому суду как социальной ценности стремится любое цивилизованное общество, проводя ради этого реформы.

Необходимость коренных изменений в судебной системе и судопроизводстве России назревала давно. В преддверии судебной реформы 1864 г. судебная система не претерпела существенных изменений со времен Екатерины II и дошла в таком варианте до второй половины XIX в. Преобразовательный процесс того времени тормозило крепостное право и всестороннее преобладание дворянства и дворянских интересов на всех ступенях государственной службы и во всех высших государственных учреждениях, центральных и местных. Лишь после принятия Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости в 1861 г., разработка судебной реформы пошла быстрым темпом, было решено отказаться от всякой исторической связи с прежним судебным устройством и повести дело на основании совершенно новых либеральных начал.

Основная цель судебной реформы 1864 г. заключалась в построении прочного фундамента института судебной охраны прав граждан, без которого невозможна защита от правонарушений и произвола. За время проведения судебной реформы 1864 г. произошло отделение судебной власти в качестве разновидности государственной власти, построенной на принципе независимости, и провозглашение несменяемости судей¹ как одной из гарантий их независимости. Отныне судьи стали назначаться пожизненно, при этом отстранение от должности могло иметь место только по приговору суда или судья мог сам уйти в отставку.

Произошло отделение суда от следствия². Суд стал гласным и публичным. В то время считалось, что закрытый суд — это оскорбление общественной нравственности, поэтому закрытое заседание могло быть проведено только в интересах сохранения государственной тайны или *ad hoc* по решению председательствующего. Процесс стал состязательным с поддержкой государственного обвинения прокуратурой.

¹ Воропанов В.А. Эволюция статуса судей в законодательстве Российской империи первой половины XIX в. // История государства и права. 2014. № 9. С. 15–19.

² Крестьянников Е.А. Судебная реформа 1864 г.: совмещение функций судьи и следователя в сибирском мировом суде // Мировой судья. 2014. № 7. С. 13–19.

Однако судебная система Российской империи не стала единой (как, например, провозглашено в современной России): одновременно существовали система общих судов и система местных судов с единой высшей инстанцией в Правительствующем Сенате. Система общих судов выступала как самостоятельное подразделение и не пересматривала решения местных судов, а в современной России решения мировых судей могут быть пересмотрены в качестве апелляционной инстанции в районном суде, в качестве кассационной инстанции — в верховном суде (далее — ВС) субъекта федерации и в ВС России, и в качестве надзорной инстанции — в ВС России.

Однако период реформ не вечен, и на смену ему пришел период контрреформ, среди основных идей которого можно выделить следующие.

1. Судебная контрреформа ознаменовалась принятием ряда судебных актов, общее содержание которых было направлено на нейтрализацию демократических принципов и институтов судебной реформы.

2. Новый суд стал «инородным телом в организме самодержавия»³, и лишил правительство возможности «контролировать» выносимые судебные решения (особенно суд присяжных);

3. Последовательность проведения судебной реформы соответствовала потребностям общества, а отмена либеральных нововведений вызвала протест и возмущение.

4. В ходе проведения судебной контрреформы демократические принципы и институты были существенно ограничены. Формально продолжали действовать судебные уставы, но их содержание было полностью изменено.

Основная причина судебной контрреформы заключалась в том, что новый суд вошел в вопиющее противоречие с самодержавно-чиновничьим строем России, крепостническими порядками, только в самом общем виде поколебленными другими реформами, в частности, отменой крепостного права. Применение судебных уставов на политических процессах показало правящей верхушке, что новый суд непригоден для борьбы с революцией, — положения о несменяемости, независимости судей, суде присяжных независимой от администрации адвокатуры, гласности, состязательности судопроизводства, праве на защиту, наконец, о выборном мировом суде — только расшатывали устой самодержавия.

В новейшей истории переустройство суда началось с 1991 г. Однако «в 90-х годах происходило не столько реформирование, сколько формирование судебной системы, ибо на предшествующем этапе у нас фактически не было ни судебной власти, ни независимых судов, ни правовых законов в точном смысле этих терминов»⁴. В это время определился основной вектор развития — «утверждение самостоятельной судебной власти, обеспечение независимости судей, формирование судопроизводства, ориентированного на доступность судов для населения, необходимых в правовом государстве видов судопроизводства, основанных на принципах состязательности, равноправия сторон и диспозитивности»⁵. Все это нашло отражение в Концепции судебной реформы 1991 г.

Судебную реформу 1991 г. можно разделить на несколько этапов. Говоря о задачах реализации федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России», следует отметить, что они изменялись вслед за развитием судебной власти и отвечали

³ Немытина М.В. Суд в России: вторая половина XIX — начало XX вв.: дис... д-ра юрид. наук. М., 1999. С. 156.

⁴ Вицин С. От формирования судебной системы к ее реформированию // <http://www.lawmix.ru/comm/6234/> (дата обращения: 15.04.2013)

⁵ Там же.

ее состоянию в тот или иной период ее развития. Однако можно встретить задачи, которые переходят из одной программы в другую, что говорит о том, что на период окончания действия той или иной программы их реализация не была достигнута. В качестве примеров следует назвать:

- утверждение судебной власти как самостоятельной и независимой, а также повышение ее авторитета, открытости и прозрачности, доверия к суду;
- создание необходимых условий для осуществления правосудия, в том числе кадрового, информационного и материально-технического обеспечения, а также доступности правосудия;
- построение эффективной системы исполнительного производства, повышение открытости и доступности системы принудительного исполнения, уровня исполнения судебных решений (данная задача появилась сравнительно недавно⁶, но остается актуальной и по сей день).

Первые шаги реформы, т.е. начало 90-х гг. (1991–1996 гг.), считаются ее «романтическим» периодом «как по существу возлагавшихся на нее надежд, так и по самоотверженности ее главных деятелей»⁷. Второй этап реформы (с 1996 г. по настоящее время) считается периодом контрреформ, так как она изменила свою направленность и стала средством укрепления вертикали власти. Почти все законодательные акты этого времени носили характер не реформаторских, а вспомогательных — обеспечивали и поддерживали «рабочее» состояние судебной системы. В реформе в это время произошел переломный, «отброшенные» старые устои и принципы начали восстанавливать свои прежние позиции. Например, председатели судов и их заместители добились пожизненного утверждения их в должности⁸, тем самым став пожизненными начальниками со своими правилами. По сути, это мало чем отличается от современной процедуры назначения председателей сроком на 6 лет с правом повторного назначения, но не более двух сроков подряд, за исключением председателя объединенного ВС РФ, который может находиться на своей должности фактически пожизненно.

Следует задать вполне разумный вопрос: что делать дальше? Целесообразными видятся следующие предложения:

1. Освобождение судебной власти от формальной и неформальной зависимости, т.е. реализации конституционного запрета на какое-либо вмешательство в судебную деятельность.
2. Обеспечение судов всеми необходимыми ресурсами.
3. Обеспечение беспристрастности судей как объективно (например, изменение правового статуса экзаменационных комиссий — их обособление от квалификационных коллегий судей; запрет обсуждения рассматриваемого, но еще не законченного дела с коллегами, которые не участвовали в его рассмотрении; законодательное закрепление судейской карьеры: класс, аттестация и т.д.; недопустимость перемещения судьи

⁶ Закреплена: Распоряжение Правительства Российской Федерации от 4.08. 2006 № 1082-р «О Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России» на 2007–2011 годы» // СЗ РФ. 2006. № 33. Ст. 3652; Распоряжение Правительства Российской Федерации от 20.09.2012 № 1735-р «Об утверждении Концепции федеральной целевой программы «Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы» // СЗ РФ. 2012. № 40. Ст. 5474.

⁷ Пашин С.А. Преобразование судебной системы России на романтическом этапе судебной реформы // Электронный ресурс: <http://www.ru-90.ru/node/1204> (дата обращения: 15.04.2013)

⁸ Федеральный конституционный закон «О судебной системе РФ» от 31 декабря 1996г. № 1-ФКЗ // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1

«по горизонтали» и «по вертикали» без его согласия; устранение зависимости квалификационного класса от места работы, чтобы даже мировой судья мог получить первый квалификационный класс; закрепить правила распределения дел между судьями и убрать данное полномочие у председателя суда), так и субъективно (например, исключение оценки работы судьи на основании изменения и/или отмены его решений; совершенствование программ повышения квалификации судей, формирование в судебском корпусе психологических установок типа служения праву, верховенства конституции, защиты прав и свобод граждан и т.д.⁹).

4. Изменения в правовом просвещении и образовании (например, введение правового канала на радио и телевидении, повсеместное введение школьного курса «Правоведение», создание базовых юридических консультаций и юридических клиник).

Реформа — это практическое преобразование, поэтому недостаточно принять новые, совершенные законы, отвечающие нормам и принципам Конституции России и международным стандартам. «Достижение целей преобразований связано не столько с нормативным описанием «правильных» образцов правосудия и правоохранительной деятельности, не столько с заимствованием институтов из иностранного и российского дореволюционного права, сколько с точным представлением о причинах провалов при налаживании новых отношений чисто юридическими методами»¹⁰.

Причины того, что нормы остаются лишь на бумаге, во-первых, в том, что новшества не приживаются из-за сопротивления самой судебной системы. Граждане не могут принять их, потому что они привыкли жить по-другому, их по-другому воспитывали, учили, заставляли работать. Поэтому необходимо время, чтобы граждане, в том числе и судьи привыкли к преобразованиям, «пропустили» их через себя, вжились в них.

Во-вторых, сохранившееся до сих пор «телефонное право», институциональные связи, приятельские отношения, из-за которых страдает правосудие, и принимаются «заказные» решения. Пожалуй, это самая трудно исправимая причина, потому что преодолеть человеческий фактор зачастую практически невозможно, для этого необходимо изменить сознание судей, чтобы они не боялись принимать самостоятельные, независимые решения.

В-третьих, любые изменения создают неудобства в работе, временно нарушают привычный рабочий график и затрудняют работу «конвейера».

Говоря о целях и задачах судебных реформ 1864 и 1991 годов нельзя не отметить их схожий характер. Можно выделить общие цели: отделение судебной власти от административной и провозглашение ее как самостоятельной ветви власти; создание мировых судей для маловажных дел; введение суда присяжных; введение новых элементов института пересмотра (кассационной инстанции в 1864 г. и апелляционной в 1991 г.); провозглашение таких принципов судопроизводства как гласность, состязательность и равноправие сторон, презумпция невиновности; закрепление несменяемости судей, совершенствование системы гарантий их независимости и подчинения их только закону, закрепление принципа их несменяемости.

Любую реформу, в том числе и судебную можно считать завершенной, если есть соответствие между целями реформы, ее нормативной базой и внеинституциональными факторами, обуславливающими ее развитие. На данный момент приходится сказать: судебная реформа 1991 г., в отличие от судебной реформы 1864 г., завершена не была.

⁹ Горбуз А.К. и др. Трансформация Российской судебной власти. М., 2010. С. 229.

¹⁰ Пашин С.А., Морщакова Т.Г., Миронов В.И. Концепция судебной реформы в России // http://sutyajnik.ru/rus/cases/etc/koncepcia_sud_reformi.htm (дата обращения: 15.04.2013).

Это произошло не только потому, что появились новые концепции, программы и стратегии, а главным образом потому, что цели и задачи реформы остаются актуальными и нерешенными и поныне, в частности: утверждение судебной власти как независимой, усиление ее авторитета, укрепление ее независимости и самостоятельности, повышение открытости и прозрачности, доверия к суду, создание необходимых условий для осуществления правосудия.



Библиография

Визин С. От формирования судебной системы к ее реформированию // <http://www.lawmix.ru/cont/6234/> (дата обращения: 15.04.2013)

Воропанов В.А. Эволюция статуса судей в законодательстве Российской империи первой половины XIX в. // История государства и права. 2014. № 9. С. 15–19.

Гессен В. О правовом государстве / К реформе государственного строя в России. Вып. II.. СПб.: Изд. Н. Глаголева, 1906. С. 9–62.

Гессен И.В. Судебная реформа. СПб.: Типо-Литография Ф. Вайсберга, 1905. 267 с.

Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А. Трансформация Российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. М.: Норма, 2010. 229 с.

Истина ... и только истина! Пять бесед о судебно-правовой реформе (Проблемы, дискуссии, предложения) / отв. редактор Ю.И. Стецовский. М.: Юрид. лит., 1990. 432 с.

Как обеспечить независимость судей в России / Волков В.В., Панеях Э.Л., Поздняков М.Л., Титов К.Д. СПб.: ИПП, 2012. 28 с.

Краснов М.А. От концепции 1991 года до сегодняшнего дня. М.: Центр содействия правосудию, 2001. 68 с.

Крестьянников Е.А. Судебная реформа 1864 г.: совмещение функций судьи и следователя в сибирском мировом суде // Мировой судья. 2014. № 7. С. 13–19.

Немытина М.В. Суд в России: вторая половина XIX — начало XX вв.: дис... д-ра юрид. наук. М., 1999. 156 с.

Пашин С.А., Морщакова Т.Г., Миронов В.И. Концепция судебной реформы в России // Электронный ресурс: http://sutyajnik.ru/rus/cases/etc/koncepcia_sud_reformi.htm (дата обращения: 15.04.2013)

Пашин С.А. Преобразование судебной системы России на романтическом этапе судебной реформы / История новой России. Очерки, интервью. Т. 2. СПб.: Норма, 2011. С. 8–27.

Пашин С.А. Становление правосудия. М.: Валент, 2011. 456 с.

Петрухин И.Л. Правосудие: время реформ. М.: Наука, 1991. 208 с.

Полудняков В.М. Современная российская судебная реформа. На пути в мир правосудия. СПб.: Нева, 2002. 319 с.

The Development of Judicial System and Judicial Reform in Russia



Anna A. Drozdova

Postgraduate Student, Department of Judicial Power Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: 181089ana7@list.ru



Abstract

This paper represents a comparative analysis of the goals, objectives, stages of the judicial reform in Russia between 1864 and 1991. The author identifies general trends and patterns, proposes options

for the further development of the Russian judiciary. The main purpose of the judicial reform of 1864 was laying foundation of the institute of judicial protection of citizens' rights, which is essential protection against crime and tyranny. The judicial reform of 1864 saw a separation of the judiciary as a kind of state power based on the principle of independence, declaration of tenure of judges as one of the guarantees of their independence, separation from the court investigation. Besides, the process became competitive with the maintenance of public prosecution representative of the prosecutor's office. The period after 1991 defined the main vector for the further development of judicial reform — approval of an independent judiciary, ensuring the independence of judges, the formation of courts intended for general public, the approval of the adversarial principles, equality of the parties and optionality. The objectives of modern judicial reform changed following the development of the judiciary and its state responded in a particular period of its development. However, similarities occur as to all the periods of the judicial reform, such as the recognizing the judiciary as a separate and independent, strengthening its authority, increasing openness and transparency, increasing trust in the court; creating the necessary conditions for the implementation of justice, access to justice; forming an effective system of enforcement proceedings, increased openness and accessibility of the enforcement of the system, increasing the level of execution of court decisions. Analyzing the aims and objectives of the judicial reforms of 1864 and 1991, similarities are obvious. Thus, we can find the following common objectives: separation of the judiciary from the administration and the proclamation of it as an independent branch of government; the creation of justices of the peace; the introduction of trial by jury; the introduction of new elements of the revision of the institute; declaration of principles such as the proceedings: transparency, competition and equality of the parties, presumption of innocence; securing tenure for judges, improving the system of guarantees of their independence and their subordination only to the law, of the principle of irremovability.



Keywords

1864 judicial reform, 1991 judicial reform, Conception of the Federal Target Program “Development of the Russian Judicial System”, counter-reform period, separation of the judiciary, independent judiciary, judge irremovability.

Citation: Drozdova A.A. (2016) *The Development of Judicial System and Judicial Reform in Russia. Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 95–102 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.95.102



References

- Gessen V. (1906) O pravovom gosudarstve [On Rule-of-Law State]. *K reforme gosudarstvennogo stroya v Rossii. Vyp. II. Pravovoe gosudarstvo i vsenarodnoe golosovanie* [Rule-of-Law State and General Voting]. Saint Petersburg: Izd. N. Glagoleva, pp. 9–62.
- Gessen I.V. (1905) *Sudebnaya reforma* [Judicial Reform]. Saint Petersburg: Tipo-Litografiya F. Vaysberga i I. Gershunina, Ekaterininskiy kan., 267 p. (in Russian)
- Gorbuz A.K., Krasnov M.A., Mishina E.A., Satarov G.A. (2010) *Transformatsiya Rossiyskoy sudebnoy vlasti. Opyt kompleksnogo analiza* [The Transformation of the Russian Judiciary. Attempt of Complex Analysis]. Moscow, Saint Petersburg: Norma, 229 p. (in Russian)
- Krasnov M.A. (2001) *Ot kontseptsii 1991 goda do segodnyashnego dnya* [From the 1991 Concept to the Present]. Moscow: Tsentr sodeystviya pravosudiyu, 68 p. (in Russian)
- Krest'yannikov E.A. (2014) *Sudebnaya reforma 1864 g.: sovmeshchenie funktsiy sud'i i sledovatelya v sibirskom mirovom sude* [Judicial Reform of 1864: Combination of Judge and Investigator in the Siberian court]. *Mirovoy sud'ya*, no 7, pp. 13–19.
- Nemytina M.V. (1999) *Sud v Rossii: vtoraya polovina XIX– nachalo XX vv (Diss. Doktor. Jurid. Nauk)*. [Court in Russia: 2nd half of 19th century and early 20th century (Doctor of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 156 p.
- Pashin S.A., Morshchakova T.G., Mironov V.I. *Kontseptsiya sudebnoy reformy v Rossii* [Concept of Judicial Reform in Russia]. Available at: http://sutyajnik.ru/rus/cases/etc/koncepcia_sud_reformi.htm (accessed: 15 April 2013).

Pashin S.A. (2011) Preobrazovanie sudebnoy sistemy Rossii na romanticheskom etape sudebnoy reformy [Reforming Judicial System in Russia at the Romantic Stage of Judicial Reform]. *Istoriya novoy Rossii. Ocherki, interv'yu* [History of New Russia. Essays, Interviews]. In 3 volumes. V. 2. Saint Petersburg: NORMA, pp. 8–27.

Pashin S.A. (2011) *Stanovlenie pravosudiya* [Formation of Judgement]. Moscow: R. Valent, 456 p. (in Russian)

Petrukhin I.L. (1991) *Pravosudie: vremya reform* [Judgement: Time of Reforms]. Moscow: Nauka, 208 p. (in Russian)

Poludnyakov V.M. (2002) *Sovremennaya rossiyskaya sudebnaya reforma. Na puti v mir pravosudiya* [Modern Russian Judicial Reform]. Saint Petersburg: Neva, 319 p. (in Russian)

Stetsovskiy Yu.I. (ed.) (1990) *Istina ...I tol'ko istina! Pyat' besed o sudebno-pravovoy reforme (Problemy, diskussii, predlozheniya)* [Truth... And only the truth! Five conversations about judicial reform]. Moscow: Yurid. lit., 432 p. (in Russian)

Vitsin S. *Ot formirovaniya sudebnoy sistemy k ee reformirovaniyu* [From Forming to Reforming the Judiciary]. Available at: <http://www.lawmix.ru/comm/6234/> (accessed 15 April 2013).

Volkov V.V., Paneyakh E.L., Pozdnyakov M.L., Titaev K.D. (2012) *Kak obespechit' nezavisimost' sudey v Rossii* [How to ensure the independence of the judiciary in Russia]. Saint Petersburg: IPP EU Spb., 28 p.

Voropanov V.A. (2014) Evolyutsiya statusa sudey v zakonodatel'stve Rossiyskoy imperii pervoy poloviny XIX v. [The Evolution of the Status of Judges in the Russian Empire in the First Half of the XIX century Legislation]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no 9, pp. 15–19.

Право международных обычаев в системе международного права



Ю.С. Ромашев

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



Аннотация

В доктрине международного права четко не обозначена и достаточно полно не исследована область правового регулирования, связанная с обычным нормообразованием. Нет единой точки зрения о ее наименовании. В работах ученых можно встретить самые различные термины. Автор предлагает именовать эту область международного права «правом международных обычаев» — это наиболее точный термин, соответствующий ее содержанию. В статье раскрываются место и роль права международных обычаев в системе международного права. Показываются отличия и сходства этого института международного права по отношению к праву международных договоров. Рассматриваются доктрины ученых о содержании и развитии этого института международного права. Показывается, какие нормы лежат в основе обычного нормообразования. Обосновывается позиция автора по данному вопросу. Уточняются объект и предмет регулирования права международных обычаев. Исследуется вопрос обычного нормообразования, его стадий. Показывается влияние договорных норм, решений судебных и иных международных органов на процесс обычного нормообразования. Поднимается вопрос о необходимости кодификации этого процесса, выработки соответствующих критериев, связанных с формированием международного обычая и его норм. Предлагается разработать соответствующий проект статей, приняв их в виде резолюции ООН, а затем заключить Конвенцию о праве международных обычаев, в которой следует закрепить как сложившиеся в настоящее время обычные нормы международного права, так и новые договорные нормы, которые призваны упорядочить обычное нормообразование, придать ему более строгий, системный вид. Показываются состояние научных исследований в данной области, предлагаются их дальнейшие пути. Представлены отдельные формулировки норм права международных обычаев. Дается авторское определение праву международных обычаев, под которым предлагается понимать институт международного права, включающий в себя совокупность обычных норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения в вопросах формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования, понятийный аппарат в данной сфере.



Ключевые слова

международное право, источники международного права, международный обычай, право международных обычаев, обычные нормы международного права.

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С. Право международных обычаев в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 103–112.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.103.112

Одна из особенностей международного права как самостоятельной системы правовых норм заключается в том, что оно по-прежнему в значительной степени состоит из обычных норм. В то время как во всех внутренних системах права значение обычая по-

стоянно снижалось, в международном праве этот источник традиционно играл и продолжает играть существенную роль¹. Международный обычай, как известно, является древнейшим источником международного права. Упорядочение деятельности государств на всеобщем уровне начиналось именно с этого источника. Наряду с международным договором, он и в настоящее время является одной из форм закрепления норм международного права. Обычное право образует основу отношений между государствами-участниками договоров и государствами, не являющимися таковыми². Обычные нормы международного права составляют неотъемлемую часть самых различных отраслей и институтов международного права.

Порядок заключения, действия, прекращения международных договоров, понятийный аппарат в данной сфере охватываются целым комплексом норм международного права, именуемым правом международных договоров. Это общепризнанная отрасль международного права. Вместе с тем в доктрине международного права четко не обозначена область правового регулирования, связанная с обычным нормообразованием, а также не установлено единое ее наименование. В работах ученых можно встретить самые различные термины «право обычаев»³, хотя термин «обычай» — это не только международно-правовое, но и внутригосударственное правовое явление⁴, «вторичные нормы»⁵ или «мета-нормы»⁶. По нашему мнению, данную область следует именовать «право международных обычаев» — как более точное название, отражающее характер норм, его наполняющих.

Существование права международных обычаев как международно-правового института вряд ли будет оспариваться специалистами и учеными в области международного права. Называть эту область самостоятельной отраслью международного права пока, на наш взгляд, преждевременно. Слишком незначительное число известных норм оно содержит по сравнению с правом международных договоров, да и теория международного обычая еще недостаточно четко сформировалась.

Многие ученые называют международное право системой норм, что противоречит пониманию системы, его интегративности, целостности. При этом не учитываются другие свойства, присущие любой системе. Даже если рассматривать международное право как сложную самоорганизующуюся систему, состоящую из огромного числа компонентов (норм), то указанные системные свойства выявить сложно. Значительное число норм международного права давно не являются действующими или изначально были таковыми, что не оказывает заметного влияния на эффективность международного права как системы. В свою очередь, прекращение действия той или иной отрасли международного права (что, конечно, трудно вообразить) или его какого-либо института может заметно сказаться на функционировании международного права в целом.

¹ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 192.

² Международное право = *Völkerrecht* / Витцтум В. и др. Пер. с нем.. М., 2011. С. 92.

³ Даниленко Г.М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Советский ежегодник международного права, 1982. М., 1983. С. 151–171.

⁴ См.: Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000; Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002; Обычай в праве: Сборник. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004; Портиков А.И. Обычай в гражданском праве РФ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003; Свечникова Л.Г. Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004 и др.

⁵ Hart H. *The Concept of Law*. Oxford, 1961. P. 78.

⁶ Kammerhofer J. *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems* // *European Journal of International Law*. 2004. Vol. 15. № 3. P. 524, 538–540.

Можно утверждать, что международное право представляет собой систему отраслей и институтов международного права, единое целое. Они взаимосвязаны, т.е. не являются независимыми. Трудно найти ту или иную отрасль международного права, которая является «стерильной», независимой от других отраслей. Например, международное морское право тесно связано с международным экономическим, экологическим, правоохранительным, гуманитарным правом, правом международных договоров. Их основу наряду с договорными нормами составляют обычные нормы международного права. Указанная зависимость существует и в отношении права международных обычаев, являющегося компонентом (подсистемой) международного права. Оно тесно связано со всеми отраслями и институтами международного права, прежде всего, ввиду того, что обычные нормы международного права пронизывают все области международного права, являются одним из базовых его элементов.

Право международных обычаев отличается от права международных договоров своей спецификой, прежде всего особенностями объекта и предмета правового регулирования, источников и норм, а также незначительным числом норм. Есть у этих областей международного права и схожие признаки.

Объектом регулирования права международных обычаев являются межгосударственные отношения, возникающие в процессе формирования международных обычаев, их действия, изменения и прекращения существования. Предмет правового регулирования охватывает указанные особенности функционирования международного обычая. Именно поэтому эта область международного права содержит в большей степени процессуальные нормы.

Существуют различные точки зрения относительно того, какие нормы регулируют процесс международного обычного нормообразования (далее — обычного нормообразования), если в целом так условно называть этот процесс. Одна из них заключается в том, что это практика государств, не являющаяся юридически обязательной; другая — что приоритетная роль отводится самим обычным нормам международного права или что обычные нормы в этом вопросе находятся в стадии формирования⁷. Мнения, что в основе права международных обычаев лежат обычные нормы международного права, придерживаются многие ученые. Согласно точке зрения И.И. Лукашука, процесс создания и осуществления обычных норм регулируется обычаем, а Венские конвенции о праве международных договоров (1969 и 1986 гг.) закрепили не только правила, отражающие специфику договоров, но и правила, общие для всех международно-правовых норм. По мнению Г.М. Даниленко, современное международное право содержит комплекс норм, относящихся ко всем его источникам, в том числе и к международному обычаю⁸.

Специфическая особенность права международных обычаев проявляется в характере и содержании его источников. Как правило, считается, что международные обычаи включают в себя только одну норму международного права. Поэтому возникновение новой обычной нормы международного права сопровождается соответствующим появлением нового источника международного права — международного обычая. В науке международного права и практике международных отношений термин «международный обычай» нередко рассматривается и как источник, и как норма международного права, что не совсем корректно. На наш взгляд, следует говорить о международном

⁷ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. Учебник. М., 1997. С. 128.

⁸ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. С. 23.

обычае и обычной норме международного права, различая эти термины. С.В. Черниченко отмечает, что на эти два значения указанного термина не обращают внимания, поскольку форма и содержание международного обычая неразрывно связаны друг с другом. Строго говоря, международный обычай — это форма существования определенной категории норм международного права, их источник, а содержание международного обычая — это нормы международного права⁹.

В доктрине международного права сложились две позиции по вопросу создания обычных норм международного права, лежащих в основе международного обычая. Первая утверждает нормативность создания такого рода норм. Согласно этой точке зрения, отношения государств по поводу установления, изменения или прекращения их международно-правовых обязательств, включая отношения по поводу создания обычных норм международного права, осуществляются в рамках, очерченных самими нормами международного права. Вторая точка зрения утверждает спонтанность создания обычных норм международного права, т.е., согласно мнению ученых, отстаивающих такую точку зрения, обычное нормообразование не регламентируется какими-либо правовыми нормами¹⁰.

Нормативистская позиция нашла широкое распространение среди ученых-международников, чья позиция совпадает с общими подходами, сложившимися в науке о нормах права, предназначение которых состоит в создании других норм международного права¹¹. По мнению Х. Хэрта, в любой развитой системе права наряду с «первичными» существуют «вторичные» нормы, регулирующие процедуры создания первичных норм и основывающиеся на «конечной норме признания»¹².

Позиция спонтанности создания обычных норм международного права широко критикуется среди большинства ученых-международников. Так, например, Л.Р. Шаммасова указывает, что такой подход не просто лишает процесс формирования обычая нормативных рамок, но и делает невозможным более или менее четкое определение того, какие обычно-правовые нормы существуют на сегодняшний момент в международном праве, так как субъективные толкования в данном случае ничем не ограничиваются¹³.

Вместе с тем международный обычай возникает в результате естественного исторического процесса, в ходе практики, а международный договор — в результате планомерной, целенаправленной деятельности государств, иных субъектов международного права. Международный обычай отражает объективные реалии, в то время международный договор — как объективные сложившиеся отношения, так и будущие потребности субъектов международного права в урегулировании международных отношений.

Если частично согласиться с точкой зрения в отношении стихийности обычного нормообразования, то такая стихийность, видимо, обусловлена следствием отсутствия соответствующей воли государств по данному вопросу, слабой скоординированности их усилий на международной арене, отсутствием соответствующих критериев нормообразования. Действия государств здесь могли бы быть направлены на активизацию и упорядочение этого процесса.

⁹ Черниченко С.В. Контурсы международного права. Общие вопросы. М., 2014. С. 142.

¹⁰ *Visscher Ch. de. Theory and Reality in Public International Law. Princeton, 1968. P.153–154, 728–732.*

¹¹ *Kunz J. Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law // American Journal of International Law. 1958. Vol. 52. P. 80–89.*

¹² *Hart H. Op. cit. P. 89–113.*

¹³ Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 60, 61.

Таким образом, в вопросе обычного нормообразования мы наблюдаем сочетание объективного и субъективного. Объективное проявляется в том, что это исторический процесс, связанный с появлением и дальнейшим функционированием международных обычаев, норм их содержащих. Субъективное — в отсутствии четкой позиции государств в вопросе разработки и признания на всеобщем уровне четких критериев, позволяющих установить процедуру и оценить результаты обычного нормообразования.

Можно встретить точку зрения, что нормы права международных обычаев могут содержаться и в международных договорах. При этом делаются ссылки на формулировки Статута Международного Суда ООН и Венской конвенции о праве международных договоров (1969). По нашему мнению, закрепление в международном договоре формулировок, связанных с обычным нормообразованием, свидетельствует о том, что либо в договоре нашла отражение сложившаяся обычная норма международного права, либо в нем закреплена договорная норма, которая в перспективе может стать обычной нормой международного права. Даже закрепленный в Статуте Международного Суда ООН двухэлементный состав международного обычая¹⁴ вызывает споры среди ученых и практиков о наличии существования соответствующего обычая.

На становление права международных обычаев оказывают существенное воздействие доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области международного права, решения Международного Суда ООН, деятельность Всемирной ассоциации международного права, в рамках которой в 2000 г. было принято «Лондонское заявление о принципах»¹⁵, являющееся результатом исследования процесса формирования международного обычного права. Все эти факторы оказывают заметное влияние на выработку политики государств в области обычного нормотворчества, принимаются во внимание международными организациями и международными органами, занимающимися исследованием данной тематики при решении не только научных, но и прикладных задач.

В практике своих взаимоотношений государства приходят к согласию не только о закреплении тех или иных источников, но и в отношении содержания тех требований, выполнение которых признается необходимым для завершения нормотворческого процесса¹⁶. Ввиду этого вопрос о четких критериях, связанных с формированием и функционированием международного обычая и его норм, всегда был актуальным и находил отражение в работах ученых-международников и в деятельности Комиссии международного права, уделявшей пристальное внимание этой проблематике. Подобные критерии, по нашему мнению, также должны носить обычно-правовой характер. Международный Суд ООН в своих решениях также обращался к данному вопросу при обосновании выносимых решений, так как довольно сложно констатировать наличие обычных норм международного права без четкого понимания соответствующих критериев. Устранение пробелов в этой сфере имеет важное как научное, так и прикладное значение, поскольку государствам, их органам и практикам важно знать, какие нормы существуют и как их выявить.

¹⁴ Согласно п. b ст. 38 Статута Международного Суда ООН международный обычай определяется как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

¹⁵ London Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, with Commentary: Resolution 16/2000 (Formation of General Customary International Law), adopted at the 69th Conference of the International Law Association, London, July 29, 2000.

¹⁶ Даниленко Г.М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве / Советский ежегодник международного права. 1982. С. 23.

Нечеткость этого вопроса и его длительная неурегулированность требуют активного вмешательства государств, международных организаций, прежде всего ООН, которая может придать универсализм этому процессу. Примером результата такой деятельности стала ст. 38 Статута Международного Суда ООН, содержащая формулировку международного обычая. По мнению И.И. Лукашука, кодификация процесса создания и осуществления обычных норм является в настоящее время довольно сложной задачей и пока для этих целей целесообразно применять по аналогии кодифицированное право международных договоров¹⁷.

Вместе с тем весьма целесообразно кодифицировать обычное нормообразование. Комиссия международного права в настоящее время уделяет большое внимание рассмотрению этого вопроса¹⁸. На начальном этапе можно было бы разработать соответствующий проект статей, приняв их в виде резолюции ООН. Затем можно приступить к непосредственной кодификации этого процесса, заключив, например, Конвенцию о праве международных обычаев, в которой важно закрепить как сложившиеся в настоящее время обычные нормы международного права, так и новые договорные нормы, которые призваны упорядочить обычное нормообразование, придать ему более строгий, системный вид. В дальнейшем такие нормы могут стать и обычными нормами международного права. Конвенция придала бы формулировкам существующих обычных норм большую четкость,крепила бы общее понимание государств по процедурным вопросам обычного нормообразования. Такого рода деятельность дала бы импульс дальнейшему развитию права международного обычая и могла бы заложить основу для формирования соответствующей отрасли международного права, как это было с правом международных договоров.

Одновременно можно с уверенностью сказать, что в международном праве сложились обычные нормы, которые регулируют вопросы обычного нормообразования. Однако многие правила из-за нечеткости их формулировок и различных позиций государств еще не стали обычными нормами международного права.

К числу обычных норм международного права, регулирующих процедуру создания и применения международных обычаев, как разновидностей источников международного права, а также непосредственно самих обычных норм международного права, по нашему мнению, можно, в частности, отнести следующие правовые нормы:

- норма о признании международного обычая в качестве источника международного права;
- норма о молчаливом характере международного обычая как о соглашении, заключенном в устной форме;
- норма о двухэлементном составе обычной нормы международного права;
- норма, содержащая право государства, не согласного с обычной нормой международного права, протестовать против практики других государств, чтобы не быть связанным ее положениями;
- норма о добросовестности соблюдения взятых на себя обязательств (*pacta sunt servanda*), уважении к ним;
- норма об обязательности международного обычая для связанных им государств;
- норма о существовании партикулярных или локальных обычных норм международного права и соответственно международных обычаев с ограниченным числом участников;

¹⁷ Лукашук И.И. Указ. соч. С. 128.

¹⁸ Док. ООН. A/CN.4/SR.3132. P. 16.

- норма о невозможности для государства сослаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им международного обычая, в отношении которого оно ранее дало согласие о его юридической обязательности;
- норма о невозможности обратной силы международных обычаев;
- норма о том, что последующая практика применения международного обычая устанавливает соглашение участников относительно его толкования;
- норма о невозможности участия в формировании международных обычаев лиц, которые не уполномочены действовать от имени государства;
- норма о возможности существования обычных норм международного права, носящих императивный характер (норм «*jus cogens*»), по отношению к другим нормам международного права;
- норма, содержащая право государств заключать устные международные договоры, так называемые «джентльменские соглашения»;
- норма о возможности какой-либо нормы, содержащейся в договоре, стать обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права, признаваемой как таковой, как это закреплено в ст. 38 Венской конвенции;
- норма о возможности последующей обычной нормы международного права в определенных условиях изменить положения договора;
- норма об автономности существования обычной нормы международного права вне зависимости от того, что норма нашла отражение в международном договоре;
- норма о правоспособности государств и иных субъектов международного права в формировании международных обычаев;
- норма о возможности существования международных обычаев внутри международных организаций;
- норма о том, что разрыв дипломатических или консульских отношений между участниками договора не влияет на правовые отношения, установленные между ними международными обычаями, за исключением случаев, когда наличие дипломатических или консульских отношений необходимо для выполнения международного обычая и др.

Некоторые из приведенных норм являются одновременно и нормами права международных договоров.

Представления о международном обычае с древнейших времен базируются на доктринальных позициях многих ученых, которые и поныне являются противоречивыми. К сожалению, работ, посвященных исследованию процесса обычного нормообразования, которые могли бы дать строгую систему знаний в этой области, не так много. В основном научные работы посвящены исследованию частных вопросов формирования международного обычая, прежде всего его норм, их содержанию, установлению взаимосвязи с нормами международных договоров. Данный вопрос рассматривали Г.М. Даниленко, Г.И. Тункин, И.И. Лукашук, А.П. Мовчан, С.В. Черниченко, Л.Р. Шаммасова и др. Так, Г.М. Даниленко в труде «Обычай в современном международном праве» подробно рассмотрел сущность и особенности создания обычая в современном международном праве, его значение в условиях продолжающейся кодификации. Им проведен теоретический анализ проблем формирования международных обычаев и их взаимодействия с международными договорами в тех областях международного права, которые были кодифицированы, но в которых в связи со специфическими особенностями международного права международный обычай по-прежнему играет значительную роль¹⁹.

¹⁹ Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. 192 с.

Однако это только отдельные аспекты исследования обычного нормообразования, которые не охватывают все его стадии от создания обычных норм международного права до прекращения их существования. На наш взгляд, как с научной, так и прикладной стороны требуется дальнейшее рассмотрение следующих основных вопросов, ряд из которых, по нашему мнению, должен найти формальное отражение в международных документах:

- определение международного обычая как источника международного права и как нормы международного права. Это один из основных вопросов, стержень обычного нормообразования и вообще правоприменения. Требуется юридическое осмысление структуры обычной нормы международного права, в частности, следует определиться, что понимается под практикой и признанием в качестве правовой нормы. При этом важное значение имеет выработка общей методики определения наличия международного обычая;
- уточнение разновидностей международных обычаев и их юридической силы;
- раскрытие процесса возникновения международного обычая, его изменения и прекращения существования;
- выявление взаимосвязи права международных договоров и права международных обычаев в контексте обычного нормообразования и другие актуальные вопросы в этой области.

Таким образом, под *правом международных обычаев* предлагается понимать институт международного права, включающий в себя совокупность обычных норм международного права, регулирующих межгосударственные отношения в вопросах формирования международного обычая, его действия, изменения и прекращения существования, понятийный аппарат в данной сфере.



Библиография

- Гурова Т.В. Актуальные проблемы теории источников права: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2000. 188 с.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Даниленко Г.М. Процесс создания обычных норм в современном международном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М.: Наука, 1983. С. 151–171.
- Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: БЕК, 1997. 128 с.
- Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. 187 с.
- Международное право = *Völkerrecht* / Витцтум В и др.; пер. с нем. / [В. Бергманн, предс., сост. Науч. ред. Т.Ф. Яковлева]. М.: Инфотропик Медиа, 2011. 962 с.
- Обычай в праве: Сборник. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 382 с.
- Черниченко С.В. Контурсы международного права. Общие вопросы. М.: Научная книга, 2014. 592 с.
- Шаммасова Л.П. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... канд. юрид. наук. М., 2006. 214 с.
- Ago R. Positive Law and International Law // *American Journal of International Law*. 1957. Vol. 57. P. 728–732.
- Gihl T. The Legal Character and Sources of International Law // *Scandinavia Studies in Law*. 1975. Vol. 1. P. 69–71.
- Hart H. *The Concept of Law*. Oxford, 1961. 274 p.
- Kammerhofer J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems // *European Journal of International Law*. 2004. Vol. 15. № 3. P. 523–553.

Kunz J. Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law // *American Journal of International Law*. 1958. Vol. 52. P. 80–89.

Visscher C. de Theory and Reality in Public International Law. Princeton: Princeton University Press, 1968. 527 p.

The Law of International Customs in the International Law



Yuri S. Romashev

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



Abstract

The area of legal regulation related to customs norm formation isn't clearly designated and sufficiently examined in the doctrine of international law. Also, there is no unified point of view on its title. A variety of terms can be met in scientific studies. The author proposes to entitle this area of international law as "law of international customs" — the most accurate term, corresponding to its content. The article reveals the role and place of the law of international customs in the international legal system. The differences and similarities of this institute of international law in relation to the law of treaties are shown. Scientific doctrines on the content and development of this institute of international law are also considered. The author shows which rules are lying on the basis of customs norm-formation and substantiates his position on this issue. The object and the subject of regulation of the law of international customs are clarified. The question of norm-formation and its stages is examined. The article reveals influence of treaty rules, decisions of judicial and other international bodies on the process of custom norm-formation. Questions over necessity of the codification of this process, development of appropriate criteria relating to the formation of international custom and its norms are risen. The author proposes to develop relevant draft articles, adopting them as a UN resolution, and then to sign a Convention on the Law of international customs, which should fix currently established customary rules of international law, and also new treaty rules aimed to streamline the custom norm-formation, giving it more rigorous, systematic view. The state of scientific researches in this area and the ways of their further development are shown. Separate formulations of the law of international customs are presented. The author gives definition of the law of international customs, which is proposed to be understood as the institute of international law, including a set of customary rules of international law regulating interstate relations in the questions of international custom establishment, its validity, amending and termination of existence, the conceptual apparatus in this area.



Keywords

international law; sources of international law; international custom; law of international customs; norm formation; customary norms of international law.

Citation: Romashev Yu. S. (2016) The Law of International Customs in the International law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 103–112 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.103.112



References

Ago R. (1957) Positive Law and International Law. *American Journal of International Law*, vol. 57, pp. 728–732.

Chernichenko S.V. (2014) *Kontury mezhdunarodnogo prava. Obshchie voprosy* [The Contours of International Law. General Issues]. Moscow: Nauchnaya Kniga, 592 p. (in Russian)

- Danilenko G.M. (1988) *Obychay v sovremennom mezhdunarodnom prave* [Custom in Contemporary International Law]. Moscow: Nauka, 192 p. (in Russian)
- Danilenko G.M. (1983) Protsess sozdaniya obychnykh norm v sovremennom mezhdunarodnom prave [The Process of Creating Customary Norms in Contemporary International Law]. *Sovetskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava* [The Soviet Yearbook of International Law]. Moscow: Nauka, pp. 151–171.
- Gihl T. (1975) The Legal Character and Sources of International Law. *Scandinavia Studies in Law*, vol. 1, pp. 69–71.
- Gurova T.V. (2000) Aktual'nye problemy teorii istochnikov prava. Diss. ... kand. yurid. nauk [Issues of the Theory of Sources of Law. (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Samara, 188 p.
- Hart H. (1961) *The Concept of Law*. Oxford: Blackwell, 274 p.
- Kammerhofer J. (2004) Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems. *European Journal of International Law*, vol. 15, no 3, pp. 523–553.
- Kunz J. (1958) Roberto Ago's Theory of a "Spontaneous" International Law. *American Journal of International Law*, vol. 52, pp. 80–89.
- Lukashuk I.I. (1997) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'. Uchebnik* [International Law. Common Part. Textbook]. Moscow: BEK Publishers, 128 p.
- Malova O.V. (2002) Pravovoy obychai kak istochnik prava. Diss. ... kand. yurid. nauk [Legal Custom as a Source of Law (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Ekaterinburg, 187 p.
- Obychai v prave: Sbornik [The Custom in Law: A Collection]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 2004, 382 p.
- Shammasova L.R. (2006) Mezhdunarodno-pravovoy obychai v sovremennom mezhdunarodnom prave: Diss. ... kand. yurid. nauk [International Custom in Contemporary International Law (Diss. Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Moscow, 214 p.
- Visscher Ch. de (1968) *Theory and Reality in Public International Law*. Princeton: Princeton University Press, 527 p.
- Vittstum W. G. et al. (2011) *International Law* [Völkerrecht]. Moscow: Infotropik Media, 962 p.

Согласованный платеж при неисполнении обязательств в источниках *lex mercatoria*



Н.В. Литаренко

старший юрист Общества с ограниченной ответственностью «Навигатор». Адрес: 115162, Российская Федерация, Москва, Шаболовка, 31/ 5. E-mail: Litarenkonv@gmail.com



Аннотация

Свобода сторон в выборе применимого права является очень интересной и практически важной особенностью международных коммерческих сделок, на которую обращают внимание как исследователи в данной области, так и коммерсанты. Возможность выбора между правопорядками зачастую таит в себе определенные выгоды для сторон сделки. В последнее время набирает популярность обращение сторон к источникам *lex mercatoria* как к договорному статуту для регулирования их правоотношений, минуя нормы национального права. В данной статье анализируется возможность применения источников *lex mercatoria* в качестве договорного статута в целом и эффективность такого выбора норм права для регулирования отношений по взысканию неустоек (заранее оцененных сумм за неисполнение обязательств), в частности. Автор дает ответы на следующие практически важные вопросы. Могут ли стороны ввиду неурегулированности определенных правоотношений на международном уровне, к примеру, неустойки, выбрать применимыми к договору источники *lex mercatoria*? Насколько это может быть эффективно в ситуации с неустойкой? Каковы перспективы принудительного исполнения решения, вынесенного на основе документов *lex mercatoria*? В статье автор обращает особое внимание на проблемный характер использования источников *lex mercatoria* по ряду причин, в частности, ввиду крайне скудного регулирования сферы согласованных сумм за неисполнение обязательств в Принципах УНИДРУА и Модельных правилах Европейского договорного права, а также отсутствия сложившейся правоприменительной практики по толкованию важных при взыскании неустойки аспектов. К примеру, акты *lex mercatoria* не определяют соотношения взыскания убытков с неустойкой, отсутствуют также положения о размере «чрезмерной» неустойки, непонятно, до каких пределов ее можно снижать. Эти и другие вопросы образуют проблемное поле в регулировании согласованных сумм за неисполнение обязательств источниками *lex mercatoria*. От успешного решения обозначенных в статье проблем зависит дальнейшая возможность использования источников *lex mercatoria* в регулировании неустойки.



Ключевые слова

международное частное право, *lex mercatoria*, международный коммерческий контракт, неустойка, унификация, Принципы УНИДРУА, Модельные правила Европейского договорного права.

Библиографическое описание: Литаренко Н.В. Согласованный платеж при неисполнении обязательств в источниках *lex mercatoria* // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 113–121.

JEL: K33; УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.113.121

Исторически сложилось, что в международном коммерческом обороте отсутствуют унифицированные нормативные правовые акты, регулирующие выплаты согласован-

ных сумм при неисполнении обязательств (неустоек) по внешнеэкономическим сделкам. Причиной тому послужило различие, укоренившееся в правовых системах континентального и англо-саксонского права¹. Попытки унификации положений о неустойке в виде международных правовых актов до настоящего момента не увенчались успехом. В связи с этим стоит вспомнить о Единообразных правилах, касающихся договорных условий о согласованной сумме, причитающейся в случае неисполнения обязательства² (далее — Единообразные правила), утвержденных Генеральной Ассамблеей ООН еще в 1983 году и рекомендованных к применению в форме типового закона или конвенции. Единообразные правила были созданы в качестве дополнения к Конвенции Организации Объединенных Наций о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.³ (далее — Венская конвенция). Однако несмотря на авторитет и востребованность Венской конвенции в международном коммерческом обороте, Единообразные правила до настоящего момента не получили официального статуса. Слишком уж фундаментальны различия в подходах между двумя основными системами права.

В отсутствие межгосударственного регулирования положений о неустойках сформировался своеобразный правовой вакуум, который в настоящий момент регулируется применимым к договору соответствующим национальным правом. Стоит отметить, что отсылка к праву различных государств в ситуации с неустойкой может привести к противоположным результатам, например, признание и взыскание, либо непризнание. Очевидно, что указанное положение вещей не отвечает интересам бизнес-сообщества.

Потребность в заполнении выявленного правового вакуума налицо. В связи с этим возникает ряд вопросов о возможности регулирования контрактной неустойки другим способом, к примеру, путем применения документов *lex mercatoria*. Можно ли с их помощью регулировать вопросы действительности и взыскания неустоек? Стоит ли мировому сообществу далее концентрироваться на принятии унифицированного акта в отношении согласованных сумм за неисполнение обязательств или есть значительно более простой выход из противоречий?

Как известно, одной из особенностей права международной торговли является то, что при регулировании данных отношений широко применяются обычаи международной торговли⁴. В целях придания определенности и общеизвестности обычаи часто фиксируют в различных сборниках. При этом в аспекте упоминания неустоек и штрафов за неисполнение обязательства наибольший интерес вызывают не все обычаи, а кодифицированные, разработанные и изданные авторитетными специалистами в сфере международного частного права (далее — МЧП). Указанные документы в общем виде формируют так называемое негосударственное право⁵ или *lex mercatoria*. К ним, без-

¹ Более подробно о причинах расхождения взглядов континентальной и англо-саксонской систем права на неустойку см.: Ансон В. Договорное право. М., 1984. С. 358; Шмиттгофф К.М. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 78; Комаров А.С. Ответственность в коммерческом обороте. М., 1991. С. 142; Каранетов А.Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве. М, 2005.

² Комиссия ООН по праву международной торговли. Ежегодник. Т. XIV. 1983. Нью-Йорк, 1985.

³ Вестник ВАС РФ. 1994. № 1.

⁴ Международное частное право / отв. ред. Г.К. Дмитриева. М, 2016. С. 343; Международное частное право / под ред. Н.И. Марышевой. М., 2016. С. 37; Дьяконова А.А. Обычай международной торговли в системе регулирования внешнеэкономических сделок: монография. Оренбург, 2014. С. 5.

⁵ В ст. 13 Регламента Европейского парламента и Совета ЕС от 17.06.2008 № 593/2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» негосударственное право определено как акты

условно, можно отнести Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА в их последней редакции 2010 года⁶ (далее — Принципы УНИДРУА), Модельные правила Европейского частного права⁷ (далее — Модельные правила). В данной работе термин *lex mercatoria* будет связан в основном с этими негосударственными кодификациями, если иное не будет оговорено отдельно.

В настоящее время в литературе⁸ отмечаются тенденции к укреплению негосударственного регулирования отношений в сфере международной коммерции. Применение к контрактным отношениям документов *lex mercatoria* прямо предусмотрено законодательными актами многих стран, к примеру, п. 13 Преамбулы Рим I (данный регламент имеет непосредственную силу на всей территории ЕС); п. 11 ст. 1211 ГК РФ. В самих источниках негосударственного права можно найти нормы о возможности применения *lex mercatoria*. В частности, ст. 3 Принципов о выборе права в международных контрактах, одобренных Гаагской конференцией по МЧП; в преамбуле Принципов УНИДРУА, п. I-1:101 Модельных правил.

Ряд авторов⁹, с обоснованной ссылкой на арбитражную практику МКАС при ТПП РФ и Арбитраж ИСС, высказывает мнения о том, что разрешение споров только на основании документов вненационального права вполне возможно. Причем отмечается, что такие документы могут быть использованы для регулирования договорного статута в полном объеме и необходимости для обращения к национальному праву нет.

Представляется, что указанная позиция в ситуации с регулированием неустоек на практике столкнется с несколькими проблемами. Во-первых, применить *lex mercatoria* в государственных судах в качестве договорного статута крайне проблематично. В настоящий момент нормативные правовые акты, содержащие коллизионные нормы, в основной своей массе устанавливают, что стороны в порядке автономии воли могут выбрать именно применимое право для регулирования их отношений, а не правовые нормы¹⁰. Так, это, к примеру, установлено и в ст. 1210 ГК РФ. При этом *lex mercatoria* не является источником права в традиционном понимании. Нормы *lex mercatoria* лишь могут включаться в текст контракта путем прямого или подразумеваемого упоминания условий соответствующего негосударственного документа (например, как указано в Регламенте Рим I). Таким образом, нормы негосударственного документа могут быть признаны соответствующими пунктами договора, согласованными сторонами условиями, но никак не договорным статутом, регулирующим отношения сторон. Договорный статут будет определяться государственным судом на основании коллизионных норм соответству-

международных межправительственных и неправительственных организаций, в том числе акты, не имеющие обязательной силы для государств и частных лиц.

⁶ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2013. 758 с.

⁷ Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М., 2013. 989 с.

⁸ *Мажорина М.В.* Транснациональные нормы в международном коммерческом обороте // *LEX RUSSICA*. Международное частное право. № 10. 2014. С. 1177–1184.

⁹ *Международное частное право*: / Е.А. Абросимова, А.В. Асосков, А.В. Банковский и др.; отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М., 2015. Т. 2. С. 193; *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2004. С. 212.

¹⁰ Подробнее о различии понятий «право» и «правовые нормы» в международном гражданском и арбитражном процессах см.: *Бардина М.П.* Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота / Бардина М.П. и др.; под ред. А.С. Комарова. М., 2016. С. 6.

ющего права, в частности, в России суд будет применять положения ст. 1211 ГК РФ, которая отсылает к соответствующим национальным правовым порядкам.

В отличие от государственных судов стороны в арбитражном процессе обладают большими полномочиями в отношении выбора применимого права. Так, в п. 1. ст. 21 Арбитражного регламента МТП установлено, что стороны могут выбрать в качестве применимых к их спору нормы права. В ст. 26 регламента МКАС при ТПП РФ установлено, что МКАС разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Таким образом, стороны в рамках арбитражного процесса имеют возможность выбора *lex mercatoria* для регулирования договорного статута.

Особняком стоит вопрос о возможности применения *lex mercatoria* в качестве договорного статута при отсутствии выбора права сторонами. Как отмечает М.П. Бардина¹¹, в различных странах существуют различные подходы к этому вопросу. В тех правовых порядках, где нормы об арбитраже основаны на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон), арбитры не обладают полномочиями по выбору *lex mercatoria* в качестве применимого права. Связано это с тем, что в ст. 28 Типового закона говорится о возможности определения арбитрами права, а не норм права. Такой выбор может осуществляться различными способами, получившими название «косвенный подход»¹². Именно такая формулировка содержится в ст. 26 регламента МКАС при ТПП РФ.

Таким образом, применение *lex mercatoria* в качестве материального права возможно только в арбитражных (третейских) судах, в связи с тем, что они не связаны коллизионными нормами конкретного правового порядка, а имеют возможность применять те нормы права, которые сочтут применимыми, с озвученными ограничениями.

Во-вторых, источники *lex mercatoria* недостаточно регламентируют отношения по взысканию неустойки. Налицо пробелы в правовом регулировании. Принципы УНИДРУА и Модельные правила фактически повторяют друг друга в ст. 7.4.13, III.-3:712, соответственно, и предлагают следующий вариант регулирования: «Если договор предусматривает, что неисполнившая сторона должна уплатить установленную сумму потерпевшей стороне за допущенное нарушение, потерпевшая сторона имеет право получить эту сумму независимо от размера действительно понесенного ею ущерба. Однако независимо от какого-либо соглашения об ином установленная сумма может быть снижена до разумных пределов, если она чрезмерно велика с учетом возникшего от неисполнения ущерба и других обстоятельств». Фактически эти документы дают определение неустойки, как договорной меры ответственности за нарушение обязательства, и закрепляют ее принципиальную действительность, устанавливают возможность снижения при чрезмерности.

Как ни парадоксально звучит, минусом *lex mercatoria* в данном случае является то, что это не национальная правовая система, и вот почему. При возникновении любого вопроса, судья, ориентирующийся на национальную правовую систему, имеет возможность, кроме непосредственно законодательного акта, устанавливающего права и обязанности сторон, обратиться к правоприменительным актам, легальным разъяснениям. Судья, применяющий *lex mercatoria*, в этом случае останется «один на один» со своим усмотрением.

¹¹ Там же. С. 16.

¹² См.: Засемкова О.Ф. О методах определения применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии соглашения сторон: косвенный подход // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4. С. 217–222.

К примеру, норма ст. 333 ГК РФ о возможности снижения неустойки, если подлежащая уплате сумма явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, формирует общее правило, которое далее развивается в правоприменительной практике. В России существует позиция высших судебных инстанций относительно получения необоснованной выгоды при взыскании неустойки¹³. За справедливую модель взята сумма, равная двукратной учетной ставке Центробанка РФ. Какие нормы *lex mercatoria* будет применять суд, снижая неустойку на основании ст. 7.4.13 Принципов УНИДРУА, непонятно. При этом снижение неустойки до размера процентов годовых при неплатеже (ст. 7.4.9.) является неправильным.

В решении по делу № 229/1996¹⁴, рассмотренном МКАС при ТПП РФ, суд применил принципы УНИДРУА в редакции 1994 года для регулирования вопроса взыскания согласованной суммы за неисполнение. Покупатель просил о снижении размера предъявленной неустойки. Действительно, для решения вопроса о возможности снижения МКАС обратился к предписаниям ст. 7.4.13 Принципов. Однако при этом суд также исследовал, существует ли возможность снижения неустойки согласно применимому праву Болгарии. И только найдя, что такая возможность существует, суд согласился снизить размер согласованной суммы. Представляется, что в рамках данного дела обращение к принципам УНИДРУА не было «жизненно» необходимым, суд вполне мог применить право Болгарии, которое к тому же все равно было им исследовано.

За рамками *lex mercatoria* остается не только правоприменительная практика и разъяснения по урегулированным вопросам, но и проблемы соотношения неустоек с иными средствами правовой защиты. Можно ли требовать одновременно реального исполнения и взыскания неустойки, и в каких случаях? Возможно ли параллельное взыскания убытков и неустойки или неустойка является зачетной?

Без уяснения этих вопросов, на которые в континентальной система права даны предметные ответы, регулировать согласованные суммы за неисполнение путем применения *lex mercatoria* крайне проблематично.

В-третьих, арбитражные решения могут не исполняться в добровольном порядке сторонами. Неоспоримым преимуществом арбитража является возможность принудительного исполнения его решений практически во всех развитых странах мира¹⁵, используя инструментарий Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Нью-Йоркская конвенция). В пп. б п. 2 ст. V Нью-Йоркской конвенции установлено, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

В современной литературе¹⁶ принято выделять не только негативный, но и позитивный публичный порядок. Г.К. Дмитриева отмечает, что «нет никаких оснований счи-

¹³ См.: *Канашевский В.А.* Международные сделки: правовое регулирование. М., 2015. С. 68.

¹⁴ См.: *Розенберг М.Г.* Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 2007. С. 209.

¹⁵ На дату написания статьи к Нью-Йоркской конвенции присоединились 156 государств (данные с официального сайта ЮНСИТРАЛ // Электронный ресурс: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

¹⁶ *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. М., 2012. С. 154; *Международное частное право: учебник / отв. ред. Г.К. Дмитриева.* М., 2016. С. 167.

тать, что особые императивные нормы действуют отдельно от публичного порядка. Они выражают позитивную оговорку о публичном порядке...»¹⁷. В общем виде оговорка о публичном порядке (негативный публичный порядок) сформулирована в ст. 1193 ГК РФ — норма иностранного права в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В статье 1192 ГК РФ дается следующее определение сверхимперативным нормам (позитивный публичный порядок) — это такие императивные нормы законодательства, которые вследствие указания в них самих или ввиду их особого значения регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. С 2013 года термин «сверхимперативные нормы» законодательно изменен на «нормы непосредственного применения». Однако ввиду того, что новое понятие не несет в себе измененного, дополнительного смысла, автору привычнее использовать уже сложившийся в доктрине термин.

Как указывает Б.Р. Карабельников¹⁸, несмотря на отсутствие четких критериев противоречия публичному порядку, в судебной практике большинства развитых стран не признаются арбитражные решения, исполнение которых может вступить в конфликт с императивными нормами национального законодательства страны, где испрашивается исполнение.

В национальном законодательстве различных государств положения о неустойке могут носить сверимперативный характер. К примеру, в литературе¹⁹ отмечается, что в РФ положения ст. 333 ГК РФ являются сверимперативными. В случае взыскания арбитражным судом неустойки, которая будет в понимании национального права чрезмерной, снижается вероятность принудительного исполнения данного арбитражного решения. На примере рассмотренного выше дела № 229/1996 можно отметить, что при применении Принципов УНИДРУА судом была взыскана неустойка по ставке 90% в год. Столь высокий размер согласованной суммы за неисполнение идет вразрез с российской правоприменительной практикой (двойная ставка рефинансирования ЦБ РФ). При таких обстоятельствах в принудительном исполнении данного решения может быть в этой части отказано.

Не вызывает сомнений, что такие положения англо-саксонской системы права как «правило против неустойки», также являются сверимперативными. В связи с этим К.М. Шмиттгофф отмечает, что «по английскому праву уплачиваемая при нарушении договору фиксированная сумма может выступать либо в виде заранее согласованных убытков (liquidated damages), либо в виде штрафа (penalty)... в случае квалификации зафиксированной в договоре суммы в качестве убытков суд вынесет решение о присуждении такой суммы... если фиксированная сумма признается штрафной неустойкой, суд ее проигнорирует²⁰». Определенно, правило против неустойки является основанием для применения судами англо-саксонской системы права, оговорки о публичном порядке. Трудно судить, к какому виду публичного порядка относится правило против неустойки — к позитивному или негативному. Вероятно, в данном случае этот вопрос не имеет практического смысла, так как ведет к одним и тем же последствиям (отказ в принудительном исполнении арбитражного суда в соответствующей части).

¹⁷ Дмитриева Г.К. Указ. соч. С. 168.

¹⁸ См.: Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008. С. 405.

¹⁹ См.: Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М., 2015. С. 71.

²⁰ Шмиттгофф К.М. Указ. соч. С. 78.

Позицию о сомнительности признания и приведения в исполнение арбитражных решений, основанных на положениях *lex mercatoria*, которые противоречат сверхимперативным нормам страны, где испрашивается исполнение, высказывают авторитетные специалисты в МЧП²¹.

В целом, не умаляя перспективности и значимости *lex mercatoria* для международного коммерческого оборота, стоит отметить, что рассмотренные проблемы в регулировании неустойки представляются очень значительными. Фактически использование негосударственного права в качестве договорного статута для согласованных сумм за неисполнение возможно только арбитражными судами и в единичных случаях. Кроме того, решения по указанным делам рискуют быть в части неустойки не признанными соответствующими государственными судами, где испрашивается принудительное исполнение.

К нескрываемому сожалению автора представляется, что в нынешней правовой реальности альтернативы международной унификации попросту нет. Только ратифицированный международный нормативный правовой акт позволит снять ряд нерешенных вопросов и убрать соответствующие коллизии в регулировании согласованных сумм за неисполнение в международном коммерческом обороте.



Библиография

Аксенов А.Г. Договор международной купли-продажи товаров между субъектами предпринимательской деятельности стран СНГ. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 256 с.

Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: Сборник статей / М.П. Бардина, В.В. Безбах, Г.Н. Буднева и др.; под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. 272 с.

Асосков А.В. Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. 352 с.

Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. 511 с.

Засемкова О.Ф. О методах определения применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии соглашения сторон: косвенный подход // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 4. С. 217–222.

Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения. 2015. 664 с.

Карабельников Б.Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2008. 606 с.

Мажорина М.В. Современные тенденции развития права международной торговли // Журнал российского права. 2014. № 4. С. 119–128.

Мажорина М.В., Транснациональные нормы в международном коммерческом обороте // LEX RUSSICA. Международное частное право. № 10. 2014. С. 1177–1184.

Модельные правила европейского частного права / пер. с англ. Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013. 989 с.

Николюкин С.В. Унификация правил международной купли-продажи (на примере Принципов УНИДРУА) // Юрист. 2014. № 4. С. 36–41.

Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013. 758 с.

Проблемы унификации международного частного права: монография / Н.В. Власова, Н.Г. Дорони-на, Т.П. Лазарева и др.; отв. ред. А.Л. Маковский, И.О. Хлестова. М.: Юриспруденция, 2012. 488 с.

²¹ См. Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота. С. 48, 135.

Симатова Е.Л. Тенденции и перспективы развития *lex mercatoria* в международном частном праве // Современное право. 2015. № 8. С. 131–135.

Стригунова Д.П. Реализация принципа автономии воли сторон в международных коммерческих договорах // Современное право. 2014. № 4. С. 153–158.

Conformed Payment in case of Default under *lex mercatoria*



Nikolai V. Litarenko

Senior Lawyer, LLC Navigator. Address: 31/5 Shabolovka Str., Moscow, 11562, Russian Federation. E-mail: Litarenkonv@gmail.com



Abstract

The freedom of parties in the choice of applicable law is an interesting and relevant for practice feature of international commercial transactions drawing attention of researchers and businesspeople. The choice of law provides benefits for the parties. Increasingly, the application of *lex mercatoria* sources is becoming popular to govern legal relations defying national law. The paper analyzes the possibility to apply sources *lex mercatoria* as a contractual statute on the whole and the efficiency of such choice of rules to govern the relations to charge damages in particular. The author answers the following important for practice questions. May the parties choose *lex mercatoria* in the event of unsettled legal relations e.g. damages? To what extent can it be efficient in the situation with damages? What are the perspectives of enforceable performance decided on the basis of *lex mercatoria* documents? The author draws special attention to the issues of applying *lex mercatoria* sources due to some reasons such as scarce possibilities to govern this area of conformed amounts for default in UNIDROIT principles and Model rules of the European contract law and the lack of case practice to interpret key aspects when charging damages. In particular, *lex mercatoria* acts do not determine the proportion of charging damages and default charge, it lacks provisions on the size of excessive charge as well as its minimum. This and other issues represent the area of issues in regulating conformed amounts for default under *lex mercatoria*. The successful solution of the issues presented in the paper may promote to applying *lex mercatoria* in regulating damages.



Keywords

international private law, Lexmercatoria, international commercial contract, damages, unification, UNIDROIT principles, Model Rules of European Contract Law.

Citation: Litarenko N.V. (2016) Conformed Payment in Case of Default under *lex mercatoria*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 113–121 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.113.121



References

Aksenov A.G. (2012) *Dogovor mezhdunarodnoy kupli-prodazhi tovarov mezhdub sub"ektami predprinimatel'skoy deyatel'nosti stran SNG* [International Sales of Goods Agreement between the subjects of Entrepreneurship in the CIS]. Moscow: Infotropik Media, 256 p. (in Russian)

Asoskov A.V. (2012) *Osnovy kollizionnogo prava* [The Fundamentals of the Conflict of Laws]. Moscow: Infotropik Media, 352 p. (in Russian)

Kanashevskiy V.A. (2015) *Mezhdunarodnye sdelki: pravovoe regulirovanie* [Indirect Transactions: Legal Regulation]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. 664 p. (in Russian)

Karabel'nikov B.R. (2008) *Ispolnenie i osparivanie resheniy mezhdunarodnykh kommercheskikh arbitrazhey. Kommentariy k N'yu-Yorkskoy konventsii 1958 g. i glavam 30 i 31 APK RF 2002 g* [Performance and Challenging International Commercial Arbitrations. Commentaries to 1958 New York Convention and RF APK of 2002 Chapters 30, 31]. Moscow: Statut, 606 p. (in Russian)

- Komarov A.S. (ed.) (2016) *Aktual'nye pravovye aspekty sovremennoy praktiki mezhdunarodnogo kommercheskogo oborota: Sbornik statey* [Topical Legal Issues of Current Practice of International Commercial Turnover]. Moscow: Statut, 272 p. (in Russian)
- Komarov A.S. (ed.) (2013) *Printsipy mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorov UNIDRUA 2010* [Principles of International Commercial UNIDROIT Agreements 2010]. Moscow: Statut, 758 p.
- Mazhorina M.V. (2014) Sovremennye tendentsii razvitiya prava mezhdunarodnoy trgovli [Modern Trends in the Development of International Trade Law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 4, pp. 119–128.
- Mazhorina M.V. (2014) Transnatsional'nye normy v mezhdunarodnom kommercheskom oborote [Transnational Norms in International Commercial Transaction]. *LEX RUSSICA. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo*, no 10, pp. 1177–1184.
- Makovskiy A.L., Khlestova I.O. (eds.) (2012) *Problemy unifikatsii mezhdunarodnogo chastnogo prava: monografiya* [Issues of Unifying International Private Law]. Moscow: Yurisprudentsiya, 488 p. (in Russian)
- Nikolyukin S.V. (ed.) (2014) Unifikatsiya pravil mezhdunarodnoy kupli-prodazhi (na primere Printsipov UNIDRUA) [Unifying Rules of International Sale (UNIDROIT Cases)]. *Yurist*, no 4, pp. 36–41.
- Rasskazov N.Yu. (ed.) (2013) *Model'nye pravila evropeyskogo chastnogo prava*. Moscow: Statut, 989 p. (in Russian)
- Simatova E.L. (2015) Tendentsii i perspektivy razvitiya lexmercatoria v mezhdunarodnom chastnom prave [Trends and Perspectives of Lexmercatoria in International Private Law]. *Sovremennoe pravo*, no 8, pp. 131–135.
- Strigunova D.P. (2014) Realizatsiya printsipa avtonomii voli storon v mezhdunarodnykh kommercheskikh dogovorakh [Impementing Autonomy of the Parties in International Commercial Agreements]. *Sovremennoe pravo*, no 4, pp. 153–158.
- Vilkova N.G. (2004) *Dogovornoe pravo v mezhdunarodnom oborote* [Contract Law in International Turnover]. Moscow: Statut, 511 p. (in Russian)
- Zasemkova O.F. (2015) O metodakh opredeleniya primenimogo prava mezhdunarodnym kommercheskim arbitrazhem pri otsutstvii soglasheniya storon: kosvennyy podkhod [On the Methods of Determining Applicable Law by International Commercial Arbitration without the Agreement of Parties: Indirect Approach]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no 4, pp. 217–222.

Становление и развитие законодательства о международном частном праве Украины¹



Н.Ю. Ерпылева

заведующая кафедрой международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор, доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



Аннотация

В статье на примере законодательства и судебной практики Украины исследуются тенденции современного процесса кодификации международного частного права. Анализ нормативных актов по МЧП, принятых за последние 35 лет в разных странах и регионах мира, показывает, что основными формами (способами) современных кодификаций МЧП являются следующие: 1) внутриотраслевая форма — в рамках общей кодификации гражданского права в соответствующий законодательный акт включается особый раздел, регламентирующий большую часть институтов общей и особенной частей МЧП; 2) межотраслевая форма — в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел, содержащий основные нормы и институты общей и особенной частей МЧП; 3) автономная отраслевая форма — издание специального закона, более или менее исчерпывающим образом кодифицирующего МЧП; 4) комплексная автономная форма — издание отдельного закона или кодекса, содержащего одновременно как основные принципы и коллизионные нормы МЧП, так и положения международного гражданского процесса. Украина предпочла путь полномасштабной кодификации МЧП/МГП — приняла комплексный автономный Закон «О международном частном праве» (вступил в силу 1 сентября 2005 г.), разрешающий как вопросы выбора применимого права, так и вопросы рассмотрения гражданских споров, связанных с иностранным правопорядком. Такой способ кодификации МЧП характерен для плюралистической концепции частного права, доминирующей в современной Украине. Закон воплотил в жизнь идею конвергенции формалистского и прагматического подходов к коллизионному регулированию, свойственную современному МЧП. Судебная практика, сложившаяся за время действия Закона 2005 г., показала его востребованность и продемонстрировала интересные примеры его применения, одновременно выявляя проблемы и недостатки законодательного регулирования. В 2010–2013 гг. в Закон 2005 г. были внесены отдельные достаточно существенные изменения, которые, однако, нельзя оценить как реформу украинского МЧП. В статье сделан вывод, что настоящее время в связи с развитием европейского коллизионного регулирования и формированием новых коллизионных подходов Закон о МЧП Украины нуждается в существенном обновлении.

¹ Статья подготовлена с использованием СПС КонсультантПлюс.



Ключевые слова

международное частное право, кодификация права, форма и способ кодификации, комплексный автономный закон, Украина, концепция гражданского права, судебная практика.

Библиографическое описание: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Становление и развитие законодательства о международном частном праве Украины // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 122–138.

JEL: K33; УДК: 341.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.122.138

По данным, которые приводит известный американский исследователь проф. С. Симеонидес, к 2013 году международное частное право (далее — МЧП) в той или иной форме было кодифицировано в 86 юрисдикциях². Перечень, предложенный им, не является исчерпывающим — в него не попали, в частности, акты/проекты кодификаций коллизионных норм в Швеции, Австралии, Индии, Боливии³. В 2015 г. вступил в силу Закон Доминиканской Республики о МЧП⁴, в 2015 г. — Гражданский кодекс (далее — ГК) Аргентины (книга VI «О международном частном праве»)⁵. Глобальный процесс кодификации МЧП идет интенсивно и имеет самые разнообразные формы; практически невозможно перечислить все национальные кодификации, поскольку в этот процесс неуклонно вовлекаются новые страны, а прежнее законодательство постоянно обновляется.

Бурный «всплеск» национальных кодификаций МЧП начался в конце 1970-х гг.; в первые полтора десятилетия XXI века данная тенденция не только сохранилась, но еще более интенсифицировалась⁶. Анализируя законодательство по МЧП, принятое за последние 35 лет в разных странах и регионах мира, можно утверждать, что основными формами (способами) современных кодификаций МЧП являются следующие.

Внутриотраслевая форма — в рамках общей кодификации гражданского права в соответствующий законодательный акт включается особый раздел, детализированный и обширный, максимально полно регламентирующий большую часть институтов общей и особенной частей МЧП. Нормы международного гражданского процесса (далее — МГП), по общему правилу, закрепляются в актах кодификации гражданского

² Symeonides S. Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis. Oxford, 2014. P. 25.

³ The Act on Conflict of Laws in regard to Succession (Sweden, 1937), The Foreign Marriage Act (India, 1969), The Bill on Choice of Law (Australia, 1992), The Bill on Private International Law (Bolivia, 2009).

⁴ Ley N 544-14 de Derecho Internacional Privado de la Republica Dominicana, de 15 de octubre de 2014. Электронный ресурс: URL: <http://ojd.org.do/Normativas/CIVIL%20Y%20COMERCIAL/Leyes/Ley%20544-14%20de%20Derecho%20Internacional%20Privado%20de%20R.D..pdf>

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 // <http://jornadaonline.com/Pol%C3%ADtica/139234-Comienza-a-regir-el-nuevo-C%C3%B3digo-Civil-y-Comercial>. Электронный ресурс: URL: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm#51>

⁶ Symeonides S. Op. cit. P. 13. Данный вывод подтверждает и другая его работа, в которой на 2010 г. указываются кодификации МЧП только в 62 юрисдикциях. См. Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law / K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.), General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law / Rapports Generaux du XVIIIeme Congres de L'Academie Internationale de Droit Compare. Springer Science+Business Media (2011). P. 10. Электронный ресурс: URL: <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 13.02.2016)

процессуального права⁷. Как показывает практика, данный способ кодификации МЧП характерен для государств, придерживающихся унитарной (монистической) концепции частного права⁸.

Межотраслевая форма — в акт общей кодификации гражданского права включается особый раздел, содержащий основные нормы и институты общей и особенной частей МЧП. Одновременно отдельные институты особенной части МЧП (прежде всего коллизионные нормы международного семейного права и международного частного морского права) включаются как самостоятельные разделы в акты отраслевых кодификаций (семейный и трудовой кодексы, закон о наследовании и т.п.). Такая форма кодификации МЧП свойственна, в основном, государствам, придерживающимся плюралистической концепции частного права⁹. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права.

Автономная отраслевая форма — издание специального закона, более или менее исчерпывающим образом кодифицирующего МЧП, которое в данном случае позиционируется как самостоятельная отрасль национального права¹⁰. Нормы МГП закрепляются в актах кодификации гражданского процессуального права.

Комплексная автономная форма (полномасштабная кодификация МЧП/МГП) — издание отдельного закона¹¹ или кодекса¹², содержащего одновременно как основные принципы и коллизионные нормы МЧП, так и положения о международной гражданской юрисдикции, процессуальном статусе лиц, правовой помощи, признании и исполнении иностранных решений. Подобный способ кодификации показывает, что законодатель готов воспринимать МЧП как самостоятельную подсистему национального права, в состав которой включается и МГП. Принятие комплексного автономного кодекса по МЧП представляется оптимальным способом кодификации МЧП, в наибольшей степени соответствующим современным правовым реалиям.

В связи со сказанным интересно проследить процесс становления и развития законодательства о МЧП Украины, которая предпочла путь полномасштабной кодификации МЧП/МГП — приняла комплексный автономный Закон «О международном частном праве» (далее — Закон о МЧП; вступил в силу 1 сентября 2005 г.)¹³, разрешающий

⁷ В современном мире из этого общего правила есть уже довольно много исключений — вслед за законодателем Бразилии, который впервые в истории кодификации МЧП/МГП включил в акт общей кодификации гражданского права специальный раздел, содержащий как нормы МЧП, так и нормы МГП (Вводный закон к ГК (1942)), по этому пути пошли законодатели Перу (книга X ГК (титул II «Юрисдикционная компетенция», титул IV «Признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений») (1984)), провинции Квебек (Канада) (книга десятая ГК «О международном частном праве» (1991) и Аргентины (книга VI ГК «О международном частном праве» (2015)).

⁸ Например, Вводный закон к Германскому гражданскому уложению (1896), книга 10 ГК Нидерландов «Международное частное право» (2010), книга первая ГК Восточного Тимора (2011).

⁹ Например, Республика Беларусь — раздел VII ГК «Международное частное право» (1998), раздел VI Кодекса о браке и семье «Применение законодательства Республики Беларусь о браке и семье к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Применение законодательства о браке и семье иностранных государств и международных договоров» (1999).

¹⁰ Например, законы о МЧП Австрии (1978), Азербайджана (2000), Эстонии (2002), Закон Китая «О праве, применимом к транснациональным гражданско-правовым отношениям» (2010).

¹¹ Например, законы о МЧП Венгрии (1979), Швейцарии (1987), Чехии (2012), Черногории (2013).

¹² Например, кодексы о МЧП Туниса (1998), Бельгии (2004), Болгарии (2005), Турции (2007), Панамы (2014).

¹³ Відомості Верховної Ради України. 2005. № 32. Ст. 422.

как вопросы выбора применимого права, так и вопросы рассмотрения гражданских споров, связанных с иностранным правом порядком.

По понятным причинам украинское законодательство по МЧП/МГП в течение почти 100 лет (с конца XIX в.) развивалось так же, как и российское, и до обретения Украиной независимости было кодифицировано на межотраслевом уровне. Отдельные нормы, регулирующие отношения, связанные с иностранным правом порядком (частично обособленные в специальные главы или разделы), располагались в отраслевых кодексах (ГК УССР (1963), ГПК УССР (1963), Кодекс о браке и семье УССР (1969))¹⁴ и отдельных законах (Закон Украины «О внешнеэкономической деятельности» (1992)). Последняя советская кодификация МЧП — Основы гражданского законодательства СССР и республик (1991) — в Украине в силу не вступила.

В 1992 г. в независимой Украине началась кодификация частного права, включавшая и кодификацию МЧП. Способ кодификации МЧП с самого начала законопроектных работ вызывал в Украине серьезные споры. Украинское экспертное и научное сообщество придерживалось трех различных концептуальных подходов относительно способа кодификации МЧП:

- межотраслевая кодификация — размещение соответствующих норм в трех новых кодексах: Гражданском, Семейном и Гражданском процессуальном;
- отраслевая кодификация — включение в Гражданский кодекс отдельной книги, нормы которой должны регулировать самый широкий спектр отношений в сфере МЧП (в том числе отношения процессуального характера);
- принятие комплексного автономного закона, объединяющего нормы МЧП и МГП.

Способ межотраслевой кодификации был отвергнут практически сразу, как не соответствующий достижениям науки и не отражающий современных потребностей в регулировании отношений сферы МЧП. Основные споры развернулись по поводу принятия комплексного автономного закона либо включения норм МЧП/МГП в ГК. Данные споры отражали общую правовую ситуацию в Украине: представители экспертного сообщества придерживались двух принципиально различных концепций относительно кодификации частного права — унитарной и плюралистической. Сторонники унитарной концепции настаивали на кодификации большинства отраслей частного права в рамках ГК, сторонники плюралистической концепции — на принятии отраслевых кодексов.

По распоряжению Кабинета Министров в марте 1992 г. была создана Рабочая группа по разработке нового ГК Украины (далее — Рабочая группа)¹⁵. В 1992–2000 гг. Рабочая группа последовательно пыталась провести в жизнь идею унитарной кодификации частного права, в частности, в новый ГК предполагалось включить доработанный и согласованный с ним проект Семейного кодекса. Точно также планировалось наличие в ГК отдельной книги «Международное частное право». Данная концепция кодификации МЧП сформировалась в первой половине 1994 г. и была изложена на международном заседании Рабочей группы с участием голландских, немецких и российских экспертов в июне 1994 г.¹⁶ На основании анализа правовой ситуации в Украине, ее правовой исто-

¹⁴ Законодательные акты советского периода действовали (с соответствующими изменениями и дополнениями) в Украине до принятия нового законодательства.

¹⁵ См.: Довгерт А.С. Про підготовку проекту Цивільного кодексу України // Укр. право. 1997. № 1. С. 108–114.

¹⁶ Стенограма Першої міжнародної робочої сесії з проекту Цивільного кодексу України (11–15 червня 1994 р.) // Архів Української правничої фундації.

рии и мировой практики Рабочая группа взяла за основу идею кодификации МЧП в качестве отдельной книги ГК¹⁷.

Рабочая группа решила включить в Книгу VIII ГК «Международное частное право» «не только нормы в сфере международных гражданских отношений в их узком понимании, но и коллизионные правила семейного и трудового права, а также нормы международного гражданского процесса. Фактически речь шла о создании специального закона о МЧП в рамках нового ГК»¹⁸. Подобный подход обосновывался, в частности, следующими аргументами¹⁹:

- ликвидируется избыточный плюрализм во внутренних источниках коллизионного права Украины, а сам ГК имеет заверченный вид, поскольку нецелесообразно отрывать коллизионные правила от содержащихся в нем материальных норм. Кроме того, принятие отдельных законов о МЧП в некоторых странах — это, скорее, исключение из общего правила включать коллизионный массив в ГК, причем разработка отдельных законов имеет место в основном в ситуации, когда в стране не происходит новой гражданско-правовой кодификации;

- включение правил МЧП в полном объеме в состав ГК значительно повышает как роль ГК в регулировании частных отношений, так и вес самих правил МЧП;

- включение в Книгу VIII коллизионных норм семейного и трудового права формирует общее восприятие ГК как кодификации всего частного права. Нормы ГК подлежат применению ко всем частноправовым отношениям, в том числе в сферах семьи и труда.

Что касается включения в Книгу VIII норм МГП, то убеждение в возможности и целесообразности такого сочетания сформировалось у разработчиков украинского МЧП под влиянием «канадского эксперимента»²⁰. По мнению членов Рабочей группы, подобный подход гарантировал эффективное действие украинского МЧП, поскольку систематизация норм МГП в рамках гражданско-процессуальной кодификации могла привести к значительному сужению применения правил МЧП. Кроме того, включение норм МГП в общую Книгу VIII также снимало вопрос о создании в будущем специального закона о МЧП, что было угрозой прямому применению норм нового ГК²¹. Проект нового ГК Украины был принят Верховной Радой в первом чтении 5 июня 1997 г. Во время подготовки проекта ГК ко второму чтению (1997–2000) к Книге VIII поступило около 50 замечаний и предложений. 8 июня 2000 г. Верховная Рада приняла проект ГК во втором чтении.

Однако еще в конце 1993 г. сторонники плюралистической концепции частного права попытались провести кодификацию украинского МЧП в полном объеме (включая и международный гражданский процесс) через принятие отдельного закона. В Верховную Раду первого созыва был внесен проект Закона Украины «О решении коллизий с законо-

¹⁷ См.: Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні / Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: монографія / за заг. ред. О.Д. Крупчана. Тернопіль: Видавництво «Підручники і посібники», 2007. С. 7–45.

¹⁸ Там же.

¹⁹ Там же.

²⁰ Одной из самых значимых кодификаций МЧП в 90-х гг. XX века стало появление в ГК Квебека Книги десятой «О международном частном праве» (1991), состоящей почти из 100 статей и объединившей в себе регулирование как общих вопросов МЧП, так и коллизий законов. На сегодняшний день эта книга представляет собой единственную в Северной Америке полномасштабную и комплексную кодификацию МЧП.

²¹ См.: Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні. С. 7–45.

дательством других стран относительно гражданских, семейных и трудовых вопросов»²². Этот документ был сконструирован на базе Основ 1991 г. и проекта закона СССР о МЧП. Проект украинского закона не был рассмотрен Верховной Радой первого созыва, полномочия которой закончились весной 1994 г. Парламент следующих созывов не возвращался к его рассмотрению в связи с доминированием унитарной концепции частного права.

В начале 2000-х гг. в Украине возобладала плюралистическая концепция частного права и идея автономных отраслевых кодификаций его отраслей. В 2001 г. Верховная Рада изменила принятую в первом и втором чтениях структуру ГК и исключила из него Книгу о семейном праве²³. Проект автономного Семейного кодекса был окончательно принят в ноябре 2001 г. Летом 2001 г. из проекта была изъята и Книга о МЧП, а ГК Украины принят 16 января 2003 г. в составе шести книг и вступил в силу 1 января 2004 г. В соответствии с п. 3 Переходных положений ГК Украины 2003 г., Кабинету Министров было предписано разработать и подать на рассмотрение Верховной Рады проект Закона Украины о МЧП.

Такой проект был разработан и зарегистрирован в Верховной Раде в октябре 2002 года, рассмотрен в первом чтении 18 ноября 2003 г. Проект Закона о МЧП находился в Комиссии по правовой политике Верховной Рады более 2,5 лет; был вынесен на второе чтение и окончательно принят без третьего чтения 23 июня 2005 г. Закон Украины «О международном частном праве» вступил в силу 1 сентября 2005 г. Принятие этого Закона означало победу концепции автономной комплексной кодификации МЧП/МГП и законодательное подтверждение высказанной в украинской доктрине идеи, что «отсутствие единого закона о МЧП было типичным признаком постсоветской правовой системы, которая очевидно не отвечала потребностям международного частноправового оборота»²⁴.

Проект принятого Закона по-разному оценивался в украинской научной литературе. В. Кисиль писал, что при подготовке проекта Закона за основу была взята Книга VIII проекта ГК, доработанная с учетом новейших достижений науки МЧП и законодательства в этой области во многих странах мира²⁵. Однако, как отмечал А. Довгерт, в законопроект попали положения не последнего варианта Книги VIII, подготовленного летом 2000 г. для третьего чтения, а положения проекта после первого чтения. Таким образом, все улучшения, внесенные на протяжении 1997–2000 гг. не попали в проект Закона. В результате Закон содержит весьма печальные ошибки, неточности, откаты от прогрессивных правил²⁶. В российской доктрине украинская кодификация была оценена весьма положительно: «Закон Украины «О международном частном праве», олицетворяя собой новейшую кодификацию, без сомнения, в значительных масштабах вообрал в себя характерные черты современного этапа развития МЧП»²⁷.

²² См.: Додаток до Листа Голови Комісії з питань економічної реформи і управління народним господарством Верховної Ради України N06-3/8-1257 від 20 грудня 1993 р.

²³ См.: Довгерт А.С. Реформа международного частного права в Украине / Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Глава 5 / под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М., 2013 // СПС КонсультантПлюс.

²⁴ Кисиль В. Автономная кодификация международного частного права является требованием времени // Специально для «Юридической практики». [Электронный ресурс] URL: <http://pravo.ua/article.php?id=10003563> (дата обращения: 13.12.2013)

²⁵ Там же.

²⁶ Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні. С. 7–45.

²⁷ Ануфриева Л.П. Закон о международном частном праве Украины: взгляд через призму современных тенденция в развитии МЧП // Журнал международного частного права. 2007. № 4 (58). С. 3–10. См. также: Зевков В., Марышева Н. Закон Украины 2005 года «О международном частном праве» // Хозяйство и право. 2006. № 5. С. 119–129.

Закон Украины — унифицированный акт, включающий фундаментальные нормы и институты МЧП и учитывающий основные его новеллы. Закон состоит из 82 статей и нескольких заключительных положений, объединенных в 14 разделов. Важнейшим является раздел I (ст. 1–15), в котором сформулированы нормы, составляющие общую часть МЧП. Разделы II–X (ст. 16–72) содержат коллизионные правила особенной части: лица; сделки, доверенность, исковая давность; право интеллектуальной собственности; вещное право; договорные обязательства; внедоговорные обязательства; трудовое право; семейное право; наследственное право. Положения международного гражданского процесса находятся в разделах XI–XIII (ст. 73–82): производство по делам с участием иностранных лиц; подсудность и исполнение иностранных судебных поручений; признание и исполнение решений иностранных судов. Раздел XIV содержит заключительные положения, в которых устанавливается дата вступления Закона в силу и перечислены изменения, вносимые в соответствующие законодательные акты. Такая структура следует организации материально-правовых положений ГК Украины (2003) и в значительной мере отображает практику многих кодификаций мира. Кроме того, доктрина украинского МЧП и других государств строится по схожей схеме. Подобная форма позволяет наиболее полно охватить материал, содержание которого сформировано мировой доктриной и практикой и является продуктом концептуального подхода 1990-х годов относительно объема и содержания кодификации правил МЧП²⁸.

Закон Украины — одна из немногих кодификаций МЧП, в которой четко определена сфера применения законодательства о МЧП, законодательно закреплены такие термины, как «частноправовые отношения» и «иностранный элемент», которые в других странах являются предметом исключительно доктринального или судебного толкования. Безусловным достоинством Закона является глоссарий (ст. 1 «Определение терминов»), в котором дано легальное определение 11 базовых понятий МЧП. В Законе выстроена система коллизионного права, базирующаяся на таких общепризнанных принципах МЧП, как автономия воли сторон, возможность широкого и полного применения иностранного права, максимально полный учет интересов физического лица. Суд имеет возможность творчески применять коллизионное право. Нормы Закона основаны на современных подходах доктрины и практики (учитываются кодификации МЧП в Австрии, Италии, ФРГ, Швейцарии, Квебеке и подходы, применяемые в международных договорах, унифицирующих коллизионные нормы)²⁹. Закон воплотил в жизнь идею его разработчиков — стал стержнем украинского коллизионного и международного процессуального права³⁰.

Одним из безусловных достоинств украинской кодификации является расширение сферы применения иностранного права. В частности, если норма иностранного права не применяется ввиду того, что ее применение влечет последствия, явно несовместимые с публичным порядком Украины, то, прежде всего, компетентным является право, имеющее наиболее тесную связь с правоотношением. Право Украины применяется только тогда, когда невозможно определить или применить соответствующий иностранный правопорядок (п. 1 ст. 12). Кроме того, украинский Закон воплощает идею конвергенции формалистского и прагматического подходов к коллизионному регулированию, свойственную современному МЧП. Закон основан на классическом формалистском подходе, предполагающем использование широкого спектра абстрактных и определенных коллизионных норм, но одновременно предполагает возможность учета матери-

²⁸ См.: Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні. С. 7–45.

²⁹ См.: Міжнародне приватне право. Загальна частина: Підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.Г. Кісіля. Київ: Алерта, 2012. С. 120.

³⁰ Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні. С. 7–45.

ально-правового результату вибору применимого права и решение коллизионного вопроса в зависимости от конкретных обстоятельств дела (п. 2 ст. 4)³¹.

В 2006–2014 гг. в украинских судах сложилась обширная практика применения Закона о МЧП³². При этом еще в 2009 г. отмечалось, что, по информации хозяйственных судов, судебные решения в некоторых делах при участии нерезидентов не содержат непосредственной ссылки на нормы данного Закона. В частности, в одном из дел как местный хозяйственный суд, так и апелляционная и кассационная инстанции не учли предписаний ст. 25 и 26 Закона о МЧП, в соответствии с которыми гражданские правоспособность и дееспособность юридического лица определяются его личным законом³³. Однако подобная практика была редкой и демонстрировала отнюдь не низкую эффективность Закона или его не востребованность, а инертность украинских судов (главным образом, первой инстанции), слишком медленное восприятие ими принципиальных изменений законодательных подходов. В основном решение споров, связанных с иностранным правопорядком, в 2006–2014 гг. базировалось на применении Закона о МЧП³⁴.

Как и в большинстве стран, принадлежащих к романо-германской правовой семье, в Украине судебная практика не считается нормативным источником права, а прежде всего имеет целью толкование правовых норм и восполнение пробелов. Практика применения Закона о МЧП показывает много любопытных примеров толкования его норм. Например, в судебных актах подчеркивается, что «государственный суд Украины согласно нормам международного частного права и общепринятым нормам международного гражданского процесса не имеет права применять процессуальное законодательство другой страны... Упомянутое распространяется на случаи, когда процессуальная норма содержится в материальном праве иностранного государства»³⁵. Данный вывод соответствует положениям процессуального законодательства Украины и нормам раздела XI Закона о МЧП «Производство по делам с участием иностранных лиц», в принципе не предусматривающим применения иностранных процессуальных норм в украинских судах. Однако в ст. 6 Закона о МЧП «Объем применения права иностранного государства» прямо предписано, что: 1) применение права иностранного государства охватывает все его нормы, регулирующие соответствующие правоотношения; 2) применение нормы права иностранного государства не может быть ограничено лишь на том основании, что эта норма относится к публичному праву. Положение ст. 6 имеет императивный характер, что подтверждается в том числе и судебной практикой³⁶.

³¹ *Мережко О.* Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстініан, 2010. С. 202–203. По этому вопросу см. также: *Довгерт А., Мережко О.* Методологія міжнародного приватного права // Приватне право. 2013. № 1. С. 42–50.

³² См., напр.: Рекомендації Вищого господарського суду України «Про практику застосування законодавства у розгляді справ, що виникають з корпоративних відносин» (2007); Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» (2008).

³³ Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009 (Застосування норм міжнародного приватного права (згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право») (2709-15)) // Електронний ресурс: URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0001600-09/conv/print1449581537651583>.

³⁴ Там же.

³⁵ Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009 (Спори, пов'язані із застосуванням положень зобов'язального права).

³⁶ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. С. 23 // Часопис цивільного і кримінального судочинства. 2013. № 4(13). С. 8–44.

В связи с этим возникает вопрос: о каких публично-правовых нормах идет речь в ст. 6 Закона, и почему из них, с точки зрения судебной практики, априорно исключаются иностранные гражданско-процессуальные нормы? Из всего конгломерата национальных публично-правовых предписаний именно нормы гражданского процесса более всего применяются в судах других государств. Это давно уже нашло свое подтверждение и в доктрине, и в законодательстве, и в судебной практике многих стран мира³⁷. Вывод Высшего Хозяйственного Суда (далее — ВХС) Украины представляется не совсем корректным (и противоречащим общей норме ст. 6), тем более, если речь идет о процессуальной норме, которая «содержится в материальном праве иностранного государства». Общая отсылка к иностранному процессуальному праву, действительно, не встречается ни в одной юрисдикции, но применение отдельных иностранных процессуальных норм представляет собой обыденную реальность современного МЧП/МГП.

Положение ст. 6 Закона является одним из безусловных достоинств украинской кодификации МЧП. Ранее в доктрине и законодательстве по МЧП бытовало устойчивое представление, что нормы иностранного публичного права не могут иметь экстерриториального действия. В процессе эволюции и кодификации МЧП произошел отказ от этой позиции, прежде всего, под влиянием теорий американской коллизивной революции, нацеленных на достижение не только коллизивной, но и материальной справедливости, т.е. на учет материально-правового результата³⁸. В 1987 г. в Законе о МЧП Швейцарии впервые было закреплено положение, что в применении иностранного права не может быть отказано на том лишь основании, что соответствующая норма считается нормой публичного права (ст. 13). Данный подход был воспринят в национальном законодательстве других стран³⁹, и украинский Закон демонстрирует эту уже ставшую устойчивой тенденцию. Такая методология расширяет возможности применения иностранного права, если частноправовые отношения попадают и в сферу регулирования норм публичного права. В этом отношении позиция ВХС Украины тем более вызывает недоумение.

Интерес представляет и практика украинских судов в связи с установлением содержания норм иностранного права. В соответствии со ст. 8 Закона о МЧП суд *обязан* применять нормы иностранного права, и установление им иностранного права осуществляется *ex officio*. В пункте 2 ст. 8 указывается, что для установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в Министерство юстиции Украины или другие компетентные органы и учреждения Украины либо за границей или привлечь экспертов. Судебная практика значительно расширяет перечень способов получения информации об иностранном праве: 1) выяснение содержания иностранного права судьей, в производстве которого находится дело; 2) использование экспертных заключений; 3) дипломатический порядок получения такой информации; 4) официальный запрос через Министерство юстиции Украины; 5) получение справок в порядке правовой помощи; 6) обмен правовой информацией; 7) непосредственные сношения с судами и иными компетентными органами других государств; 8) установление содержания норм

³⁷ См., напр., Комментарий к § 1 Закона о МЧП Австрии (Verfahrensrecht Rechtsschutzform / lex fori): IPR-Gesetz (IPRG) mit Kommentaren von Ulrike Christine Walter / Ulrike Christine Walter in jusline.at // IPRG. 15.03.2012. URL: [http://www.jusline.at/IPR-Gesetz_\(IPRG\).html](http://www.jusline.at/IPR-Gesetz_(IPRG).html) (дата обращения: 31.03.2016).

³⁸ См., напр.: Symeonides S. Material Justice and Conflict Justice in Choice of Law / International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger / P. Borchers & J. Zekoll (eds.). Transnational Publishers, 2001. P. 125–140.

³⁹ В частности, ч. 4 ст. 1 Закона о МЧП Азербайджана (2000), ч. 1 ст. 6 Закона о МЧП Польши (2011).

иностранным правом сторонами отношения. Суд, применяя нормы иностранного права, самостоятельно определяет действие этих норм во времени и пространстве⁴⁰.

Перечень способов получения информации об иностранном праве является открытым, и выбор конкретного способа осуществляется на основе судебного усмотрения. Судья свободен при решении данного вопроса, в частности, «обращение суда к Министерству юстиции Украины и другим компетентным органам или учреждениям в Украине или за границей... не является обязательным при решении споров с иностранным элементом»⁴¹. Установление содержания норм иностранного права производится в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. В украинской судебной практике отмечаются трудности, возникающие в процессе установления содержания норм иностранного права — «проблемным является даже получение официального (аутентичного) перевода текста нужных законодательных актов»⁴². Кроме того, в судебной практике высказывается мнение, что «наличие в материалах дела официального текста норм материального права, подтвержденного апостилем, не является бесспорным способом толкования норм иностранного права»⁴³.

Основной способ установления содержания иностранного права — самостоятельная деятельность суда и заключения экспертов. Персональные данные экспертов и их квалификация должны быть точно указаны в ходатайстве об их привлечении в процесс. Так, в одном из дел основанием отказа в удовлетворении ходатайства ответчика о привлечении эксперта для выяснения и толкования норм иностранного права суд признал отсутствие информации о фамилии эксперта⁴⁴. В другом деле «суд первой инстанции пришел к обоснованному выводу о возможности установления права Республики Болгарии из вывода адвоката адвокатской компании «Стоев, Кумджиева и Витлиемов» (София, Болгария)... уполномоченного давать заключения в соответствии с законодательством Республики Болгария, подпись которого удостоверена нотариально...»⁴⁵.

Привлечение лица в качестве эксперта для установления содержания и толкования иностранного права требует наличия у такого лица специальных познаний. Однако законодательно специфика и уровень подобных знаний не определены, и основным ориентиром выступает практика Конституционного Суда Украины: «Учитывая, что в ни одном законе прямо не указывается, какие юридические знания могут быть специальными, судам следует принять во внимание практику Конституционного Суда Украины, который при рассмотрении дел привлекает к участию в них определенных специалистов, на решение которых отдаются вопросы, касающиеся трактовки и применения отдельных норм материального и процессуального права»⁴⁶.

Особые сложности возникают в процессе толкования норм иностранного права. Главную роль в этом процессе играет суд, все иные способы являются вспомогатель-

⁴⁰ См.: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України. С. 23–24.

⁴¹ Апеляційний суд міста Києва. Справа № 22-ц/796/14100/2013 від 31.10.2013. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/35710106>.

⁴² Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій справ за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009 (Застосування норм міжнародного приватного права (згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право»)).

⁴³ Апеляційний суд міста Києва. Справа № 22-ц/796/14100/2013 від 31.10.2013.

⁴⁴ Постанова Вищого Господарського Суду України від 28 травня 2012 р. Справа № 18/372-13/162 // Електронний ресурс: URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24387756>.

⁴⁵ Апеляційний суд міста Києва. Справа № 22-ц/796/14100/2013 від 31.10.2013.

⁴⁶ Апеляційний суд міста Києва. Справа № 22-ц/796/14100/2013 від 31.10.2013.

ными. Однако в одном из своих постановлений ВХС, отменяя решения первой и апелляционной инстанций, отметил, что «суды не указали, по каким правовым основаниям они пришли к выводу о возможности самостоятельного толкования ими норм права Чешской Республики, подлежащих применению при разрешении спора, достаточным ли является такое толкование и согласуется ли оно с предписаниями ст. 43 Хозяйственного процессуального кодекса Украины»⁴⁷. Таким образом, самостоятельная исследовательская деятельность суда по установлению содержания и толкованию норм применимого иностранного права должна иметь нормативное обоснование. Кроме того, суд сам должен оценить собственную деятельность на предмет ее полноты.

Содержание права может устанавливаться не только судом, но и сторонами, заинтересованными в применении иностранного права. Лица, участвующие в деле, имеют право подавать документы, подтверждающие содержание норм права иностранного государства, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, иным образом содействовать суду или другому органу в установлении содержания данных норм. В судебной практике подчеркивается, что для сторон установление содержания норм иностранного законодательства как процессуальная форма содействия суду — это лишь право, а не обязанность⁴⁸.

Применение права иностранного государства охватывает все его нормы, регулирующие соответствующие правоотношения. Однако обобщая судебную практику, ВХС отметил, в частности, что «вывод апелляционного хозяйственного суда о необходимости применения при решении спора полного текста Обязательственного кодекса Швейцарии без установления того, какие именно нормы регулируют спорные правоотношения, является необоснованным»⁴⁹. Применению подлежат только конкретные нормы, которые непосредственно регулируют данные отношения.

К 2010 году как судебная практика, так и новые тенденции развития регулирования в сфере МЧП (в частности, унификация коллизионного права ЕС) показали необходимость внесения изменений в украинский Закон, «в котором, несмотря на всю его прогрессивность, с самого начала было немало недостатков»⁵⁰. Первая попытка модернизации была предпринята Законом Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно урегулирования вопросов международного частного права» от 21 января 2010 г. (далее — Закон 2010 г.)⁵¹. В Закон о МЧП было внесено 10 изменений, 8 из которых — уточнения названий двух разделов (VI и VII) и редакционные правки некоторых статей (ст. 1, 12, 77, 79, 80). Существенных нововведений всего два, и оба они отнюдь не бесспорны. В украинской литературе отмечается: «Оценивая в целом изменения 2010 г. к Закону о МЧП, следует сказать, что в него

⁴⁷ Постанова Вищого Господарського Суду України від 28 травня 2012 р. Справа № 18/372-13/162. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24387756>.

⁴⁸ Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009 (Застосування норм міжнародного приватного права (згідно із Законом України «Про міжнародне приватне право»)).

⁴⁹ Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009 (Спори, пов'язані із застосуванням положень зобов'язального права).

⁵⁰ Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. доктора юридичних наук, проф. А. Довгерта. Харків, 2008. 352 с.

⁵¹ Відомості Верховної Ради України. 2010. № 12. Ст. 120.

не внесено никаких существенных улучшений (кроме некоторых терминологических уточнений), а предложенные концептуальные изменения носят весьма сомнительный характер»⁵².

Первое изменение внесено в ст. 1 «Определение терминов» и призвано уточнить возможные формы проявления иностранного элемента в частноправовых отношениях. Закон о МЧП закрепляет классическое понятие вариантов иностранного элемента: субъект, объект, юридический факт. Закон 2010 г. к перечню иностранных субъектов (иностранец, лицо без гражданства, иностранное юридическое лицо) добавил еще одну категорию таких участников — граждане Украины, проживающие за ее пределами. В настоящее время частноправовое отношение отягощено иностранным элементом и в том случае, если хотя бы одним его участником является гражданин Украины, проживающий за границей. Судебная практика воспроизводит эту легальную конструкцию, не предлагая каких-либо ее толкований⁵³.

По-видимому, украинский законодатель, закрепляя подобную форму иностранного элемента, решил таким образом отреагировать на рост числа украинских граждан, проживающих за границей, и попытался сформулировать правила для отдельных ситуаций с их участием. При этом непонятно, зачем проживание украинца в другом государстве нужно позиционировать как специфическое проявление иностранного элемента? В украинской доктрине резонно отмечается, что частноправовые отношения между проживающим за границей гражданином Украины и украинскими лицами, имеющими местонахождение в Украине, не входят в сферу действия МЧП. Они могут стать международными только при условии появления иностранного элемента в их объектной составляющей или в юридическом составе. Сам по себе факт проживания гражданина Украины за рубежом не является показателем «международности» частноправовых отношений⁵⁴.

Второе принципиальное изменение внесено в ч. 1 ст. 4 «Определение права, подлежащего применению к частноправовым отношениям с иностранным элементом», закрепляющую перечень источников МЧП. Первоначальная редакция нормы причисляла «международные обычаи, признаваемые в Украине», к источникам коллизионного права. В соответствии с Законом 2010 г. международные обычаи из этого перечня исключены. В настоящее время применимое право «определяется в соответствии с коллизионными нормами и положениями коллизионного права этого Закона, других законов, международных договоров Украины». В украинской доктрине утверждается, что ч. 1 ст. 4 содержит перечень источников не всего МЧП, а только коллизионного права⁵⁵. Даже если согласиться с этой позицией (хотя положения международных обычаев и договоров могут регулировать отношения сферы МЧП напрямую, без обращения к коллизионным нормам), все равно исключение обычаев из числа источников коллизионного права представляется весьма странным.

⁵² Довгерт А.С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2010. № 8. С. 146–152.

⁵³ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. С. 9.

⁵⁴ Довгерт А.С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року. С. 146–152.

⁵⁵ Там же.

В доктрине МЧП по поводу концепции обычного коллизионного права существуют самые различные, противоположные друг другу мнения⁵⁶. В литературе 1950-70-х гг. высказывались точки зрения, что те обычаи, которые одновременно являются коллизионными нормами, могут квалифицироваться как источник МЧП. В коллизионном праве существует немало норм, признанных всеми или большинством государств. Наличие в мире большого количества идентичных коллизионных норм означает, что все такие нормы «должны считаться основанными на международном обычае»⁵⁷. Это коллизионные принципы *locus regit actum* (форма сделки определяется по закону места ее заключения); *lex rei sitae* (право на недвижимость определяется по закону ее места нахождения); *lex voluntatis* (автономия воли сторон); *lex fori* (применение судом собственного процессуального права). Международное обычное право представляет собой основу общеобязательной системы коллизионных норм⁵⁸.

В практике международной торговли встречаются обычаи делового оборота, имеющие коллизионно-правовую природу: Унифицированные правила по инкассо (публикация Международной торговой палаты № 522 в ред. 1995 г.) (п. «с» ст. 11) в отдельных случаях предусматривают определение обязанности возмещения на основе иностранных законов и обычаев. Унифицированные правила для гарантий по требованию (публикация МТП № 758 в ред. 2010 г.) (ст. 34) устанавливает, что если в гарантии не предусмотрено иное, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы гаранта, выдавшего эту гарантию, а применительно к контр-гарантии, если в ее условиях не предусмотрено иное, она регулируется правом страны местонахождения отделения или конторы контр-гаранта, выдавшего эту контргарантию. Такие нормы — достаточно редкое явление, однако их наличие подтверждает существование и признание коллизионных обычаев.

Известный украинский теоретик МЧП А. Довгерт, ссылаясь на Л. Лунца, пишет, что «отечественная доктрина МЧП всегда исходила из того, что коллизионные принципы *rei sitae*, *lex voluntatis* и др. давно уже оформились как международные обычаи. Поэтому исключать их из числа источников коллизионного права не представляется резонным»⁵⁹. Это мнение следует признать абсолютно справедливым — во многих современных кодификациях МЧП обычаи законодательно закрепляются в качестве его источника; применение обычаев при решении коллизионного вопроса представляет собой устойчивую практику.

Кроме того, в украинских судах уже давно сложилась устойчивая практика применения норм международных обычаев в спорах из трансграничной коммерческой деятельности: «Суд может применять не только иностранные законы, но и обычаи, и судебную практику в тех пределах, в которых последние признаются источниками права в соответствующих государствах. Обычаи в сфере гражданско-правовых отношений в ряде случаев толкуются международными организациями. Примером могут быть разработанные Международной торговой палатой Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила толкования торговых терминов «Инкотермс»⁶⁰.

⁵⁶ См., напр.: Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000; Kalensky P. Trends of Private International Law. Prague, 1971. 248 p. / Электронный ресурс: URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 20.06.2015)

⁵⁷ Niederer W. Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR. Zurich, 1956.

⁵⁸ Лунца Л.А. Международное частное право. Общая часть. М., 1973. С. 99–103, 123.

⁵⁹ Довгерт А.С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року. С. 146–152.

⁶⁰ Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. С. 24.

Следующие изменения украинского МЧП имели место в 2011 г. (Законом Украины № 3390-VI от 19.05.2011⁶¹ была изменена ст. 50, а Законом № 4212-VI от 22.12.2011⁶² — ст. 76 Закона о МЧП) и в 2013 г. (Законом № 245-VII от 16.05.2013 в ст. 82 внесено небольшое уточнение⁶³).

В ст. 50 «Право, применяемое к возмещению ущерба, причиненного вследствие недостатков товаров, работ (услуг)» внесены три изменения уточняющего характера, одно из которых представляется достаточно существенным. В настоящее время в соответствии с ч. 1 ст. 50 к требованию о возмещении ущерба по выбору пострадавшего применяется право государства, в котором находится место жительства, место нахождения или основное место деятельности потерпевшего⁶⁴. Специальная привязка к закону места нахождения является аналогом привязки к «обычному месту проживания» и введена в украинский закон под влиянием европейского права. Понятие «обычное место проживания» одинаково определяется и в странах общего права, и в странах романо-германского права⁶⁵, а потому его применение «повсеместно приветствуется»⁶⁶. В польской литературе подчеркивается необходимость разграничения понятий «постоянное место жительства» (*permanent residence*), предполагающего применение *lex domicilii*, и «обычного места проживания» (*habitual residence*), предполагающего применение *lex habitationis*⁶⁷.

Кстати, в проекте Книги о МЧП ГК Украины проводилось разграничение между категориями «место жительства» и «место нахождения» и определялось их содержание. В частности, предлагалось считать, что физическое лицо имеет место жительства в той стране, в которой оно живет с намерением постоянного там проживания, а обычное место пребывания (место нахождения) — в стране, в которой оно живет определенное время, даже если с самого начала это время было ограничено⁶⁸. В 2005 г. эти положения не попали в Закон о МЧП; в настоящее время данный пробел частично восполнен.

В украинской судебной практике уже довольно давно отмечалось, что «наиболее проблемным при применении хозяйственными судами положений Закона Украины «О международном частном праве» является определение подсудности хозяйственным судам Украины дел с иностранным элементом»⁶⁹. Несмотря на это, положения разде-

⁶¹ Відомості Верховної Ради України. 2011. № 47. Ст. 531.

⁶² Відомості Верховної Ради України. 2012. № 32—33. Ст. 413.

⁶³ Відомості Верховної Ради України. 2014. № 12. Ст. 178. Это изменение имеет технический характер и связано с принятием нового Уголовного процессуального кодекса Украины, которым из уголовного производства была исключена стадия возбуждения уголовного дела. Во все законы были внесены изменения, исключающие словосочетание «уголовное дело» (оно было заменено на «уголовное производство»).

⁶⁴ Первоначальный текст Закона 2005 г. устанавливал привязку только к месту жительства или основному месту деятельности потерпевшего. Закон 2011 г. добавил привязку к месту нахождения потерпевшего.

⁶⁵ См. по этому вопросу: *Audit B. Droit international privé*. Paris, 2006; *Clarkson C., Hill J. The Conflict of Laws*. Oxford University Press, 2006.

⁶⁶ *Dariescu C. New Romanian choice-of-law rules on marriage effects // Analele Stiintifice ale universitatii "Al.I.Cuza". 2012. Tomul LVIII. Stiinta Juridice. Nr. II.*

⁶⁷ *Pilich M. Concise Introduction to Polish Private International Law. P. 4 // URL: http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf.*

⁶⁸ *Довгерт А.С. Реформа международного частного права в Украине / Современное международное частное право в России и Евросоюзе. Глава 5 // СПС КонсультантПлюс.*

⁶⁹ Про узагальнення судової практики вирішення господарськими судами окремих категорій спорів за участю нерезидентів / Вищий Господарський Суд України. 01.01.2009.

ла XI «Производство по делам с участием иностранных лиц» не претерпели каких-либо существенных изменений, хотя в 2011 г. ст. 76 «Основания определения подсудности дел судам Украины» была дополнена новым п. 11⁷⁰. В настоящее время суды могут принимать в свое производство и рассматривать споры о банкротстве, если должник имеет место основных интересов или основной предпринимательской деятельности на территории Украины. Это изменение расширило перечень оснований для установления альтернативной подсудности украинских судов.

Изменения 2011 г. свидетельствуют о курсе украинского законодателя на сближение с правом ЕС. Однако эти изменения не настолько существенны, чтобы их можно было бы оценить как рекодификацию (или даже реформу) МЧП. Закон 2005 г. был разработан до принятия регламентов ЕС, унифицирующих коллизионное право (Рим I, II, III, IV); после его вступления в силу во многих странах мира было принято новое законодательство по МЧП, выработаны новые коллизионные подходы. Несмотря на то, что авторы Закона изначально пытались гармонизировать базовые начала украинского МЧП с европейским правом и универсальными международными договорами⁷¹, представляется, что Закон Украины нуждается в серьезном обновлении. Прежде всего, необходима коррекция критериев выбора применимого права в соответствии с современным европейским регулированием. Это особенно актуально для Украины ввиду заключения Соглашения об ассоциации с Европейским Союзом⁷². В украинской доктрине подчеркивается, что вступление Украины в ЕС является стратегической целью государства, и рецепция последних новелл МЧП ЕС остается одним из путей усовершенствования украинского коллизионного права⁷³.



Бібліографія

Ануфриева Л.П. Закон о международном частном праве Украины: взгляд через призму современных тенденция в развитии МЧП // Журнал международного частного права. 2007. № 4 (58). С. 3–10.

Довгерт А., Мережка О. Методологія міжнародного приватного права // Приватне право. 2013. № 1. С. 42–50.

Довгерт А.С. Законодавство України з міжнародного приватного права: джерела запозичення // Приватне право і підприємництво. 2014. Вип. 13. С. 13–17.

Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні / Проблеми правового регулювання комерційних відносин в умовах їх інтернаціоналізації: монографія / за заг. ред. О.Д. Крупчана. Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. С. 7–45.

Довгерт А.С. Удосконалення колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу після реформи міжнародного приватного права 2005 року // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2010. № 8. С. 146–152.

⁷⁰ Однако в судебной практике Украины данное изменение почему-то не отражено. См.: Інформаційний лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику розгляду судами цивільних справ з іноземним елементом від 16 травня 2013 р. № 24-754/0/4-13. С. 11.

⁷¹ В частности, основными актами для конструирования разных аспектов принципа автономии воли служили Римская конвенция ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам (1980), и Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (1986). См.: Довгерт А.С. Реформа колізійного права в Україні. С. 7–45.

⁷² Соглашение об ассоциации между Украиной, с одной стороны, и Европейским союзом, Европейским сообществом по атомной энергетике и их государствами-членами, с другой стороны, ратифицировано Украиной 16 сентября 2014.

⁷³ Довгерт А.С. Законодавство України з міжнародного приватного права: джерела запозичення // Приватне право і підприємництво. 2014. Вип. 13. С. 13–17.

Звеков В., Марышева Н. Закон Украины 2005 года «О международном частном праве» // *Хозяйство и право*. 2006. № 5. С. 119–129.

Мережко О. Проблеми теорії міжнародного публічного та приватного права. Київ: Юстініан, 2010. 319 с.

Міжнародне приватне право. Загальна частина: Підручник / за ред. А.С. Довгерта і В.Г. Кисіля. Київ: Алерта, 2012. 375 с.

Современное международное частное право в России и Евросоюзе: в 2 т. / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. М.: Норма, 2013 // СПС КонсультантПлюс.

Audit B. *Droit international privé*. Paris: Economica, 2006. 930 p.

Clarkson C., Hill J. *The Conflict of Laws*. Oxford University Press, 2006. 672 p.

Dariescu C. New Romanian Choice-of-law Rules on Marriage Effects // *Analele Stiintifice ale universitatii "Al.I.Cuza"*. 2012. T. LVIII. Stiinta Juridice. N. II. P. 89–100.

Pilich M. Concise Introduction to Polish Private International Law // http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf (дата обращения: 25.03.2016)

Symeonides S. *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford University Press, 2014. 411 p.

Symeonides S. *Material Justice and Conflict Justice in Choice of Law / International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger / P. Borchers & J. Zekoll (eds.)*. Transnational Publishers, 2001. P. 125–140.

Formation and Development of the Legislation on Ukrainian International Private Law



Nataliya Yu. Erpyleva

Head, Department of International Private and Public Law Department, National Research University Higher School of Economics, Professor, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



Irina V. Get'man-Pavlova

Associate Professor, International Private and Public Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Abstract

The paper analyzes the case of legislation and case practice in Ukraine, in particular the trends in the current process of codifying international private law. The analysis of international private law documents approved for the past 35 years internationally shows that the major forms (ways) of modern codifications of International Private Law are the following: 1) introbranch form — within the general codification of civil law; 2) interbranch form, the codification of civil law includes a special part with the major norms and institutes of general and special parts of international private law; 3) autonomous branch form — issuing a special law applying to codifying international private law; 4) complex autonomous form — issuing a law or code combining the principles and conflict of law norms of international Private Law as well as the provisions of international civil process. Ukraine chose a large-scale codification of international private law, i.e. approved a complex autonomous law On International Private Law (enacted as of September 1, 2005), applicable to the choice of law and civil conflicts concerning foreign law and order. This way of codifying international private law is typical of the pluralist concept of private law dominating in Ukraine currently. The law materialized the idea of converging formalist and pragmatic approaches to conflict of law regulation. The case practice for the period of the applicable law since 2005 has shown its relevance and demonstrated interesting examples of its application. Between 2010 and 2013, the law of 2005 experienced significant changes, which in turn may not be considered as a reform of Ukrainian international private law. The paper concludes that currently, the Ukrainian law on international private law requires updating due to the development of European conflict of law regulation and formation of new conflict of law approaches.



Keywords

international private law, codification of law, form and manner of codification, complex autonomous law, Ukraine, civil law conception, case practice.

Citation: Yerpylova N.Yu., Getman-Pavlova I.V. (2016) The Formation and Development of Legislation on Ukrainian Private Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 122–138 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.122.138



References

Anufrieva L.P. (2007) Zakon o mezhdunarodnom chastnom prave Ukrainy: vzglyad cherez prizmu sovremennykh tendentsiya v razvitii MChP [Law on International Private Law in Ukraine: Look through the prism of Modern Trends in Developing International Private Law]. *Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava*, no 4 (58), pp. 3–10.

Audit B. Droit international privé. Paris: Economica, 2006. 930 p.

Clarkson C.M.V., Hill J. (2006) *The Conflict of Laws*. Oxford University Press, 672 p.

Boguslavskiy M.M., Lisitsyn-Svetlanov A.G., Trunk A. (eds.) (2013) *Sovremennoe mezhdunarodnoe chastnoe pravo v Rossii i Evrosoyuze*: v 2 t. Moscow: Norma, SPS Konsul'tantPlyus.

Dariescu C. (2012) New Romanian choice-of-law rules on marriage effects. *Analele Stiintifice ale universitatii "Al.I.Cuza"*. Tomul LVIII. Stiinta Juridice. Nr. II, pp. 89–100.

Dovgert A., Merezhko O. (2013) Metodologiya mizhnarodnogo privatnogo prava [Methodology of International Private Law]. *Privatne pravo*, no 1, pp. 42–50.

Dovgert A.S. (2014) Zakonodavstvo ukraïni z mizhnarodnogo privatnogo prava: dzhherela zapozichen-nya [International Private Law in Ukraine]. *Privatne pravo i pidpriemnitstvo*. Vip. 13, pp. 13–17.

Dovgert A.S. (2007) Reforma kolizijnogo prava v Ukraïni [Conflict of Law Reform in Ukraine]. *Problemi pravovogo reguluvannya komertsyynikh vidnosin v umovakh ikh internatsionalizatsii: monografiya I za zag.* red. O.D. Krupchana. Ternopil': Vidavnytstvo «Pidruchniki i posibniki», pp. 7–45.

Dovgert A.S. (2010) Udoskonalennya kolizijnogo reguluvannya ta mizhnarodnogo tsivil'nogo protsesu pislya reformi mizhnarodnogo privatnogo prava 2005 roku [Conflict of Laws and Civil Law in Ukraine]. *Byuleten' Ministerstva yustitsii Ukraïni*, no 8, pp. 146–152.

Dovgert A.S., Kisil V.G. (eds.) (2012) *Mizhnarodne privatne pravo. Zagal'na chastina: Pidruchnik* [International Private Law. Reference book]. Kïiv: Alerta, 375 p.

Merezhko O. (2010) *Problemi teorii mizhnarodnogo publichnogo ta privatnogo prava* [Theoretical Problems of International Public Law]. Kïiv: Yustinian, 319 p.

Pilich M. *Concise Introduction to Polish Private International Law*. Available at: http://pil.mateuszpilich.edh.pl/Introduction_PIL.pdf (accessed: 25 March 2016).

Symeonides S.C. (2014) *Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis*. Oxford University Press, 411 p.

Symeonides S.C. (2001) Material Justice and Conflict Justice in Choice of Law. *International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger / P. Borchers & J. Zekoll* (eds.). N.Y.: Transnational Publishers, pp. 125–140.

Zvekov V., Marysheva N. (2006) Zakon Ukrainy 2005 goda «O mezhdunarodnom chastnom prave» [Law of Ukraine 2005]. *Khozyaystvo i pravo*, no 5, pp. 119–129.

Некоторые вопросы отбора кадров на государственную службу



У.Ш. Хусаинов

соискатель кафедры «Основы гражданского общества, формы и методы самоуправления» Академии государственного управления при Президенте Республики Узбекистан, кандидат юридических наук. Адрес: 100003 Республика Узбекистан, Ташкент, ул. Узбекистанская, 45. E-mail: xusainov.u@mail.ru



Аннотация

В статье на примере Республики Узбекистан обосновывается актуальность кадровой политики в деятельности государства как главного проводника демократических реформ. Проведен анализ подготовки специалистов для государственной службы в западноевропейских странах. Выявлены особенности общемировой тенденции в деле отбора и расстановки кадров государственной службы. Исследовано законодательство и правоприменительная практика таких развитых зарубежных стран, как Великобритания, Германия, Франция, Испания, США и Япония, в сфере отбора кадров на государственную службу. Выявлены два основных западноевропейских подхода в подготовке специалистов для государственной гражданской службы — англосаксонский и французский. При этом выявлено, что многим демократически развитым странам присуще применение принципа конкурсного отбора кадров. Наряду с этим установлено, что одновременно в таких странах действуют специальные государственные органы, занимающиеся отбором кандидатов на государственную службу. Кроме того, правовой статус этих органов носит относительно независимый характер в системе государственных органов. Установлено, что такие меры служат весомым гарантом объективности и беспристрастности в деятельности специального государственного органа по отбору кадров. По итогам исследования сформулированы выводы, что, во-первых, в большинстве развитых государств отбор кандидатов на государственную гражданскую службу осуществляется и контролируется независимыми органами; во-вторых, в процессе обучения руководящие кадры должны получать не только теоретические знания, но и обретают практические навыки управления; в-третьих, при решении задачи отбора высококвалифицированных и перспективных кадров рекомендуется прием на работу через независимые конкурсные комиссии с учетом групп и категорий должностей государственной гражданской службы; в-четвертых, механизм отбора кадров должен быть способен применять к кандидатам критерии морально-этической и патриотической пригодности к государственной службе; в-пятых, необходимо чтение в учебных заведениях курсов, направленных на подготовку специалистов по работе с кадрами, внедрение практики приема на работу только после завершения работником данного курса.



Ключевые слова

государственная служба, кадры, отбор кадров, ротация, служебная этика, прием на работу, конкурсная комиссия, экзамен.

Библиографическое описание: Хусаинов У.Ш. Некоторые вопросы отбора кадров на государственную службу // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 139–147.

JEL: K23; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.139.147

Республика Узбекистан, следуя на пути защиты прав и свобод человека, поставила перед собой стратегическую цель построения демократического правового государства

и формирования гражданского общества, для достижения которой необходимы сильное государство и проведение с его стороны эффективных реформ. В реализации данных реформ и достижении намеченной цели потенциал государства определяется не только его политической и административной силой, но и деятельностью высококвалифицированных кадров, должностных лиц, эффективно использующих административную власть, обладающих разносторонними знаниями и профессионализмом. Поэтому можно видеть, что на нынешнем этапе реформ данная проблема не потеряла своей актуальности. Такое положение дел можно также наблюдать и в суждениях Президента Узбекистана о необходимости толкования по-новому принципа «государство — главный реформатор» при осуществлении идеи «От сильного государства — к сильному гражданскому обществу»: «Известно, что у нас есть принцип: государство — главный реформатор. Если мы будем по-новому, в новом содержании использовать эту мысль, то основным реформатором должен стать государственный служащий. В настоящее время все мы должны глубоко осознать, что судьбу реформ, прежде всего, решают люди, занимающие ответственные должности в государственных и правительственных ведомствах, следовательно, они непосредственно ответственны за данный вопрос»¹.

Исходя из этого, можно отметить, что последовательное налаживание государственной кадровой политики, в частности, внедрение института ротации, составляющего один из его основных элементов, создаст возможность эффективного использования кадрового потенциала, оптимального решения вопроса их отбора и расстановки. Поэтому сегодня важное значение имеет проведение анализа общемировой тенденции в деле отбора и расстановки кадров, а также разработка соответствующих предложений и выводов в этом направлении.

В конце прошлого столетия во многих развитых государствах Европы и Америки были созданы программы подготовки кадров для государственной службы. Данные о них были размещены в единых стандартах MPA-Master of Public Administration. Несмотря на сходство программ основных данных в различных государствах, все же можно наблюдать в них важные различия. На основе данных различий можно выделить несколько подходов, направленных на подготовку госслужащих.

В целом в подготовке специалистов государственной службы можно выделить два основных западноевропейских подхода — англосаксонский и французский. Основой широко распространенного традиционного англосаксонского подхода к подготовке кадров государственной службы является Великобритания.

В Великобритании программы подготовки кадров госслужбы направлены на осуществление концепции государственного управления, основной целью которой является повышение качества оказания услуг, а это требует развития у государственных служащих таких качеств, как управление изменениями и лидерский потенциал. В стране действует ведущее учебное заведение, где обучается основная часть будущих служащих среднего и высшего звена, — это колледж государственной службы. Занятия проводятся по программам подготовки будущих руководителей. Успешное завершение программы дает возможность слушателю получить квалификацию, необходимую для перевода до трех классов (всего семь классов, из них первый класс считается высшим). Также имеются специальные программы повышения квалификации для руководителей четвертого и седьмого классов. Специалисты, занимающие высшие руководящие должности по первому и второму классам с учетом их отраслевых особенностей посещают

¹ Каримов И.А. Ўзбекистон демократик тараққиётнинг янги босқичида. Тошкент: Ўзбекистон, 2005. Б. 78.

специально разработанные «мастер-семинары». Содержание обучения и программы профессионального роста госслужащих формируется с учетом функций должностного лица и характеристик занимаемой им должности. При разнообразии форм и методов обучения также имеются и присущие всем общие свойства: к ним относятся подготовка выпускной работы по проекту, теоретическая подготовка в учебном заведении, накопление практического опыта и др.²

В сфере развития государственного управления в качестве академического предмета на протяжении многих лет лидирующее место занимала Германия. В настоящее время в немецких университетах восстанавливается традиция подготовки высококвалифицированных кадров на базе межпредметного широкого подхода. Устранено превалирование юридических наук, считающихся особенностью англосаксонского подхода, отдается предпочтение стабилизации учебных дисциплин. Правовые и экономические предметы преподаются примерно в равной пропорциональности, преподавание их базовых категорий усиливается необходимыми гуманитарными и математическими теориями³. В Германии основные требования, предъявляемые к государственным служащим, — это профессиональное образование и предварительная специальная подготовка (виды и сроки дифференцируются исходя из степени должностного положения). Получение непрерывного образования — условие, необходимое для продвижения в системе государственной службы и применения ротации. Широкий спектр обучающих программ создает возможность создания постоянных и устойчивых гарантий для непрерывного повышения квалификации должностным лицом в должностной период. Обучающие программы созданы на основе принципа модульности и это делает их быстро адаптируемыми, отвечающими потребностям общества.

Особенность французского подхода заключается в том, что в соответствии с ним в государственном управлении также большое внимание уделяется разделу политических и административных предметов. Во Франции подготовка служащих для органов государственного управления состоит из профессиональной начальной подготовки и повышения квалификации госслужащих («постоянная профессиональная подготовка»).

Таким образом, организуются прямые конкурсы в корпус госслужащих различных министерств. Это отличает французскую модель от английской и немецкой. В свою очередь, во Франции, как и в Германии, система подготовки государственных служащих имеет централизованный характер и многоуровневые структуры. Однако если немецкие учебные программы, как отмечалось, отличаются высоким уровнем баланса экономических и правовых предметов, то французский подход направлен на глубокое изучение экономики.

В Испании отбор служащих осуществляется с помощью открытых конкурсных экзаменов по административному праву, экономике государства, государственному управлению, бюджету и управлению финансами. В ряду новшеств в данном направлении можно привести прохождение выпускниками обязательной стажировки в течение нескольких месяцев. Это создает им возможность обретения постоянного рабочего места в государственной администрации.

В США государственное управление всегда было тесно связано с правовыми науками, в частности, административным правом. В последние годы появляется тенденция

² Саламатин Е.Ю. Международный опыт правового регулирования государственной гражданской службы: актуальные вопросы для российских реформ // Международное публичное и частное право. 2006. № 5. С. 57.

³ Государственная служба. Сборник. М., 2005. № 4. С. 140.

усиления экономической администрации государственных служащих⁴. В органах государственного управления работа с кадровым резервом осуществляется с организационной точки зрения кадровыми службами на базе общих правил и нормативных требований, а также на основе единых методических и политических указаний. Одним из основных методов отбора кадров для органов государственного управления США остаются конкурсные экзамены. Здесь действует лучшая налаженная система в мире по их проведению. При этом за основу конкурсных экзаменов взяты квалификационные стандарты. Квалификационные стандарты отражают конкретные профессионально-квалификационные, деловые и личные требования к личности, которая должна занять должность.

В зарубежных государствах поступление госслужащих на работу и их карьерный рост имеет своеобразные особенности. При этом особое внимание направлено на обеспечение равных возможностей при поступлении граждан на государственную службу. Госслужащие, считающие себя ущемленными в правах, вправе непосредственно обратиться в административный суд⁵. Отбор и комплектация штатов в государственной службе обычно выражается в характере и уровне работы, которая должна быть выполнена, требуемых способностях, квалификации и опыте работы, деловых качествах. Процесс найма на работу может состоять из следующих моментов: окончательный список допущенных к участию в конкурсе, основанном на предварительно установленных нормах; письменный экзамен, конкурсное собеседование, психологический тест, просмотр дипломов или других документов и др.⁶

В Великобритании отбором кандидатов для поступления на государственную (гражданскую) службу занимается Комиссия гражданской службы, а также непосредственно министерства и учреждения. Вспомогательную роль в отборе выполняет Агентство по оценке и отбору кандидатов для государственной службы. Процессы приема различаются исходя из уровня, группы и характера должности. Хотя конкурс служащих среднего и малого звена находится под общим контролем комиссий, все же осуществляется непосредственно самими министерствами и учреждениями. Министерства и ведомства в отборе сотрудника вправе воспользоваться услугами агентства по оценке и отбору кандидатов для госслужбы. Специалисты гражданской службы — юристы, экономисты, инженеры, администраторы отбираются в результате определенного комиссией специального конкурса. Комиссия в целом занимается отбором персонала, начиная от исполнителя до средних и высших должностей.

Конкурс кандидатов на службу осуществляется четырьмя отделами Комиссии гражданской службы. Каждый отдел специализируется на отборе по определенным группам: отдел по административным должностям, отдел по научным должностям, отдел по технологическим должностям, общий отдел (отбор кандидатов-юристов на информационные и другие специализированные должности). Процесс отбора кандидатов на государственные должности состоит из нескольких этапов. Первый из них — это письменный доклад по заданной теме. С успешно прошедшими конкурс проводятся тесты и интервью. В настоящее время формы тестирования и интервью имеют особую важность в оценке способностей кандидатов. После этого представители отдела по окончательному отбору на основе накопленной оценки проводят заключительное собеседование, на его основе решается вопрос принятия кандидата на службу. Учитываются также рекомендации учебных заведений — школ и университетов, в которых кандидаты окончили учебные курсы⁷.

⁴ Государственная служба. Сборник. М., 2005. № 4. С. 145–147.

⁵ Государственная служба в зарубежных странах. Сборник. Уфа, 1995. С. 48–49.

⁶ Халиков М.И., Галиуллин Т.Т. Зарубежный опыт государственной службы. Уфа, 2007. С. 46–47.

⁷ Литвинцева Е.А. Государственная служба в зарубежных странах. М., 2004. С. 25–27.

Для прохождения должности в нижнем звене требуются следующее: успешное окончание основной общеобразовательной школы; наличие практики подготовки по будущей специальности. Для среднего уровня требуется минимум: окончание учебного заведения; один год подготовительной практики; сдача экзамена и др. Для прохождения службы высокого уровня необходимы школьное образование, позволяющее поступление в вуз; для занятия должности — подготовительная практика в течение 3 лет. Для прохождения службы высокого уровня — окончание вуза; для занятия должности — подготовительная практика не менее 2 лет; сдача квалификационного экзамена. Для занятия общей административной должности признана равноценность изучения юридических, финансово-экономических и социальных дисциплин⁸.

В США установлены четкие механизмы и требования для приема на работу в госслужбу. Предъявляемые к каждой должности требования, объем работы, обязанности и ответственность объявляются открыто. Должности и обязанности в государственной службе, исходя из их характера и особенностей, разделены на 18 категорий. Данные сведения размещаются на веб-сайте любого государственного органа с наличием вакансии. Каждое лицо может ознакомиться с приведенными сведениями и заполнить соответствующие документы на основе определенных требований и сдать заявление. После этого в установленный день претендент приходит на конкурсный экзамен, и в случае получения высокого балла по сравнению с другими кандидатами он может быть принят на государственную службу. При желании поступивших на работу лиц получить повышение в должности они подают заявление в отдел кадров и в назначенный день сдают экзамен, по результатам которого могут занять более высокую должность. Решение о повышении лица на более высокую должность принимается по итогам экзамена.

В США деятельность Управления по делам кадровой службы регулируется отдельным законом и этой деятельности уделяется особое внимание. При этом основным фактором является «человеческий», т.е. человек рассматривается в качестве основного решающего ресурса процесса рабочей деятельности. Это приводит к необходимости обеспечения сферы экономики и других развивающихся сфер квалифицированными специалистами. Управление по делам кадровой службы непосредственно подчиняется Президенту США и формирует систему по вопросам отбора кадров, назначения на должность, оплаты, стимулирования и др. Данное Управление возглавляет директор, назначаемый на 4 года Президентом с согласия Сената. Общее количество сотрудников — 8 тыс. человек, из них 3,2 тыс. — в Вашингтоне, остальные осуществляют деятельность в 10 регионах, а также в местах отбора кадров и проведения экзаменов, в учебных, информационных и «следственных центрах» (центр всестороннего изучения кадров).

Во Франции кадровый конкурс считается важным принципом государственной службы. Здесь существуют три основных вида проведения конкурсов: «внешний» — для лиц, имеющих определенный диплом; «внутренний» — для должностных лиц, имеющих стаж госслужбы; «смешанный» — где предусмотрено сочетание двух предыдущих видов. При этом под конкурсами подразумевается распределение количества ограниченных должностей на основе проведения экзаменов или проверок. Конкурс проводится независимым коллегиальным органом — жюри⁹. Жюри дифференцирует кандидатов с учетом их заслуг для последующего назначения на должности. Жюри состоит из государственного органа, полномочного назначать на должности. При этом жюри дает

⁸ Государственная служба (комплексный подход). М.: Дело, 2000. С. 238–239.

⁹ Аналогичные конкурсы в США проводит Управление кадровой службы, в Японии — Национальное кадровое управление.

рекомендации о занятии должности, а окончательное решение принимается органом или лицом, объявившим конкурс. Назначенное лицо автоматически не получает должностного статуса, а обретает должность стажера, и только после истечения испытательного срока назначается на постоянную службу. Законность конкурсов контролирует административный суд.

Во Франции имеется список высших должностей, назначаемых по постановлению правительства. Это, в основном, политические должности — генеральный секретарь правительства, директор центральной администрации, префект, посол и др. Данный список не является неизменным и может быть дополнен правительством с согласия суда¹⁰. После всех изложенных процессов лицо обретает статус государственного служащего, и постепенно пройдя ротацию, поднимается по классам и ступеням. Должностное лицо может быть направлено в служебную командировку в другое учреждение, международную или даже частную организацию сроком на 5 лет, но при этом оно не теряет права на продвижение по службе и пенсию. Вместе с тем должностное лицо по собственному желанию после завершения срока служебной командировки может быть исключено из штата или переведено в резерв. Если служащий в период пребывания в резерве трижды отказывается от предлагаемых должностей, тогда он с согласия административной комиссии может быть освобожден от государственной службы¹¹.

В Японии в основе подготовки государственных служащих воплощена совокупность пяти систем: пожизненный найм, ротация кадров, подготовка на рабочем месте, репутация и выплата. Взаимосвязь и взаимозависимость данных систем приводит к заинтересованности в максимальном осуществлении высокоэффективного труда, повышении профессиональных и деловых качеств. При подготовке государственных служащих важную роль играет система ротации. Ее смысл заключается в горизонтальном и вертикальном переводе сотрудников, работающих на одном рабочем месте в течение 2–3 лет. Ротация проводится без согласия сотрудника. При этом подход предельно ясен — человек поступил на государственную службу, следовательно, он должен принести максимальную пользу государству. Ежегодно в апреле выпускники школ, колледжей и высших учебных заведений, придя в какую-либо компанию или организацию, не назначаются сразу на руководящие должности, а начинают службу с самых низших специализированных обязанностей. В этом, несомненно, есть ряд преимуществ. Такой специалист, детально знающий все тонкости и особенности своей организации, в будущем воздержится от принятия неэффективных, неверных, приводящих к заблуждениям решений.

В государственной службе действует присущая Японии система «пожизненного найма». Она означает работу в одной организации (до выхода на пенсию) на основе найма. При этом должность и размер оплаты зависят от непрерывности трудового стажа служащего. Одной из особенностей государственной службы, связанной с системой «пожизненного найма», является то, что должностное лицо часто переводится внутри организации, но не переводится в межведомственном порядке. Система ротации обеспечивает мобильность рабочей силы, повышает ее трудоспособность, квалификацию и конкурентоспособность. Как правило, только после 2–3 горизонтальных переводов проходит вертикальная ротация, т.е. повышение в должности, перевод на более высокооплачиваемую должность. Ротация также пробуждает у госслужащего стимул к расши-

¹⁰ Литвинцева Е.А. Указ. соч. С. 75–76.

¹¹ Государственная служба (комплексный подход). С. 218.

рению своего мировоззрения, развитию более широкого взгляда на окружающую действительность. Начальники департаментов, министры, мэры и др., в свое время пройдя ротацию, занимали более низкие должности, т.е. на госслужбе служащий поэтапно занимает должностные ступени и повышается в должности.

Японские организации, предприятия и государственные службы не требуют от школ и вузов специальной подготовки. Они сами повышают знания сотрудников до необходимого для организации уровня. Кроме того, работу по подготовке центральных государственных служащих проводит Институт повышения квалификации при Национальном управлении по кадровой работе¹². В Японии госслужащие всех уровней проходят переподготовку и повышение квалификации во внешних организациях. Вместе с тем не считается целесообразным обучение лиц, занимающих высокие должности. Они проходят лишь этапы самостоятельной подготовки и самостоятельного обучения. Подготовкой госслужащих для местных органов управления занимается Академия государственной службы, входящая в структуру Министерства по делам местного самоуправления. Следует отметить, что работу по подготовке госслужащих осуществляет специальный орган — Национальное управление по кадровой работе, имеющее неправительственный статус. Ввиду большого внимания к сохранению чистоты этики госслужащих принят специальный Закон «Об этике государственных служащих», в котором определены стандарты правил и норм этического поведения на государственной службе.

Исходя из опыта развитых стран можно сделать следующие выводы.

Во-первых, в большинстве развитых государств отбор кандидатов на госслужбу контролируется независимыми органами. Правовой статус данных органов закреплен законом «О государственной службе», им даются полномочия упорядочения процессов, связанных с проведением ротации. Рекомендуются научное изучение возможностей применения данного опыта в Узбекистане.

Во-вторых, учитывая, что ротация непосредственно связана с нормами служебной этики госслужащих, в целях закрепления нравственно-этических вопросов в правовых актах, организации обучения, а также обеспечения контроля за выполнением норм и правил служебной этики государственными служащими, целесообразно провести научно-теоретическое изучение необходимости разработки проектов «Кодекса этики» и закона «Об этике государственных служащих».

В-третьих, требуется дальнейшее совершенствование отбора и расстановки кадров. При этом рекомендуется максимально использовать все позитивные подходы в организации государственной службы, обратить повышенное внимание на сохранение и совершенствование профессиональных кадров, обладающих большим опытом работы. В процессе обучения руководящие сотрудники должны получать не только теоретические знания, но и обретать навыки управления большими организациями. Необходим также всесторонний анализ практических проблем, а также научный анализ возможностей применения и в Узбекистане зарубежного опыта в деле разработки стратегии их решения.

В-четвертых, при решении задачи отбора высококвалифицированных и перспективных кадров для госслужбы рекомендуется внедрение системы приема на работу через независимые конкурсные комиссии с учетом групп и категорий должностей государственной гражданской службы, научное изучение возможностей организации специальных государственных конкурсных экзаменов.

¹² Волгин Н.А. Японский опыт решения экономических и социально- трудовых проблем. М.: Экономика, 1998. С. 98.

В-пятых, необходимо чтение в учебных заведениях учебных курсов, направленных на подготовку специалистов по работе с кадрами, внедрение в отделе кадров каждого государственного органа и организации практики приема на работу только после завершения работником данного курса.



Библиография

- Атаманчук С.Г., Матирко В.И. Государственная служба. Кадровый потенциал. М., 2001. 205 с.
- Государственная служба и государственные служащие во Франции. М.: Посольство Франции в Москве, 1997. 166 с.
- Граждан В.Д. Государственная гражданская служба. М.: Юркнига, 2005. 476 с.
- Каримов И.А. Ўзбекистон демократик тараққиётнинг янги босқичида. Тошкент: Ўзбекистон, 2005. 321 с.
- Лукьяненко В.И. Принципы государственной кадровой политики, механизмы и технологии ее реализации. М., 1995. 156 с.
- Матирко В.И. Проблемы кадровой политики в государственном аппарате. М., 1996. 122 с.
- Минасян С.П. Институт государственной гражданской службы в системе административного законодательства. Саранск: Красный Октябрь, 2005. 108 с.
- Моргунов Е.Б. Модели и методы управления персоналом: Российско-британское учебное пособие. М.: ЗАО "Бизнес-школа "Интел-Синтез", 2001. 464 с.
- Пронников В.А., Ладанов И.Д. Управление персоналом в Японии. М.: Наука, 1999. 128 с.
- Серебренников В.П. Конституционное право Франции. Минск: БГУ, 1976. 240 с.
- Смольков В.Г. Кадровый менеджмент в системе государственной службы зарубежных стран. М., 2000. 170 с.
- Татарников А.А. Управление кадрами в корпорациях США, Японии, Германии. М.: ИНЭ, 1999. 158 с.
- Турчинов А.И. Управление процессом формирования и использования резерва государственных служащих // Социологические исследования в системе государственной службы 1992–2002. М.: Орел, 2002. 196 с.
- Хаманева Н.Ю. Государственная служба: Учебное пособие. М.: Статут, 1999. 591 с.
- Шувалова Н.Н. Служебное поведение государственного гражданского служащего: моральные основы: Учебно-практическое пособие. Ростов н/Д: "Феникс", 2006. 380 с.

On Selecting State Service Employees



Ulugbek Sch. Khusainov

Postgraduate Student, Department Fundamentals of Civil Law, Forms and Methods of Self Administration, Academy of State Administration under President of Republic of Uzbekistan, Candidate of Juridical Sciences. Address: 45 Uzbekistanskaya Str., Tashkent, 100003, Republic of Uzbekistan. E-mail: xusainov.u@mail.ru



Abstract

The paper shows the relevance of personnel policy for state to develop democratic reforms on the example of the Republic of Uzbekistan. The analysis concerns the preparation of the employees for state service in western countries, identifies the features of common trends across the world as to selecting and appointing state service employees, examines the state service legislation and practice of the developed countries such as the UK, Germany, Spain, the US and Japan, identifies two major western approaches to preparing state service staff — Anglo-Saxon and French. The paper shows that the principle of competitive choice is typical of democratic countries. The countries establish specialized state

bodies dealing with the selection of candidates for state civil service. The legal status of such bodies is relatively independent within the state body system. Such measures promote to unbiased selection of state service personnel. The results of the research show that 1) most states the choice of state service employees is performed and controlled by independent bodies; 2) during training management staff should acquire not only theoretical background but practical skills; 3) to select highly qualified and perspective staff, it is recommended to establish independent competition commissions; 4) the mechanism of selecting personnel should include the criteria of moral, ethical and patriotic aptitude; 5) educational organizations should have educational programs targeting the preparation of specialists to operate the activity of staff and establish the practice of employment after completing such a course.



Keywords

state service, employee, choice of employees, rotation, office ethics, competition commission, exam.

Citation: Khusainov U.Sh. (2016) On Selecting State Service Employees. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 139–147 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.139.147



References

Atamanchuk S.G., Matirko V.I. (2001) *Gosudarstvennaya sluzhba. Kadrovyy potentsial* [State Service. Employee Reserve]. Moscow: Delo, 205 p. (in Russian)

Gosudarstvennaya sluzhba i gosudarstvennyye sluzhashchye vo Frantsii 1997 [State Service and state Servants in France]. Moscow: Posol'stvo Frantsii v Moskve, 166 p. (in Russian)

Grazhdan V.D. (2005) *Gosudarstvennaya grazhdanskaya sluzhba* [State Civil Service]. Moscow: Yurkniga, 476 p. (in Russian)

Karimov I.A. (2005) *Ўzbekiston demokratik taraqqietning yangi bosqichida*. Toshkent: Ўzbekiston, 321 p.

Khamaneva N.Yu. (1999) *Gosudarstvennaya sluzhba: Uchebnoe posobie*. [State Service: Manual]. Moscow: Statut, 591 p. (in Russian)

Luk'yanenko V.I. (1995) *Printsipy gosudarstvennoy kadrovoy politiki, mekhanizmy i tekhnologii ee realizatsii* [Principles of State Staff Policy, Mechanisms and Implementation]. Moscow, 156 p. (in Russian)

Matirko V.I. (1996) *Problemy kadrovoy politiki v gosudarstvennom apparate* [Issues of Employment Policy in State Bodies]. Moscow: Delo, 122 p. (in Russian)

Minasyan S.P. (2005) *Institut gosudarstvennoy grazhdanskoy sluzhby v sisteme administrativnogo zakonodatel'stva* [Institute of State Service within Administrative Law]. Saransk: Krasnyy Oktyabr', 108 p. (in Russian)

Morgunov E.B. (2001) *Modeli i metody upravleniya personalom: Rossiysko-britanskoe uchebnoe posobie* [Models and Methods of Managing Personnel. Russian- British Manual]. Moscow: ZAO "Biznes-shkola "Intel-Sintez", 464 p. (in Russian)

Pronnikov V.A., Ladanov I.D. (1999) *Upravlenie personalom v Yaponii* [Managing Personnel in Japan]. Moscow: Nauka, 128 p. (in Russian)

Serebrennikov V.P. (1976) *Konstitutsionnoe pravo Frantsii* [French Constitutional Law]. Minsk: BGU, 240 p. (in Russian)

Shuvalova N.N. (2006) *Sluzhebnoe povedenie gosudarstvennogo grazhdanskogo sluzhashchego: moral'nye osnovy: Uchebno-prakticheskoe posobie* [Behaviour of Civil Servant: Moral Fundamentals: Manual]. Rostov-on-Don: Feniks, 380 p. (in Russian)

Smol'kov V.G. (2000) *Kadrovyy menedzhment v sisteme gosudarstvennoy sluzhby zarubezhnykh stran* [State Management in the System of State Service of Foreign Countries]. Moscow: Nauka, 170 p. (in Russian)

Tatarnikov A.A. (1999) *Upravlenie kadrami v korporatsiyakh SShA, Yaponii, Germanii* [Managing Staff in the Corporations of US, Japan and Germany]. Moscow: INE, 158 p. (in Russian)

Turchinov A.I. (2002) *Upravlenie protsessom formirovaniya i ispol'zovaniya rezerva gosudarstvennykh sluzhashchikh* [Administering the Process of Establishing and Applying State Employee Reserve] *Sotsiologicheskoe issledovaniya v sisteme gosudarstvennoy sluzhby 1992–2002* [Sociological Research within State Service between 1992 and 2002]. Moscow: Orel, 196 p.

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе



И.И. Нагорная

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



Аннотация

В статье рассматривается вопрос о правомерности обыска сотового телефона без судебного ордера в ходе законного ареста в американском уголовном процессе. Отмечается ценность изученного опыта для решения проблем, возникающих в российском уголовном процессе, в котором, как указывают специалисты, пока не учитываются в должной мере особенности доказательств, полученных из электронных источников. В первую очередь анализируются позиции Верховного суда США, сформулированные на основании положений Четвертой поправки к Конституции США о запрете необоснованных обысков, применительно к обыску, проводимому в ходе законного ареста. При этом разграничивается обыск самого арестованного и предметов, находящихся в зоне его непосредственного контроля, выделяются возможные цели обыска — обеспечение безопасности сотрудников полиции и предотвращение уничтожения доказательств. Изучаются позиции, сформулированные нижестоящими судами, которые различным образом подходили к решению данного вопроса — от признания законности неограниченного обыска сотового телефона без ордера до полного запрета такого при отсутствии чрезвычайных обстоятельств. Затем рассматриваются доктринальные точки зрения по вопросу ограничения пределов обыска сотового телефона без ордера в ходе законного ареста: интернет-тест; функциональный тест; тест открытого приложения; ограничение количества совершаемых сотрудниками полиции операций. Приводится критика указанных подходов. Рассматриваются основные аргументы Верховного суда США, который в 2014 г. по делам *Riley v. California* и *United States v. Wurie* признал неконституционным обыск сотового телефона без ордера, даже если обыск осуществляется в ходе законного ареста. Приводится особое мнение судьи Аливо, который, в частности, указал, что законодателю следует провести разумное разграничение информации, содержащейся в телефоне, одна часть которой может подлежать исследованию без ордера, а другая — нет. В заключение выделяются приведенные в американской литературе проблемы, которые не смогла разрешить указанная правовая позиция Верховного суда США. Важнейшая из них — применимость сформулированных правил к планшетам и иным сходным устройствам.



Ключевые слова

обыск, ордер, сотовый телефон, обыск в ходе законного ареста, уголовный процесс, Верховный суд США.

Библиографическое описание: Нагорная И.И. Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 148–158

JEL: K4; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.148.158

Введение в проблему. Стремительное развитие информационных технологий кардинально изменило жизнь общества и поставило перед законодателем, судебными органами и учеными новые задачи, в том числе связанные с обеспечением неприкосновенности частной жизни. В настоящее время в процессе доказывания по уголовным делам все чаще используется информация, полученная из электронных источников, однако уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации в должной мере не учитывает особенностей подобных доказательств¹. Это побуждает российских исследователей обращаться к зарубежному опыту, в том числе Соединенных Штатов Америки, где указанные проблемы рассматриваются детально, хотя их и нельзя считать до конца решенными.

Данная статья посвящена изучению американского опыта по весьма актуальному вопросу о допустимости обыска сотового телефона без ордера в ходе законного (правомерного) ареста. Исходным для анализа этого вопроса является право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов, закрепленное Четвертой поправкой к Конституции США². При этом в американском праве получило распространение широкое понимание обыска в качестве вторжения представителей государственной власти в сферу частной жизни граждан³.

Четвертая поправка не устанавливает критериев обоснованности обыска. В связи с этим особую значимость приобретает ее толкование Верховным судом⁴. Обыск может быть проведен при наличии ордера, выданного судом, или без него, в том числе в ходе законного ареста, при согласии на обыск или в чрезвычайных обстоятельствах⁵.

Судебная практика по Четвертой поправке довольно противоречива, однако необходимость обыска в ходе законного ареста без получения ордера сегодня не вызывает возражений⁶. Тем не менее пределы такого обыска не раз уточнялись Верховным судом США. При этом возник вопрос: насколько сформулированные ранее правила применимы к сотовым телефонам и особенно к смартфонам? Вправе ли граждане связывать с последними повышенные ожидания о неприкосновенности частной жизни?⁷ Американские суды и ученые-юристы предлагали различные подходы к данной проблеме. В 2014 г. Верховный суд США сформулировал правовую позицию по указанному вопросу, которая, однако, не смогла преодолеть всех имеющихся затруднений.

Рассмотрим общие правила обыска в ходе законного ареста, далее перейдем к анализу решений окружных и районных судов и Верховного суда США, а также позиций ученых, исследовавших данную тему.

Обыск в ходе законного ареста: эволюция позиций Верховного суда США. Впервые право на проведение обыска арестованного без ордера было признано Верховным су-

¹ Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 3–4.

² Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. 3-е изд. М., 2000. С. 359.

³ Махов В.Н., Пешков М.А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). М., 1998. С. 37.

⁴ Пешков М.А. Арест и обыск в уголовном процессе США: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 10.

⁵ Там же. С. 33.

⁶ Logan W.A. An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest // Yale Law & Policy Review. 2000. Vol. 19. No 2. P. 381.

⁷ Ray J. Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones // Tennessee Journal of Race, Gender, & Social Justice. 2014. Vol. 3. No 2. P. 213.

дом США в 1914 г. в деле *Weeks v. United States*. По делу *Carroll v. United States* (1925) было разъяснено, что обыску может быть подвергнуто как само лицо, так и место, где произведен арест, с целью получения доказательств совершения преступления. Данная позиция была подтверждена в деле *Marron v. United States* (1927). Однако в деле *Go-Bart Importing Co. v. United States* (1931) Суд ограничил пределы такого обыска, заявив, что у сотрудника полиции было достаточно информации, чтобы получить ордер, чего он не сделал⁸.

Впрочем, указанное ограничение было игнорировано Судом в деле *Harris v. United States* (1947), по которому лицо было арестовано на основании ордера, выданного по причине подделки чека. Полиция произвела арест в комнате подсудимого, а затем обыскала все его жилище, состоящее из четырех комнат, чтобы получить дополнительные доказательства. Верховный суд США признал такой обыск допустимым. Тем не менее уже через год в деле *Trupiano v. United States* (1948) Суд вернулся к ранее выраженной позиции по делу *Go-Bart Importing Co. v. United States*, подчеркнув приоритет обыска на основании ордера, если такой ордер возможно получить. В 1950 г. Суд вновь отклонил это правило, указав в деле *United States v. Rabinowitz*, что нужно оценивать не разумную возможность получить ордер, а тот факт, был ли сам обыск обоснованным⁹.

Американские исследователи полагают, что полномочия полиции на обыск в ходе законного ареста были наиболее последовательно закреплены в следующих нескольких решениях. По делу *California v. Chimel* (1969) полиция арестовала лицо, которое предположительно участвовало в краже со взломом из денежного хранилища, в его доме. Без согласия лица и ордера был проведен обыск окрестностей дома и гаража, в результате которого были обнаружены монеты, медали и иные доказательства совершения кражи. Верховный суд США признал недействительными результаты столь широкого обыска, но одновременно подтвердил право на обыск в ходе законного ареста. По мнению большинства судей, такое право ограничено обыском самого лица и зоны, которая им непосредственно контролируется (*immediate control*), где могут находиться оружие или доказательства, которые можно уничтожить. Общие помещения обыскивать не допускается¹⁰. Данное решение вызвало споры о том, достаточно ли самого факта ареста для проведения обыска без ордера или необходимо наличие иных обстоятельств, которые могут свидетельствовать о том, что доказательства будут уничтожены или сотруднику полиции угрожает опасность¹¹.

В 1973 г. решения по делам *United States v. Robinson* и *Gustafson v. Florida* обосновали более широкие возможности по проведению обыска без ордера. В первом случае полиция остановила автомобилиста, так как были основания полагать, что у него отозваны водительские права. Водитель предъявил фальшивое удостоверение, после чего был арестован и доставлен в полицейский участок, где был произведен полный обыск. В кармане автомобилиста была найдена смятая пачка сигарет, в которой находились 14 желатиновых капсул с героином. Суд признал его виновным во владении наркотиками, однако приговор был отменен апелляционной инстанцией. Было признано, что при аресте за преступление, не требующее дополнительных доказательств, обыск без ордера должен ограничиваться поисками оружия. Однако Верховный суд США отменил дан-

⁸ *Iaquinta J.* Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future // *Touro Law Review*. 2014. Vol. 30. No 4. P. 1074–1075.

⁹ *Ibid.* P. 1075.

¹⁰ *Logan W.A.* *Op. cit.* P. 391–392.

¹¹ *Ibid.* P. 392.

ное решение, постановив, что полный обыск арестованного и доставленного в полицию лица — это не только исключение из правила о необходимости получения ордера, это еще и обоснованный обыск в смысле Четвертой поправки¹².

В тот же день было принято решение по второму делу, в котором обвиняемый, арестованный за вождение без прав, был осужден за незаконное владение марихуаной, найденной в пачке сигарет, находившейся при нем во время ареста. Верховный суд США постановил, что полный обыск законно арестованного лица не нарушает Четвертую и Четырнадцатую поправки¹³.

Верховный суд США разграничивает объекты, которые находятся непосредственно у арестованного, например, в кармане его рубашки, и объекты в зоне его непосредственного контроля. Так, в делах *United States v. Robinson* и *United States v. Edwards* (1974) полиция имела право обыскать предметы, находящиеся на арестованном (одежду, карманы и их содержимое), даже после ареста и в ином месте (в полицейском участке). По делу *United States v. Chadwick* (1977) Суд указал на недопустимость обыска без ордера объектов, находящихся не на арестованном, а в зоне его непосредственного контроля (например, запечатого ящика в багажнике автомобиля), при отсутствии чрезвычайных обстоятельств¹⁴.

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста: практика федеральных апелляционных (окружных) и районных судов США. До того, как Верховный суд США сформулировал свою правовую позицию, большинство нижестоящих судов руководствовались тем, что сотовый телефон, находящийся при арестованном, необходимо рассматривать так же, как любой другой объект (контейнер). Однако некоторые судьи и ученые-юристы все же сомневались в возможности применения прецедентов, созданных в доцифровую эпоху¹⁵. Многие исследователи обратили внимание на то, что информация в сотовых телефонах может быть удалена арестованным или его соучастниками с помощью удаленного доступа. Предотвратить это можно, лишь вынув батарейку или поместив телефон в сумку Фарадея, блокирующую электромагнитные волны. Задержка в получении иной информации, содержащейся в телефоне, эквивалентна ее разрушению, в частности, соучастники преступления могут сменить номера. Следовательно, получение ордера способно существенно отсрочить обыск сотового телефона и сделать его результаты бесполезными¹⁶.

До соответствующего решения Верховного суда США существовало четыре основных подхода к данной проблеме.

1. Допустимость полного обыска сотового телефона в ходе законного ареста. Данного подхода придерживались пять окружных судов, а также множество районных судов и судов отдельных штатов¹⁷.

По делу *People v. Diaz* (2011) Верховный суд штата Калифорния признал законным обыск сотового телефона при аресте без получения ордера, сославшись на прецеденты

¹² Downey T.E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. Case Comment, *United States v. Robinson* // *Cleveland State Law Review*. 1974. Vol. 23. P. 135–136.

¹³ *Ibid.* P. 136–137.

¹⁴ Brown P. Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward // *Harvard Journal of Law & Technology*. 2014. Vol. 27. No 2. P. 574.

¹⁵ *Ibid.* P. 566–567.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibid.* P. 567–568.

United States v. Robinson и *United States v. Edwards*. При этом Суд не усмотрел отличий между сотовыми телефонами и иными предметами, находящимися у арестованного, например, пачкой сигарет¹⁸.

По делу *People v. Riley* (2013) автомобиль подсудимого задержала полиция, был произведен обыск, причиной которого стали просроченные водительские права. В автомобиле были обнаружены заряженные пистолеты. Подсудимого арестовали, а его смартфон был изъят. Вдобавок к иным признакам принадлежности к банде «Бладс» (*Bloods*), полицейский нашел соответствующую информацию в его сотовом телефоне. Два часа спустя другой полицейский обнаружил в телефоне множество фото и видео, которые стали впоследствии доказательствами при вынесении приговора по иным преступлениям, связанным с участием в банде. Апелляционный суд штата, опираясь на решение Верховного суда штата Калифорния, подтвердил, что обыск сотового телефона без ордера разрешен, если он производится в ходе законного ареста, при условии, что телефон «непосредственно связан» с арестованным¹⁹.

Преимуществом подобной точки зрения является установление четких критериев для полиции и частных лиц. Среди ее недостатков следует назвать чрезмерное расширение пределов обыска в ходе законного ареста. Так, около 90% американцев хранят в телефоне свои фотографии, дневники, частную переписку и даже информацию о своем местонахождении. Другая проблема связана с получением доступа к информации, находящейся не непосредственно в телефоне, а в облачном хранилище. С позиций традиционной доктрины полиция вправе обыскать только то, что находится непосредственно при арестованном, т.е. информация на удаленных серверах исследованию не подлежит²⁰.

2. Допустимость обыска сотового телефона в ходе законного ареста с целью предотвращения неминуемого уничтожения доказательств или обеспечения безопасности сотрудника полиции²¹. Так, по делу *United States v. Wurie* (2014) подсудимый был арестован за продажу наркотиков. На его раскладной сотовый телефон в отделении полиции стали поступать звонки с надписью «мой дом». Раскрыв его, полицейские обнаружили фотографию женщины с ребенком и номер телефона, после чего был вычислен домашний адрес и произведен обыск. Полицейские обнаружили в доме наркотические средства и оружие. Подсудимый был признан виновным, однако апелляционная инстанция отменила данное решение, постановив, что сотовые телефоны отличаются от других вещественных доказательств, получаемых в ходе законного ареста, поскольку они содержат большее количество личной информации и их нельзя сравнивать с иными объектами для ее хранения. Следовательно, правило о допустимости обыска в ходе законного ареста не распространяется на сотовые телефоны²². В то же время суд признал возможность обыска последних без ордера при наличии чрезвычайных обстоятельств, если у полиции есть основание полагать, что в телефоне содержатся доказательства совершения преступления и необходимо действовать незамедлительно²³.

¹⁸ Mayer M., Neumeyer C. No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee // AELE Monthly Law Journal. 2011. No 3. P. 401–402.

¹⁹ Little R.K. Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, 2014. P. 10.

²⁰ Brown P. Op. cit. P. 567–569.

²¹ Ibid. P. 570–571.

²² Little R.K. Op. cit. P. 10.

²³ Brown P. Op. cit. P. 571.

Сходную аргументацию использовал Верховный суд штата Огайо по делу *State v. Smith* (2009), отметив, что сторона обвинения обязана предъявить доказательства, что журнал звонков и телефонные номера находились под угрозой неизбежного уничтожения²⁴.

3. Допустимость обыска сотового телефона в ходе законного ареста лишь при наличии чрезвычайных обстоятельств, что обосновано фикцией о его местонахождении²⁵. В деле *United States v. Park* (2007) Суд Северного округа Калифорнии постановил, что для целей обыска в ходе законного ареста современные сотовые телефоны не могут рассматриваться как объекты, находящиеся непосредственно при арестованном, так как содержат большое количество информации. При этом их необходимо отличать от иных электронных устройств с небольшой памятью, например, пейджеров²⁶.

Сотовый телефон находится в зоне непосредственного контроля лица, следовательно, согласно решению по делу *United States v. Edwards* его обыск без ордера недопустим при отсутствии чрезвычайных обстоятельств. По сути, Суд создал юридическую фикцию, исходя из местонахождения телефона и тем самым избегая рассмотрения вопроса о характере сведений, хранящихся в нем²⁷.

4. Допустимость обыска сотового телефона для поиска доказательств лишь того преступления, которое стало основанием для ареста²⁸. Суд первой инстанции в деле *United States v. Quintana* (2009) признал недопустимыми доказательства преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, найденные в сотовом телефоне лица, арестованного во Флориде за вождение с приостановленными водительскими правами. Это обосновывалось тем, что преступление, послужившее основанием для ареста, не давало повода полагать, что в сотовом телефоне находятся доказательства его совершения. Однако в литературе указывается на противоречивость данного решения. Так, во Флориде подобное преступление требует вины в форме знания лица о том, что его водительские права были приостановлены. Вопрос о том, могли ли полицейские искать доказательства такого знания в телефоне (например, в тексте сообщений), остается открытым²⁹. Исследователи также отмечают, что подобный подход не позволяет учесть специфики обыска при аресте на основании странностей поведения, когда отсутствуют ясные сведения о том, какое именно было совершено преступление³⁰.

Доктринальные предложения об ограничении пределов обыска сотового телефона без ордера в ходе законного ареста. Ряд авторов признавал допустимость подобного обыска, при этом предлагая ограничить объем информации, которая может быть исследована с использованием следующих способов.

1. Интернет-тест, согласно которому то, что доступно без подключения к Сети, полиция вправе обыскать без ордера (в частности, список контактов, фотографии, журнал звонков и текстовые сообщения), иные разделы телефона обыску не подлежат (например, история просмотра интернет-страниц и большинство мобильных приложений). При этом сотрудники полиции смогут легко определить, требует ли приложение досту-

²⁴ Ibid. P. 571–572.

²⁵ Ibid. P. 574.

²⁶ O'Connor E. The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in *United States v. Wurie* // *Boston College Law Review*. 2014. Vol. 55. No 6. P. 67.

²⁷ Brown P. Op. cit. P. 574.

²⁸ Ibid. P. 575.

²⁹ Ibid. P. 575–576.

³⁰ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 107–108.

па в Интернет, отключив телефон от Сети³¹. Однако некоторые исследователи сомневались, что такой подход будет правильным, указывая на изменяющиеся технологии. Так, многие компании предпочитают помещать сообщения в облачные хранилища, а приложения, доступные с помощью Интернета, иногда сохраняют небольшое количество информации на телефоне³².

2. Функциональный тест, который ограничивает пределы обыска, исходя из традиционных функций сотового телефона. Таким образом, сотрудник полиции вправе обыскать без ордера журнал звонков и сообщений, содержание сообщений, адресную книгу. Электронная почта, фотографии, приложения, а также иные разделы телефона, функции которых напоминают компьютер, требуют получения ордера³³.

3. Тест открытого приложения, который позволяет исследовать только работающие на момент обыска программы. Данный подход вызывает возражения, так как современные мобильные устройства позволяют с легкостью открывать и закрывать приложения и тем самым препятствовать деятельности полиции³⁴.

4. Ограничение количества воздействий на операционную систему и программы телефона. Исследователи подчеркивают: неясно, по каким критериям следует выбрать конкретное количество таких воздействий. К тому же многие операции можно выполнять разными путями, что потребует разного количества воздействий³⁵.

Правовая позиция Верховного суда США по вопросу допустимости обыска сотовых телефонов в ходе законного ареста была сформулирована и принята судьями единогласно в 2014 г. по делам *Riley v. California* и *United States v. Wurie*. Она состоит в том, что при отсутствии чрезвычайных обстоятельств полиция не вправе подвергать обыску сотовый телефон без ордера, даже в ходе законного ареста³⁶. Решение сформулировал судья Дж. Робертс, отметив следующее:

- обоснованность обыска является важнейшим требованием Четвертой поправки к Конституции США. Обыск требует получения судебного ордера, кроме специальных исключений. Обыск в ходе законного ареста — это и есть такое исключение. При этом такие обыски проводятся чаще, чем по ордеру;
- правила, сформулированные в деле *United States v. Robinson*, не распространяются на сотовые телефоны. В этом деле Верховный суд США постановил, что для обыска предметов, находящихся при арестованном в ходе законного ареста, не требуется дополнительного обоснования. Однако сотовые телефоны отличаются от иных предметов, так как содержат множество персональной информации в цифровом виде, доступ к которой обычно требует получения ордера;
- общество стремится создать твердые правила для правоохранительных органов, однако защита неприкосновенности частной жизни требует издержек. Современные сотовые телефоны являются неотъемлемой частью повседневной жизни, это очевидно даже пришельцу с Марса. Приравнивать их к записной книжке — все равно, что не различать полет на Луну и поездку на лошадях;

³¹ O'Connor E. Op. cit. P. 71.

³² Brown P. Op. cit. P. 569–570.

³³ Beutler S. The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest // Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law. 2013. Vol. 15. No 2. P. 401.

³⁴ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 108–109.

³⁵ Там же. С. 109.

³⁶ Little R.K. Op. cit. P. 10.

- цифровые данные сами по себе не могут быть использованы в качестве оружия. Следовательно, когда полицейский изъял телефон, соображения безопасности исчезают. Удаленное подключение к телефону и возможность уничтожения информации также не составляют серьезной проблемы, так как существуют специальные средства для преодоления этих угроз;

- в будущем могут быть сформулированы исключения из сформулированного правила на основании конкретных дел³⁷.

Судья С. Алито признал решение Суда правильным, но добавил несколько собственных аргументов. По его мнению, обыск в ходе законного ареста обосновывается не только соображениями безопасности и предотвращения уничтожения доказательств, но и общей необходимостью получения убедительных доказательств. В противном случае обширные пределы такого обыска, который распространяется на неопасные и уже изъятые предметы, не имеет смысла. Законодатель, а не суд обладает лучшей возможностью для разумного разграничения допустимости и недопустимости обыска определенных разделов сотового телефона без ордера, основываясь на категориях информации, находящейся в телефоне, а возможно и на других особенностях³⁸.

Судья Алито также указал, что Суд обеспечил большую защиту информации в цифровой форме, нежели вещественным доказательствам, хотя их содержание может быть одинаковым. Так, адрес, записанный на бумажке, может быть получен сотрудниками полиции без ордера, а содержащийся в телефоне — нет; фотография из бумажника может быть просмотрена, а с сотового телефона — нет³⁹. Указанная правовая позиция Верховного суда США хотя и внесла необходимую ясность, однако разрешила далеко не все проблемные вопросы. В связи с этим в американской литературе обозначены границы ее возможного применения нижестоящими судами.

1. Данная позиция относится только к обыску при аресте. Это открывает возможность для признания законным обыска сотового телефона без ордера в других ситуациях, не связанных с последним⁴⁰. Так, например, доктрина открытого вида или видного места (*plain view exception*) позволяет обыскивать доказательства, если это возможно сделать без проникновения в частные владения. Следуя данной логике, можно дать полицейскому, законно находящемуся в квартире и увидевшему сообщение на экране телефона о причастности к преступной деятельности, право обыскать такой телефон⁴¹.

2. Верховный суд США не уточнил, какие именно технические средства, в том числе осуществляющие автоматическое извлечение и анализ данных, могут применяться для изучения сотовых телефонов. Этот вопрос уже стал предметом рассмотрения нижестоящих судов в отношении компьютеров. Так, по делу *United States v. Schlingloff* (2012) суд Центрального округа Иллинойса постановил, что эксперты не вправе использовать автоматические фильтры для обнаружения доказательств, которые находятся за пределами основания, на котором был выдан ордер. По данному делу эксперт использовал такие фильтры для поиска файлов с детской порнографией на компьютере, в то время как ордер был выдан в связи с

³⁷ Ibid. P. 10–11.

³⁸ Ibid. P. 11.

³⁹ Moore J., Langton J., Pochron J. The Cost of Privacy: Riley v. California's Impact on Cell Phone Searches // Journal of Digital Forensics, Security and Law. 2014. Vol. 9. No 3. P. 10.

⁴⁰ Wong M. United States v. Camou: Warrantless Cell Phone Searches after Riley v. California // Legal Issues Journal. 2015. Vol. 3. No 2. P. 120.

⁴¹ Moore J., Langton J., Pochron J. Op. cit. P. 10–11.

расследованием кражи. В то же время у эксперта сохранялась законная возможность обыскать компьютер на предмет порнографии без применения фильтров⁴².

3. Несмотря на приведенную аналогию между сотовыми телефонами и компьютерами, рассмотренная правовая позиция, скорее всего, применима лишь к первым. Судьи прямо не указали на ее действие в отношении iPad или iPod и иных подобных устройств⁴³.

Такой вывод может показаться весьма нелогичным. В связи с этим интересно отметить, что исходя из изученного опыта США, в отечественной литературе было сформулировано предложение об установлении в уголовно-процессуальном праве России запрета на «обыск без судебного решения не определенной технологии, например, сотового телефона, но любого электронного носителя информации, обладающего значительным объемом памяти и (или) способностью получать сведения посредством удаленного доступа (в том числе через информационно-телекоммуникационную сеть Интернет)»⁴⁴.

4. Обыск сотового телефона без ордера был признан допустимым при наличии чрезвычайных обстоятельств. Верховный суд США привел два примера: а) если подозреваемый, по всей видимости, посылает сообщения соучастнику о необходимости привести в действие взрывное устройство; б) если телефон, вероятно, содержит информацию о месте нахождения похищенного ребенка. Эти примеры свидетельствуют о возможности существенного расширения случаев обыска сотового телефона без ордера нижестоящими судами. Однако теперь уже очевидно, что возможность удаленного уничтожения или шифрования информации, находящейся в телефоне, нельзя относить к чрезвычайным обстоятельствам⁴⁵.

Таким образом, нижестоящие суды не раз столкнутся с необходимостью толкования позиции Верховного суда США. В связи с этим в литературе обоснованно отмечается, что само по себе его решение не способно поставить точку в имеющейся юридической дискуссии⁴⁶.

Полагаем, что изученный зарубежный опыт со всеми его достоинствами и недостатками поможет более глубоко и всесторонне оценить современные потребности отечественного уголовного процесса, как с точки зрения представителей власти, так и с точки зрения защиты прав личности, и сформулировать научно обоснованные предложения, направленные на совершенствование законодательства и правоприменительной практики.



Библиография

Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. 3-е изд. М.: БЕК, 2000. 592 с.

Махов В.Н., Пешков М.А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). М.: Интел-Синтез, 1998. 208 с.

Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 158 с.

Пешков М.А. Арест и обыск в уголовном процессе США: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 36 с.

⁴² Ibid. P. 11–12.

⁴³ Ibid. P. 11–12.

⁴⁴ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 11–12.

⁴⁵ Moore J., Langton J., Pochron J. Op. cit. P. 12.

⁴⁶ Ibid. P. 10.

- Brown P. Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward // *Harvard Journal of Law & Technology*. 2014. Vol. 27. No 2. P. 563–586.
- Beutler S. The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest // *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. 2013. Vol. 15. No 2. P. 375–405.
- Downey T. E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. Case Comment, *United States v. Robinson* // *Cleveland State Law Review*. 1974. Vol. 23. P. 135–150.
- Iaquinta J. Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future // *Touro Law Review*. 2014. Vol. 30. No 4. P. 1071–1100.
- Little R.K. Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, 2014. IV + 41 p.
- Logan W.A. An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest // *Yale Law & Policy Review*. 2000. Vol. 19. No 2. P. 381–441.
- Mayer M., Neumeyer C. No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee // *AELE Monthly Law Journal*. 2011. No 3. P.401–406.
- Moore J., Langton J., Pochron J. The Cost of Privacy: *Riley v. California*'s Impact on Cell Phone Searches // *Journal of Digital Forensics, Security and Law*. 2014. Vol. 9. No 3. P. 7–18.
- O'Connor E. The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in *United States v. Wurie* // *Boston College Law Review*. 2014. Vol. 55. No 6. P. 59–73.
- Ray J. Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones // *Tennessee Journal of Race, Gender & Social Justice*. 2014. Vol. 3. No 2. P. 211–216.
- Wong M. *United States v. Camou*: Warrantless Cell Phone Searches after *Riley v. California* // *Legal Issues Journal*. 2015. Vol. 3. No 2. P. 117–135.
-

Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure



Irina I. Nagornaya

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitkaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irnag@yandex.ru



Abstract

The paper studies the legality of warrantless cell phone search incident to a lawful arrest in the US criminal procedure. The author emphasizes the value of this experience to solve the problems arising in the Russian criminal procedure, because, as experts point out, Russian legislator doesn't take into account particular qualities of evidences obtained from electronic sources. The author analyzes the attitude of the US Supreme Court formulated on the basis of the Fourth Amendment to the US Constitution prohibiting unreasonable searches in relation to a search incident to a lawful arrest. The Court differentiated search of the arrested person and the objects in the zone of his immediate control and highlighted the possible targets of search — to secure police officers and to prevent the destruction of evidence. Next, the author studies the positions of lower courts which addressed this issue in various ways — from unlimited phone searches without a warrant to a total ban of such searches in the absence of the exigent circumstances. Then, the author analyzes the doctrinal positions about the restriction of warrantless cell phone search incident to a lawful arrest: internet-based test; functional test; open application test; limiting the number of operations committed by police officers. The criticism of these approaches is presented. The author studies the main arguments of the US Supreme Court, which in 2014 in cases *Riley v. California* and *United States v. Wurie* declared unconstitutional the search of a cell phone without obtaining a warrant, even if it is incident to a lawful arrest. The opinion concurring in part is presented by Judge Alito, who, in particular, pointed out that the legislator should draw reasonable distinctions regarding when and what information within a phone can be searched

incident to arrest without obtaining a warrant. Finally, the author studies the problems that are not still resolved by US Supreme Court. The most important of them is the applicability of these rules to tablets and other similar devices.



Keywords

search; warrant; cell phone; search incident to a lawful arrest; criminal procedure; US Supreme Court.

Citation: Nagornaya I.I. (2016) Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 148–158 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.148.158



References

Beutler S. (2013) The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. Vol. 15, no 2, pp. 375–405.

Brown P. (2014) Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward. *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 27, no 2, pp. 563–586.

Downey T. E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. (1974) Case Comment, United States v. Robinson. *Cleveland State Law Review*. Vol. 23, pp. 135–150.

Iaquinta J. (2014) Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future. *Touro Law Review*. Vol. 30, no 4, pp. 1071–1100.

Little R.K. (2014) Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, IV + 41 p.

Logan W.A. (2000) An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest. *Yale Law & Policy Review*. Vol. 19, no 2, pp. 381–441.

Makhov V.N., Peshkov M.A. (1998) *Ugolovnyy protsess SShA (dosudebnye stadii)* [US Criminal Process (Prejudicial Stage)]. Moscow: Intel-Sintez, 208 p. (in Russian)

Maklakov V.V. (ed.) (2000) *Konstitutsii zarubezhnyy gosudarstv* [Constitutions of Foreign States]. Moscow: BEK, 592 p. (in Russian)

Mayer M., Neumeyer C. (2011) No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee. *AELE Monthly Law Journal*, no 3, pp. 401–406.

Moore J., Langton J., Pochron J. (2014) The Cost of Privacy: Riley v. California's Impact on Cell Phone Searches. *Journal of Digital Forensics, Security and Law*. Vol. 9, no 3, pp. 7–18.

O'Connor E. (2014) The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in United States v. Wurie. *Boston College Law Review*, Vol. 55, No 6, pp. 59–73.

Okonenko R.I. (2016) «Elektronnye dokazatel'stva» i problemy obespecheniya prav grazhdan na zashchitu tayny lichnoy zhizni v ugovnom protsesse: sravnitel'nyy analiz zakonodatel'stva Soedinennykh Shtatov Ameriki i Rossiyskoy Federatsii: (dis. ... kand. yurid. nauk) [Electronic Evidence and Issues of Securing Privacy in Criminal Process: Comparative Analysis. [Candidate of legal sciences dissertation]]. Moscow, 158 p.

Peshkov M.A. (1998) *Arest i obysk v ugovnom protsesse SShA: avto-ref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Arrest and search in US Criminal Process (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 36 p.

Ray J. (2014) Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones. *Tennessee Journal of Race, Gender & Social Justice*. Vol. 3, no 2, pp. 211–216.

Wong M. (2015) United States v. Camou: Warrantless Cell Phone Searches after Riley v. California. *Legal Issues Journal*. Vol. 3, no 2, pp. 117–135.

Порядок расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах



Е.С. Батусова

старший преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ebatusova@hse.ru, batusovs@gmail.com



Аннотация

Глобализационные процессы в экономике оказывают влияние на правовое регулирование труда, так как одними из основных затрат бизнеса являются затраты, связанные с работниками: заработная плата, иные денежные выплаты и др. Кроме того, инвесторов привлекает возможность быстрого реагирования на изменяющееся положение на рынке, что выражается, в частности, в возможности уволить тех работников, которые не нужны для развития предприятия. На текущем этапе экономического развития для законодателя возникла потребность сохранить привлекательность национально-трудового права для работодателей и одновременно усилить защиту трудовых прав работника, в частности, при расторжении трудового договора при отсутствии его вины. Законодатели зарубежных стран по-разному решают этот вопрос, имея целью правового регулирования труда соблюдение баланса интересов работодателя и работника. Средства обеспечения такого баланса зависят, в частности, от специфики правового регулирования в каждой конкретной стране. Критериями сравнения являются требования к форме предупреждения о прекращении трудового договора, критерии установления срока предупреждения, наличие или отсутствие уведомления государственного органа, представительного органа работников, необходимость согласования с государственным органом увольнения отдельных категорий работников. В статье рассмотрены основные положения порядка расторжения трудового договора в Австрии, Великобритании, Германии, Испании, Канаде, Румынии, Франции, Швейцарии. Правовому регулированию расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах присущи общие черты: право работодателя уволить работника по основаниям, предусмотренным в законодательстве, с соблюдением определенного порядка; отсутствие дисциплинарного проступка как основания дисциплинарной ответственности, в рамках которой к работнику может быть применен работодателем такой вид дисциплинарного взыскания, как увольнение; наличие предупреждения об увольнении. Анализ правового регулирования расторжения трудового договора позволяет выделить три модели: страны с превалярованием гибкости регулирования над жесткостью, страны с доминированием жесткости регулирования над гибкостью, страны со смешанным подходом.



Ключевые слова

трудовой договор, расторжение трудового договора, предупреждение об увольнении, работник, работодатель, гарантии.

Библиографическое описание: Батусова Е.С. Порядок расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 159–171.

В современных условиях в ряде зарубежных стран возникло противоречие между гибкостью правового регулирования трудовых отношений и необходимостью усиления защиты трудовых прав работника в процессе расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника. Сущность этой проблемы состоит в том, что, с одной стороны, в законодательство внедряется концепция гибкости правового регулирования трудовых отношений в форме устранения гарантий защищенности работника в процессе расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника, а, с другой стороны, под воздействием профессиональных союзов в нормативные правовые акты включаются гарантии защиты трудовых прав, которых не было ранее и которые существенно ограничивают власть работодателя в этой сфере. Не случайно А.М. Куренной считает, что основой современной стратегии занятости в странах Европейского Союза является политика, направленная на усиление гибкости рынка труда, гибкости организации работы и трудовых отношений, с одной стороны, и гарантии занятости и доходов — с другой¹. Подобный опыт представляет интерес для России. Н.Л. Лютов полагает, что именно увеличение жесткости в правовом регулировании труда, снижение избыточной гибкости правового регулирования труда позитивно повлияет на реформирование российской экономики². Т.Я. Хабриева, наоборот, указывает, что необходимо внедрение более гибких инструментов регулирования трудовых отношений по примеру многих развитых стран³.

Представляется, что зарубежный законодатель пытается найти оптимальный баланс между интересами работников и работодателей, понимая, что акцент только на гибкость или жесткость (наличие максимальных гарантий защиты трудовых прав работника, закрепленных в нормах императивного характера) в расторжении трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника вряд ли является эффективным в современных условиях. Несомненно, требуется нахождение достаточной пропорции между гибкостью расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника и гарантиями его трудовых прав в процессе этого расторжения. Зарубежные исследователи Б. Крейтон и А. Стюарт справедливо полагают, что вопрос прекращения трудового договора и его последствий является одним из самых важных, который наука трудового права не может не исследовать⁴.

Важно и то, что правовое регулирование расторжения трудового договора по инициативе работодателя в зарубежных странах вряд ли можно свести исключительно только к максимальной гибкости, где гарантии прав работника минимальны, или к минимальной гибкости, когда государство предусматривает только многочисленные гарантии защиты прав работников в ущерб интересам работодателя. В настоящее время происходит процесс взаимопроникновения и взаимовлияния этих двух подходов на новом уровне с точки зрения необходимости противодействия последствиям мирового экономического кризиса. Утверждать лишь о гибкости в расторжении трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника либо о существенном ограничении в этих сферах вряд ли будет оправдано, так как сформировалась новая

¹ Куренной А.М. Социальное государство и социальное партнерство: как соединить усилия? // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 4. С. 3–7.

² Лютов Н.Л. Социальные и трудовые отношения в условиях экономического кризиса: соблюдение баланса интересов // Журнал российского права. 2016. № 1. С. 30–38.

³ Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8. С. 5–15.

⁴ Creighton B., Stewart A. Labour Law, Sydney, 2005. P. 413.

форма правового регулирования, которая представляет собой конгломерат гибкости и жесткости в расторжении трудового договора в данной сфере.

Естественно, что пропорция элементов гибкости и жесткости в рассматриваемом порядке расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника не является постоянной: она зависит от специфики национального трудового права каждой страны. В некоторых случаях гарантии защиты трудовых прав работника преобладают над гибкостью регулирования, в других случаях — наоборот. Вместе с тем, правовое регулирование расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника в зарубежных странах имеет и ряд общих черт.

1. Право работодателя уволить работника по основаниям, предусмотренным законодательством, с соблюдением определенного порядка.

2. Отсутствие дисциплинарного проступка как основания дисциплинарной ответственности, в рамках которой к работнику может быть применен такой вид дисциплинарного взыскания, как увольнение.

3. Наличие предупреждения об увольнении.

В подходах к правовому регулированию расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника с точки зрения соотношения элементов гибкости и жесткости можно выделить три модели.

Приоритет жесткости над гибкостью характерен, в основном, для законодательства Германии и Австрии (*первая модель*). Это касается, прежде всего, наличия таких гарантий как информирование государственного органа и представительного органа работников в процессе увольнения специальных субъектов трудового права (беременных женщин и инвалидов (Германия), служащих (Австрия)).

Нормативные правовые акты Швейцарии, Франции, Великобритании, Канады не предусматривают подобных гарантий для специальных субъектов в процессе расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника, что позволяет утверждать о том, что гибкое регулирование превалирует над жесткостью в этих государствах (*вторая модель*).

Следует отметить, что для этих двух моделей характерно наличие законодательного закрепления письменного предупреждения о расторжении трудового договора, срок которого зависит от продолжительности работы у работодателя. Естественно, срок варьируется от страны к стране, что очень существенно. По нашему мнению, наличие этого предупреждения — одна из форм жесткости правового регулирования, одна из гарантий защиты трудовых прав работников при расторжении трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника. Мы согласны с позицией И.Я. Киселева, который рассматривал увольнение без предупреждения как форму дисциплинарного наказания работника за грубое нарушение трудовых обязанностей⁵.

Особое положение занимают законодательные акты таких стран, как Румыния и Испания, которые, в отличие от немецких и австрийских законов, не содержат полного объема гарантий в порядке расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника. Вместе с тем, законы этих стран предусматривают ряд гарантий, которые отсутствуют в законодательстве Франции и Швейцарии. Кроме того, в нормативных правовых актах этих стран нет норм о взаимосвязи срока предупреждения об увольнении и трудового стажа у конкретного работодателя, что можно также рассмотреть в качестве их специфической черты. Эти обстоятельства позволя-

⁵ См.: Киселев И.Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М.: Эксмо, 2005. С. 357.

ют сделать вывод, что законодательство Испании и Румынии можно отнести к третьей (*смешанной*) модели правового регулирования расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника: менее гибкой, чем в Швейцарии и Франции, и менее жесткой, чем в Германии и Австрии.

Рассмотрим законодательство этих стран более подробно.

Немецкое законодательство предусматривает ряд гарантий защиты трудовых прав работников в процессе расторжения трудового договора, а именно: наличие предупреждения об увольнении работника в письменной форме, установление срока предупреждения в зависимости от продолжительности работы у данного работодателя; уведомление государственного органа и представительного органа работников; необходимость согласования с государственным органом увольнения отдельных категорий работников; учет мотивированного мнения представительного органа работников. В ФРГ любое увольнение, как обычное (с предупреждением), так и чрезвычайное (без предупреждения), должно быть обоснованным⁶. Не случайно немецкие ученые и практики отмечают, что работодатель не обладает максимальной свободой в расторжении трудового договора с работником, так как Закон о защите от увольнений ограничивает это его право⁷.

Важной гарантией защиты трудовых прав работника является и то, что в Гражданском уложении Германии (далее — ГГУ) (ст. 623) установлено: электронная форма предупреждения об увольнении запрещена, разрешено оформление предупреждения о прекращении трудового договора только в письменной форме⁸.

Срок, за который необходимо предупредить работника об увольнении варьируется от одного до семи месяцев и зависит от стажа работы у работодателя. Например, если работник проработал от 10 до 19 лет, срок предупреждения должен составлять четыре месяца. Это положение закреплено в ст. 622 ГГУ. При увольнении в течение срока испытания период предупреждения самый короткий — две недели.

Выплаты работнику за отсутствие предупреждения об увольнении законодательно не закреплены. Также не предусмотрено уведомление государственных органов, исключение составляют лишь увольнение беременных женщин; лиц, находящихся в отпуске по уходу за ребенком, и работников-инвалидов. Для данных категорий работников закреплено обязательное получение согласия государственных органов на увольнение.

Одна из важных гарантий — необходимость уведомления работодателем представительного органа работников об увольнении. Порядок расторжения трудового договора включает в себя такое уведомление в случаях, закрепленных в законе. Представительный орган работников может высказать неодобрение действий работодателя, однако это не лишает его возможности уволить работника. В случаях, если представительный орган работников возражает и если работник оспаривает действия работодателя в трудовом суде, работник будет иметь право на продолжение работы в этот период⁹.

⁶ Киселев И.Я. Трудовой договор: вопросы регулирования найма и увольнения. М: Министерство труда и социального развития, 1997. С. 49.

⁷ См.: Wandler M., Tremml B., Buecker B.J. Key Aspects of German Business Law: A Practical Manual. N.Y., 2013. P. 73.

⁸ Bürgerliches Gesetzbuch 18.08.1896 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S.738) [Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002, das durch Artikel 4 Absatz 5 des Gesetzes vom 1. Oktober 2013 (BGBl. I S. 3719) geändert worden ist.] Stand 2002 [Электронный ресурс] // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html> (дата обращения: 24.06.2015).

⁹ §102 Die Übersetzung berücksichtigt die Änderung(en) des Gesetzes durch Artikel 9 des Gesetzes vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2424).

Немецкие ученые отмечают, что работодатель зачастую не обращает внимания на социальные последствия своих действий¹⁰.

Помимо Германии достаточно жесткое регулирование в вопросе расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника имеет Австрия. Отличительной чертой трудового права Австрии является рассмотрение прекращения трудового правоотношения, а не трудового договора¹¹. В законодательстве отсутствуют какие-либо требования к форме предупреждения работника о расторжении с ним трудового договора. Одностороннее расторжение трудового правоотношения по инициативе работодателя с соблюдением порядка предупреждения не обязательно должно быть обосновано¹².

Период предупреждения об увольнении зависит от уровня квалификации работника, стажа его работы у работодателя и системы оплаты труда. Эти вопросы урегулированы в Общем гражданском уложении¹³, Законе о служащих¹⁴, Положении о занятии промыслом (Промышленный кодекс)¹⁵. Например, если работник проработал у работодателя от 5 до 19 лет и является служащим, то срок предупреждения составляет три месяца¹⁶; если он рабочий — две недели¹⁷; если используется поденная оплата труда или сдельная оплата — один день¹⁸. Таким образом, низкоквалифицированные работники («голубые воротнички») защищены в меньшей степени, чем высококвалифицированные («белые воротнички»). Можно сделать вывод о наименьших затратах по времени предупреждения работников, работающих на основе сдельной или поденной системы оплаты, вне зависимости от их стажа и квалификации. Это является преимуществом для работодателя при выборе системы оплаты труда с учетом и временного фактора при увольнении. Минимальный срок предупреждения работника, работающего три месяца — 14 дней, исключая случаи сдельной или поденной оплаты труда¹⁹.

Д. Фейхтингер и Б. Клингер обращают внимание, что работник обязан работать по последний день периода предупреждения, однако работодатель может освободить работника от работы, при этом продолжая выполнять свои обязанности по оплате в соответствии с условиями трудового договора²⁰.

Условие о замене предупреждения о прекращении трудового договора на денежные выплаты в законодательстве отсутствует. Современная судебная практика складывается

¹⁰ *Waas B. Employee Representation at the Enterprise in Germany. P. 24 // URL: http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.11_germany.pdf (дата обращения: 24.06.2016).*

¹¹ *Васильева В.И. Особенности прекращения трудового договора по законодательству Австрии и Франции // Юрист. 2006. № 3. С. 39–42.*

¹² Там же.

¹³ *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr. 946/1811, BGBl. I Nr. 43/2016.*

¹⁴ *Angestelltengesetz (AngG), BGBl. Nr. 292/1921.*

¹⁵ *Gewerbeordnung (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, BGBl. I Nr. 50/2016.*

¹⁶ *Sec. 20 (2) Angestelltengesetz — Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz). StF: BGBl. Nr. 292/1921 (NR: GP I 19, 50 AB 322 S. 36). Zuletzt geändert durch: BGBl. I Nr. 152/2015 (NR: GP XXV RV 903 AB 948 S. 109. BR: AB 9513 S. 849).*

¹⁷ *Sec. 77 Commerce Regulations.*

¹⁸ *Sec. 1159 and 1159b Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.*

¹⁹ *1159-1159b Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811 (ABGB). StF: JGS Nr. 946/1811, BGBl. I Nr. 43/2016 (NR: GP XXV RV 1109 AB 1123 S. 130. BR: 9586 AB 9593 S. 854) [CELEX-Nr.: 32014L0056].*

²⁰ *J. Feichtinger, B. Klinger. Austria. Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati. Getting the Deal Through — Labour & Employment, 2007. P. 32.*

ся таким образом, что когда обязательный срок предупреждения об увольнении не соблюдается, увольнение рассматривается как необоснованное преждевременное увольнение, и работник имеет право на получение денежной суммы в размере заработной платы, которую бы он получил, если срок предупреждения был бы соблюден. Увольнение служащих должно сопровождаться уведомлением представительного органа работников в соответствии с установленными сроками консультаций²¹.

Обратимся к рассмотрению законодательства второй группы стран, для которых характерен процесс дерегулирования расторжения трудового договора с работником по инициативе работодателя при отсутствии его вины — Швейцария и Франция.

По сравнению с трудовым законодательством других стран трудовое право Швейцарии выгодно для инвесторов. Предприятия могут относительно легко как принимать работников на работу, так и увольнять их²². Следует отметить, что форма предупреждения о прекращении трудовых отношений в Швейцарии не урегулирована на законодательном уровне. Однако в соответствии со ст. 335(2) Швейцарского обязательственного закона (далее — ШОЗ), сторона, являющаяся инициатором расторжения трудового договора, должна указать причину прекращения договора в письменной форме, если другая сторона обратилась с запросом по этому поводу²³. Статья 337 ШОЗ закрепляет необходимость предупреждения о причине прекращения трудового договора без дополнительного периода отработки²⁴.

В процессе решения вопроса установления срока, за который необходимо предупредить работников, требуется также учитывать, что минимальный срок предупреждения, установленный законом, — один месяц при стаже работы у работодателя менее одного года. В свою очередь, в соответствии со ст. 335с ШОЗ срок предупреждения работников, имеющих стаж от 2 до 10 лет, — два месяца, свыше 10 лет — три месяца. В индивидуальном трудовом договоре, типовом трудовом договоре, коллективном договоре могут закрепляться другие сроки — менее одного месяца, кроме случаев, когда стаж работника не превышает одного года.

При работе на условиях срочного трудового договора продолжительностью до 10 лет какого-либо предупреждения о прекращении трудового договора не требуется. Однако если срок договора составляет более 10 лет, то период предупреждения — 6 месяцев — заканчивается в последний день месяца²⁵. Таким образом, при стаже работы работников по срочному трудовому договору более 10 лет в случае его прекращения срок предупреждения на месяц больше, чем для работающих по договору на неопределенный срок. Следовательно, уровень защиты таких работников выше, на них распространяется более льготный порядок прекращения трудового договора. К. Герсбах обращает внимание, что срочные трудовые договоры работодатели заключают с целью избежать

²¹ 105 (2) Bundesgesetz 1973 betreffend die Arbeitsverfassung (Arbeitsverfassungsgesetz — ArbVG). StF: BGBl. Nr. 22/1974 (NR: GPXIII RV 840 AB 993 S. 94. BR: S. 327).

²² Склярова Д.В., Литская Е.И. Трудовое законодательство Швейцарии//Трудовое право в России и за рубежом. 2013. № 2. С.45–50.

²³ Art. 335(2) Loi fédérale complétant le code civil suisse — Livre cinquième: Droit des obligations du 30 mars 1911 (Etat le 28 mai 2013) // URL: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201507010000/220.pdf> (дата обращения: 24.06.2015).

²⁴ Art. 337. Loi fédérale complétant le code civil suisse — Livre cinquième: Droit des obligations du 30 mars 1911 (Etat le 28 mai 2013).

²⁵ Art. 334(1), 334(2) Loi fédérale complétant le code civil Suisse — Livre cinquième: Droit des obligations du 30 mars 1911 (Etat le 28 mai 2013).

длительного периода предупреждения об увольнении работников по трудовым договорам на неопределенный срок, который закреплен законодательно²⁶. Таким образом, работодателю невыгодно заключать срочный трудовой договор на длительный срок.

Замена срока предупреждения денежной выплатой законодательно не предусмотрена. Также отсутствует необходимость уведомлять или согласовывать решение работодателя с государственным органом или представительным органом работников. К. Лукассен, С. Шутер, М. Шуль, М. Ванг считают, что в Швейцарии по сравнению с другими европейскими странами существующее правовое регулирование рынка труда является максимально либеральным, устанавливая на государственном уровне только несколько норм о содержании трудового договора и его прекращении²⁷.

Проанализируем правовое регулирование расторжения трудового договора во Франции.

Нормы о прекращении трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника закреплены в Трудовом кодексе Франции. Форма предупреждения — письменная, однако, предусматривается и устное информирование до письменного предупреждения²⁸. Законодательство Франции закрепляет возможность денежных выплат работнику при отказе от срока предупреждения²⁹. Это налагает на работодателя обязательство по выплате определенных денежных сумм, однако, вместе с тем, это позволяет проводить более гибкую кадровую политику на предприятии.

Период предупреждения для работников, чей стаж у работодателя — от двух до пяти лет, — составляет два месяца. Это вдвое длиннее, чем в Германии для рассматриваемой категории работников. Однако для работников, работавших у работодателя от 10 до 20 лет, во Франции срок предупреждения вдвое короче и составляет два месяца. Это же срок распространяется и на работающих свыше 20 лет, тогда как в Германии срок составляет семь месяцев. Таким образом, законодательство Франции по сравнению с законодательством Германии более гибко подходит к прекращению трудового договора с работниками, проработавшими более 20 лет, однако лучше защищает работников, имеющих стаж от двух до пяти лет. В случае форс-мажорных обстоятельств правило об обязательном предупреждении не действует³⁰.

В нормативных актах Франции отсутствует такая гарантия, как уведомление государственного и представительного органов работников. Этому права лишены и специальные категории работников. Таким образом, законодательство Франции в данном отношении более либеральное, чем законодательство Германии.

Во вторую группу стран с либеральным регулированием входит и Великобритания. Форма предупреждения о прекращении трудового договора в Великобритании законодательно не определена. Закон о трудовых правах предусматривает только письменную форму сообщения причины увольнения в случае запроса работника³¹. Период предупреждения о прекращении трудового договора зависит от стажа работника у работодателя. Например, специальный период предупреждения отсутствует при стаже работы

²⁶ См.: Swiss employment Law. CMS von Erlach Henrici, Zurich, 2012. P. 12.

²⁷ K. Lucassen, S. Sluter, M. Shul, M. Wang. Corporate Law. Employment Law in Switzerland // Journal of the International Institute for Law and Medicine. Editor Dennis Campbell. P. 172.

²⁸ Art. 1232 Code du travail.

²⁹ Art. 1234-5 Code du travail.

³⁰ Art. L 1234-12 Code du travail.

³¹ Sec. 92 Employment Rights Act, 1996.

менее одного месяца. Отметим, что срок предупреждения о прекращении трудового договора при стаже от полугода до двух лет в четыре раза короче, чем во Франции и Германии, и составляет одну неделю. Кроме того, если работник работает у работодателя от двух до четырех лет, то срок предупреждения об увольнении в два раза короче, чем в Германии, и в четыре, чем во Франции. Однако при увеличении стажа работы срок предупреждения в Великобритании значительно короче, чем во Франции и Германии. Таким образом, можно сделать вывод о более простом для работодателя с точки зрения сроков предупреждения порядке прекращения трудового договора.

Одним из вопросов прекращения трудового договора является вопрос течения срока предупреждения об увольнении. От определения первого дня начала срока предупреждения об увольнении зависит и последний день работы работника, т.е. день, когда срок предупреждения истекает. Это важно в случае обжалования работником своего увольнения — он должен обратиться в суд по трудовым спорам в течение трех месяцев после увольнения³². Если работник неверно рассчитал этот срок, то он лишается своего права подать такой иск. В частности, это было предметом рассмотрения в деле *Ванг против Кильского университета*³³. Ситуация, когда предупреждение об увольнении получено в конце дня, порождает вопрос, является ли этот день первым днем начала срока предупреждения и, соответственно, когда он истекает. В рассматриваемом случае предупреждение об увольнении было отправлено по электронной почте после четырех часов дня и прочитано работником вечером этого дня. Соответственно, работник рассматривал в качестве первого дня предупреждения день, следующий за днем его получения, и на этой основе рассчитывал трехмесячный срок для обращения в суд. Первая инстанция признала такое начало срока ошибочным, а срок для подачи обращения в суд — истекшим. Апелляционный суд решил, что вне зависимости от формы предупреждения (устной или письменной) первый день срока является днем, следующим за днем получения предупреждения, если сторонами трудового отношения в трудовом договоре не оговорено, что срок начинает течь в день получения работником предупреждения об увольнении.³⁴

В Великобритании отсутствует и законодательное требование замены предупреждения на выплату денежной компенсации. Вместе с тем, на уровне индивидуального регулирования возможно закрепление такого условия, и это не будет противоречить действующему законодательству. Максимально либеральный порядок увольнения работников является одним из факторов привлекательности этой страны для иностранных работодателей. В нормативных актах Великобритании отсутствует также такая гарантия, как уведомление государственного и представительного органов работников.

Обратимся к рассмотрению порядка расторжения трудового договора в Канаде. В этой стране существует два уровня законодательства: федеральное и законодательство провинций. Федеральное законодательство закрепляет основы правового регулирования. В Трудовом кодексе Канады в ст. 230(1)(а) закреплена обязательная письменная форма предупреждения об увольнении³⁵.

³² Sec. 111 (2)(a) Employment Rights Act 1996.

³³ Wang v University of Keele [2010] UKEAT/0223/10/CEA.

³⁴ Wang v University of Keele UKEAT/0223/10/CEA [Электронный ресурс] // URL:<http://www.employmentcasesupdate.co.uk/site.aspx?i=ed8237> (дата обращения: 30.07.2016).

³⁵ 230(1) (a) Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2, Act current to 21-06-2016 [Электронный ресурс] // URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/L-2.pdf> (дата обращения: 24.06.2016).

Замена предупреждения о расторжении денежной компенсацией по общему правилу не допускается, кроме одного исключения: работника, проработавшего три полных месяца без перерыва, могут либо уведомить в срок за две недели до даты расторжения трудового договора, либо выплатить ему денежную компенсацию в размере двухнедельного заработка и уволить без предупреждения³⁶. Срок предупреждения о расторжении трудовых отношений по общему правилу — две недели. Порядок расторжения не требует уведомления органов государственной власти. В отдельных случаях требуется уведомление представительного органа работников. В случае, если в коллективном договоре закреплено условие, что работник, рабочее место которого подлежит сокращению, переводится на другое рабочее место, занятое работником с более низкой квалификацией, то работодатель обязан в письменной форме за две недели до увольнения уведомить о прекращении трудового договора с менее квалифицированным работником не только его, но и представительный орган работников. Также работодатель должен разместить копию уведомления в общедоступном месте на территории предприятия. Предупреждение за две недели увольняемого работника и уведомление профсоюза могут быть заменены выплатой работнику денежной суммы в размере двухнедельного заработка³⁷.

Верховный суд Канады выработал четыре фактора (возраст, стаж работы, характер труда, возможность быстро найти аналогичную работу), которые необходимо учитывать для расчета разумного периода предупреждения об увольнении³⁸. Например, суд провинции Онтарио, рассматривая дела об увольнении, изучает характер работы работника, в частности, в деле *Ди Томазо против Краун Метал Пакаджин Канада* указано, что, если работодатель пытается обосновывать короткий срок предупреждения для низкоквалифицированных работников тем фактом, что им легко найти другую работу, то это не является очевидным аргументом для определения срока, особенно в современном мире³⁹.

Трудовое законодательство провинций не должно противоречить федеральному. Например, в провинции Онтарио действует Закон о труде провинции Онтарио 2000 г. Он закрепляет обязанность предупреждения об увольнении работника, проработавшего более трех месяцев; увольнение возможно только по истечении срока предупреждения⁴⁰. Срок, за который необходимо предупредить об увольнении, зависит от стажа работы. При стаже работы менее года срок составляет не менее недели. За каждый последующий год до восьми лет добавляется еще неделя. Начиная с восьми лет стажа, срок предупреждения составляет не менее 8 недель⁴¹. В срок предупреждения включается время нахождения в отпуске и других периодов, которые непосредственно не связаны с осуществлением трудовой функции⁴².

Денежная выплата взамен предупреждения об увольнении или уменьшение срока предупреждения возможны, если работодатель выплатит сумму, эквивалентную полу-

³⁶ 230(1)(a) (b) Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2, Act current to 21-06-2016) [Электронный ресурс] // URL: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/L-2.pdf> (дата обращения: 24.06.2016).

³⁷ 230(2) Canada Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2, Act current to 21-06-2016).

³⁸ *Keays v Honda Canada Inc.*, 2008 SCC 39 at para.28 [Электронный ресурс] // URL: <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/5667/index.do> (дата обращения: 30.06.2016).

³⁹ *Di Tomaso v. Crown Metal Packaging Canada LP*, 2011 Carswell Ont 5356, 2011 ONCA 469, 2011 C.L.L.C. 210-038 [Электронный ресурс] // URL: <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2011/2011onca469/2011onca469.html>

⁴⁰ Art. 54 Employment Standards Act, 2000 [Электронный ресурс] // URL: <https://www.ontario.ca/laws/statute/00e41#BK110> (дата обращения: 24.06.2016).

⁴¹ Art. 57 Employment Standards Act, 2000.

⁴² Art. 59(1) Employment Standards Act, 2000.

ченной за период предупреждения заработной плате, и сохранит за лицом все преимущества, которыми он мог бы пользоваться, если бы получил предупреждение об увольнении и работал⁴³.

Обратимся к рассмотрению законодательства стран третьей группы.

В Румынии предупреждение об увольнении должно быть только в письменной форме. Такое требование закреплено законодательно в Трудовом кодексе. В статье 75 указывается, что период предупреждения об увольнении – 20 дней, если увольнение вызвано невозможностью продолжать работу вследствие физического или психического состояния, несоответствием занимаемой должности или выполняемой работе, сокращением штата по объективным причинам. Срок предупреждения не зависит от стажа работы у конкретного работодателя. Этот срок не распространяется на случаи увольнения за виновные действия и в период испытания⁴⁴. Законодательно не предусмотрена возможность денежной выплаты при досрочном расторжении трудового договора в период предупреждения. Вместе с тем, увольнение вследствие физической или психической невозможности продолжения работы, несоответствия занимаемой должности или выполняемой работе предполагает предложение работодателем других вакантных должностей. В случае отсутствия вакансии работодатель информирует государственный орган для обеспечения занятости такому лицу⁴⁵.

Рассмотрим правовое регулирование расторжения трудового договора в Испании. Законодатель закрепляет письменную форму при прекращении трудового договора (ст. 53(1) Статута трудящихся)⁴⁶. Работник должен быть предупрежден о прекращении трудового договора за 15 дней до последнего дня работы. Срок предупреждения не зависит от стажа работы. Необходимо отметить, что этот срок был сокращен вдвое в 2000 году, в частности, в случае прекращения трудового договора по экономическим причинам⁴⁷, что сделало более гибкой систему прекращения трудового договора по этому основанию. Подчеркнем, что в Испании возможна замена денежной компенсацией досрочного расторжения трудового договора. Размер этой компенсации равен сумме заработной платы за то количество дней, на которое был сокращен срок предупреждения о прекращении трудового договора.

На работодателя не возлагается обязанность уведомлять или получать согласие государственных органов, а также согласие представительного органа работников. Уведомление представительного органа работников предусмотрено только в случае, когда увольнение происходит вследствие организационных, экономических или производственных причин⁴⁸.

⁴³ Art. 61(1) Employment Standards Act, 2000.

⁴⁴ Labour Code (Law n° 53/2003 of 24 January 2003 as amended in March 2011, published in the Official Gazette No. 345).

⁴⁵ 64 Labour Code (Law n° 53/2003 of 24 January 2003 as amended in March 2011, published in the Official Gazette No. 345).

⁴⁶ Workers' Statute (Estatuto de los trabajadores) [ET], Royal Decree 1/1995, consolidated version, as last amended by Law 35/2010, Royal Decree Law 3/2012, Law 3/2012, Royal Decree law 16/2013, Law 22/2013.

⁴⁷ Art. 53(1)c) Workers' Statute (Estatuto de los trabajadores) [ET], Royal Decree 1/1995, consolidated version, as last amended by Law 35/2010, Royal Decree Law 3/2012, Law 3/2012, Royal Decree law 16/2013, Law 22/2013; Law Act 35/2010.

⁴⁸ 53 (1) 55 (1) Workers' Statute (Estatuto de los trabajadores) [ET], Royal Decree 1/1995, consolidated version, as last amended by Law 35/2010, Royal Decree Law 3/2012, Law 3/2012, Royal Decree law 16/2013, Law 22/2013.

Таким образом, в Испании правовое регулирование расторжения трудового договора обладает большей гибкостью, чем в Германии.

Анализ законодательства по вопросам расторжения трудового договора по инициативе работодателя при отсутствии вины работника позволяет сделать вывод, что порядок увольнения работников в отдельных зарубежных странах зависит от заинтересованности или незаинтересованности в привлечении работодателей в свою страну, учитывая глобализационные процессы в экономике. Оптимальный баланс между гибкостью и жесткостью правового регулирования в этой сфере зависит от тех целей, которые ставит перед собой государство на каждом конкретном этапе своего развития. Усложнение порядка увольнения работников приводит к защите работников, упрощение порядка стимулирует развитие бизнеса в новых отраслях экономики.



Библиография

- Васильева В.И. Особенности прекращения трудового договора по законодательству Австрии и Франции // Юрист. 2006. № 3. С. 39–42.
- Киселев И.Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М.: Эксмо, 2005. 608 с.
- Киселев И.Я. Трудовой договор: вопросы регулирования найма и увольнения. М: Министерство труда и социального развития, 1997. 102 с.
- Куренной А.М. Социальное государство и социальное партнерство: как соединить усилия? // *Трудовое право в России и за рубежом*. 2015. № 4. С. 3–7.
- Лютов Н.Л. Социальные и трудовые отношения в условиях экономического кризиса: соблюдение баланса интересов // *Журнал российского права*. 2016. № 1. С. 30–38.
- Склярова Д.В., Липская Е.И. Трудовое законодательство Швейцарии//*Трудовое право в России и за рубежом*. 2013. № 2. С. 45–50.
- Хабриева Т.Я. Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // *Журнал российского права*. 2014. № 8. С. 5–15.
- Blanpain R. Labour Law, Human Rights and Social Justice: Liber Amicorum in Honour of Prof. Dr. Ruth Ben Israel. Kluwer Law International, 2001. 300 p.
- Creighton B., Stewart A. Labour Law. Sydney: The Federation Press, 2005. 684 p.
- Feichtinger J., Klinger B. Austria. Getting the Deal Through — Labour & Employment. London: Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, 2007. 34 p.
- Lucassen K., Sluter S., Shul M., Wang M. Corporate Law. Employment Law in Switzerland // *Journal of the International Institute for Law and Medicine*. 2014. P. 165–173.
- Stephen Hardy. Labour Law in Great Britain. Wolters Kluwer, 2011. 340 p.
- Swiss employment Law. CMS von Erlach Henrici. Zurich: CMS, 2012. 24 p.
- Waas Bernd. Employee Representation at the Enterprise in Germany [Электронный ресурс] // URL: http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.11_germany.pdf (дата обращения: 24.06.2016).
- Wendler M., Tremml B., Buecker B.J. Key Aspects of German Business Law: A Practical Manual. Springer Science & Business Media, 2013. 334 p.

Procedural Requirements of Terminating Employees Contract by Employer without Employee's Fault in Foreign Countries



Ekaterina S. Batusova

Senior Lecturer, Department of Labor Law and Law of Social Security, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ebatusova@hse.ru, batusovs@gmail.com



Abstract

Globalization in the economy affects the legal regulation, in particular the legal regulation of labour as one of the main business costs are the costs associated with employees, in particular wages, salary, other payments. Besides, investors are attracted by the ability to respond quickly to the changing situation in the economy. It depends in particular on the possibility to dismiss those employees abundant for enterprise development. At the current stage of world economic development, lawmakers have faced the challenge to maintain the attractiveness of local labour law for employers and at the same time strengthen the protection of labour rights, in particular termination the employment contract without employee's fault. Foreign lawmakers solve this issue in different ways. The purpose of the legal regulation is balancing the interests of employer and employee. The means of ensuring that balance differ. In particular, it depends on the specific legal regulations in each country. The criteria for the comparison were as follows: the form of preventing the termination of the employment contract; criteria for determining the notice period; the presence or absence of state authority notice of the employees; the need for coordination dismissal of employees with the state body. The main provisions of the procedural requirements for individual dismissals in Austria, France, Germany, Spain, Canada, Romania, France, Switzerland were analyzed. The legal regulation of the termination of the employment contract by the employer without the employee's fault in foreign countries is characterized by the following common features: the right of an employer to dismiss an employee on the grounds stipulated by the legislation in compliance with a specific procedural requirements; the lack of a disciplinary offense as a reason to disciplinary action, under which an employer may take such kind of disciplinary action as dismissal; the presence of notice to the employee to be dismissed. The analysis of legal regulation of terminating the employment contract allows selecting three models: the country with prevailing regulatory flexibility over rigidity; countries with dominating regulatory rigidity over flexibility; the country with a mixed approach.



Keywords

employment contract, termination of employment contract, employee, employer, guarantees.

Citation: Batusova E.S. (2016) Procedural Requirements of Terminating Employees Contract by Employer without Employee Fault in Foreign Countries. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 159–171 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.159.171



References

- Blanpain R. (2001) *Labour Law, Human Rights and Social Justice: Liber Amicorum in Honour of Prof. Dr. Ruth Ben Israel*. Kluwer Law International. 300 p.
- Creighton B., Stewart A. (2005) *Labour Law*. Sydney: The Federation Press, 684 p.
- Feichtinger J., Klinger B. (2007) *Austria. Getting the Deal Through — Labour & Employment*. London: CerhaHempelSpiegelfeldHlawati, 34 p.
- Hardy S. (2011) *Labour Law in Great Britain*. Wolters Kluwer, 340 p.
- Khabrieva T.Ya. (2014) Osnovnye vektory i problemy razvitiya sotsial'nogo zakonodatel'stva [Vectors and Issues of development of Social Legislation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 5–15.
- Kiselev I.Ya. (2005) *Trudovoe pravo Rossii i zarubezhnykh stran. Mezhdunarodnye normy truda* [Labour Law in Russia and Abroad. International Labour Norms]. Moscow: Eksmo, 608 p. (in Russian)
- Kiselev I.Ya. (1997) *Trudovoy dogovor: voprosy regulirovaniya nayma i uvol'neniya* [Labour Contract: Regulating Recruitment and Dismissal]. Moscow: Ministerstvo truda i sotsial'nogo razvitiya, 102 p. (in Russian)
- Kurennoy A.M. (2015) *Sotsial'noe gosudarstvo i sotsial'noe partnerstvo: kak soedinit' usiliya?* [Social State and Social Partnership: Joining Forces]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 4, pp. 3–7.
- Lyutov N.L. 2016 *Sotsial'nye i trudovye otnosheniya v usloviyakh ekonomicheskogo krizisa: soblyudeniye balansa interesov* [Social and Labour Relations in Economic Crisis: Balance of Interests]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 1, pp. 30–38.

Lucassen K., Sluter S., Shul M., Wang M. (2014) Corporate Law. Employment Law in Switzerland. *Journal of the International Institute for Law and Medicine*, pp. 165–173.

Sklyarova D.V., Lipskaya E.I. (2013) Trudovoe zakonodatel'stvo Shveysarii [Swiss Employment Law]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 2, pp. 45–50.

Swiss Employment Law. CMS von Erlach Henrici. Zurich: CMS, 2012, 24 p.

Vasil'eva V.I. (2006) Osobennosti prekrashcheniya trudovogo dogovora po zakonodatel'stvu Avstrii i Frantsii [Terminating Employment Contract in Austria and France]. *Yurist*, no 3, pp. 39–42.

Waas B. *Employee Representation at the Enterprise in Germany*. Available at: http://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.11_germany.pdf (accessed 24 June 2016).

Wendler M., Tremml B., Buecker B.J. (2013) *Key Aspects of German Business Law: A Practical Manual*. Springer Science & Business Media, 334 p.

Включение Бухарского эмирата и Хивинского ханства в таможенную черту Российской империи (1895 г.)¹



Р.Ю. Почекаев

профессор, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 190008, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: ropot@mail.ru



Аннотация

В статье рассматривается процесс включения двух среднеазиатских протекторатов Российской империи — Бухарского эмирата и Хивинского ханства — в российскую таможенную черту в 1894–1895 гг. Выявляются причины принятия российскими имперскими властями такого решения. Подробно анализируется процесс разработки включения среднеазиатских ханств в таможенное пространство Российской империи, дискуссий представителей различных министерств, центральной и региональной (туркестанской) администрации, предварительных исследований и издания соответствующих нормативных актов. Особое внимание уделяется процедуре согласования принятого решения с эмиром Бухары и ханом Хивы, поскольку они юридически продолжали считаться правителями самостоятельных государств, и изданию ими соответствующих актов, подтверждающих вхождение в имперскую таможенную систему. Исследуются меры российских властей по реализации проекта таможенного объединения России, Бухары и Хивы (создание таможенных застав, формирование таможенной стражи и пр.), а также проблемы, с которыми они столкнулись, включая «внутреннюю таможенную черту» самих бухарцев и хивинцев, увеличение числа контрабандных товаров на рынках Бухары, Хивы и Русского Туркестана и т.п. Попытки решить эти проблемы оказывались неудачными вплоть до падения Российской империи — в силу неразработанности нормативной базы, регулирующей отношений империи с ее среднеазиатскими протекторатами. Оцениваются последствия включения Бухары и Хивы в российскую таможенную черту как для самой России и среднеазиатских ханств, так и для иностранных государств (Афганистана, Британской Индии, Ирана и др.). По мнению автора, интеграция Бухары и Хивы в таможенное пространство Российской империи является очередным проявлением стремления евразийских государств, народов и регионов к экономической интеграции, проявлявшейся в разные эпохи в этом историческом регионе в самых разных формах. Она может до некоторой степени считаться прообразом современного Таможенного союза, в связи с чем изучение исторического опыта экономической интеграции на евразийском пространстве является актуальным и необходимым.



Ключевые слова

Российская империя, таможенная черта, Бухарский эмират, Хивинское ханство, внешняя торговля, таможенные сборы, протекторат.

Библиографическое описание: Почекаев Р.В. Включение бухарского эмирата и Хивинского ханства в таможенную черту Российской империи (1895 г.) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 172–184.

JEL: K0; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.172.184

¹ Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта №14-03-00322.

Активизация интеграционных процессов на евразийском пространстве в наши дни — это следствие отнюдь не только процесса глобализации, активно проявляющегося в последние десятилетия во всем мире. Изучение истории Евразии убеждает, что различные страны и народы этого исторического региона стремились к объединению (в том числе и экономическому) начиная с эпохи Древности и Средневековья. Естественно, механизмы этого объединения зависели от условий того или иного исторического периода. Например, Чингис-хану и его потомкам для безопасности трансконтинентальной торговли, развития экономических связей между Западом и Востоком потребовались кровопролитные завоевания и принудительное распространение имперской системы управления и имперского права на покоренные народы. Российское государство в XV–XVII вв., стремясь к расширению экономических связей в Евразии, также добивалось своей цели путем завоевания соседних стран либо убеждая их добровольно признать подданство.

Однако ко второй половине XIX в. международная ситуация коренным образом изменилась, в первую очередь за счет роста заинтересованности ряда мировых держав в установлении политического и экономического контроля над различными регионами Евразии. В этих условиях столь эффективный способ, как прямое военное завоевание тех или иных территорий с целью вовлечения их в экономическое пространство государства-завоевателя, перестал действовать, и Российской империи понадобились новые варианты вовлечения соседних государств в общее «евразийское» экономическое пространство. Один из таких способов — создание единого таможенного пространства между Российской империей, Бухарским эмиратом и Хивинским ханством — подробно рассматривается в настоящей статье.

В 1868 г. Россия установила протекторат над Бухарой, а в 1873 г. — и над Хивой, что закрепили международные договоры: Гандемианский с Хивинским ханством 12 августа 1873 г. и Шаарский с Бухарским эмиратом 28 сентября 1873 г. Специфика этих договоров состояла в том, что большинство их статей всего лишь предоставляло Российской империи и ее подданным экономические льготы на территории обоих ханств². Фактический протекторат России над Бухарой и Хивой в силу международной ситуации (в особенности из-за напряженных отношений с Британской империей) не был закреплён никакими юридическими актами. В результате Россия не могла официально вмешиваться во внутреннюю политику Бухарского эмирата и Хивинского ханства даже для защиты прав и интересов своих торговцев, которые были предоставлены им Гандемианским и Шаарским договорами.

Причины нарушения экономических прав и интересов России в среднеазиатском регионе возникли задолго до установления российского протектората над Бухарой и Хивой — в самом начале XIX в. Изучая внешнеэкономическую политику Российской империи, исследователи разделяют ее на два периода: первый, длившийся до середины 1870-х гг., они характеризуют как «фритредерский», а второй, начиная с 1876 г. — уже как «протекционистский»³. Соответственно установление российского протектората и заключение упомянутых договоров с Бухарой и Хивой приходится на завершающий этап периода либерального отношения к иностранным торговцам и производителям, стремившимся осваивать российский рынок. Более того, «фритредерская» политика

² Несмотря на то, что правитель Бухары официально носил титул эмира, в российской историографии и даже в официальной документации Российской империи она нередко именовалась Бухарским ханством.

³ См., напр.: *Соболев М.Н.* Таможенная политика России во второй половине XIX века. Томск, 1911.

российских властей, проявлявшаяся в ее отношении к внешнеторговым отношениям в целом, усугублялась также и особым отношением к торговле со странами Центральной Азии. Реализация принципа «всемерного поощрения азиатской торговли всеми способами», озвученного российскими властями в начале XIX в., привела к тому, что азиатские торговцы нередко имели преимущества не только перед другими иностранцами, но и даже перед русскими. Так, например, после подписания в 1813 г. Гюлистанского мирного договора с Персией (после войны, завершившейся победой России) персидские товары стали облагаться 5%-ным налогом, тогда как в отношении товаров из Европы таможенные сборы доходили до 25%!⁴

Этот либерализм практиковался и в отношении торговцев из Центральной Азии, поскольку еще Петр I объявил установление и развитие торговых контактов с Бухарой, Хивой, Ташкентом, Восточным Туркестаном и Индией приоритетным направлением восточной политики России, и для торговцев из этих стран и регионов был установлен режим наибольшего благоприятствования. Это прямо отразилось на уровне развития таможенного дела на азиатских границах России: состояние таможен и таможенных застав на протяжении XVIII и практически всего XIX вв. было таким, что товары из Азии попадали в Россию едва ли не полностью беспошлинно. Во многом это объяснялось тем, что таможенные посты располагались по южным границам Оренбургского и Западно-Сибирского генерал-губернаторств, а южнее находились «внешние округа» казахов, которые, будучи русскими подданными еще с 1730-х гг., естественно, не облагались пошлинами при ввозе в русские пределы товаров (за исключением акциза на соль)⁵. Естественно, они широко пользовались льготами при ввозе в Россию товаров из Средней Азии и даже Британской Индии, на что уже во второй половине XIX в. обращали внимание властей российские предпринимательские круги⁶.

В 1867 г., после создания Туркестанского края, таможенная граница между русскими областями и казахскими округами была упразднена и передвинута на границы России с Бухарским эмиратом. Однако состояние таможенного дела при этом не улучшилось, и проблемы, ранее имевшие место из-за незаконного ввоза в Россию иностранных товаров казахами, продолжали существовать, только теперь подобный ввоз осуществляли бухарцы и хивинцы. Договоры 1873 г., заключенные с Бухарским эмиратом и Хивинским ханством и обеспечившие привилегированное положение русских торговцев в этих государствах, поначалу вызвали крайне резкую реакцию со стороны иностранных держав (в частности, Англии)⁷. Однако уже в конце 1880-х гг. сами англичане констатировали, что переход Бухары и Хивы под российских протекторат и даже постройка Среднеазиатской железной дороги (тоже сыгравшей значительную роль в усилении российского контроля над двумя среднеазиатскими ханствами) вовсе не привели к полному вытеснению английских товаров из региона⁸. Напротив, они продолжали успешно

⁴ Ремез И.А. Внешняя торговля Бухары до мировой войны. Опыт историко-статистического обзора внешней торговли ханства вне сферы таможенного объединения с Российской империей. Ташкент, 1922. С. 30.

⁵ Скальковский К. Внешняя политика России и положение иностранных держав. СПб., 1901. С. 475.

⁶ См.: Хрулев С. Проект устава Товарищества для развития торговли со Среднею Азиею. СПб., 1863. С. 25.

⁷ См., напр.: Curzon G.N. Russia in Central Asia in 1889 and the Anglo-Russian Question. London, 1889. P. 189–190.

⁸ Dobson G. Russia's railway advance into Central Asia: Notes of a journey from St. Petersburg to Samarkand. London, 1890. P. 373–374.

конкурировать с русскими товарами благодаря бухарцам и хивинцам, которые практически беспощинно провозили их в русские области, выдавая за товары местного происхождения⁹. При этом Россия не могла самостоятельно принять мер к решению этой проблемы, поскольку Гандеманский и Шаарский договоры не предусматривали механизмов вмешательства во внутренние дела Хивы и Бухары, в том числе и в экономическом отношении.

Еще в 1880-е гг. отдельные представители имперских властных кругов поднимали вопрос о расширении «таможенной черты», т.е. о выстраивании единой линии таможен, таможенных застав, постов и кордонов на протяжении всех азиатских границ России¹⁰. Для того, чтобы сделать эту черту более эффективной и одновременно менее протяженной, предлагалось включить в нее Хивинское ханство и Бухарский эмират. Однако только в 1891 г. министр финансов И.А. Вышнеградский сумел довести эту инициативу до императора Александра III: предлагалось включить Бухару и Хиву в единую таможенную линию на персидской и афганской границах, а затем постепенно сомкнуть эту линию с китайско-туркестанской¹¹. Получив предварительное одобрение императора, министр отправился в командировку в Среднюю Азию для выяснения ситуации на месте, после чего, вернувшись в Петербург, созвал межведомственное совещание для выработки проекта создания единой таможенной черты — по сути, таможенного союза России, Бухары и Хивы. Участниками совещания стали руководители Министерства финансов, Министерства иностранных дел, Военного министерства, администрации Туркестанского края и русский политический агент в Бухаре П.М. Лессар. Неудивительно, что среди представителей столь разных ведомств, каждое из которых по-своему понимало цели российской политики в Средней Азии, долгое время шли дискуссии о том, в какой форме должно происходить это объединение, и какие преимущества должна получить от него Россия, а какие — ханства Средней Азии.

Так, например, П.М. Лессар, прекрасно знакомый с политической ситуацией в регионе и уровнем экономического развития среднеазиатских ханств, считал, что при включении Бухары в таможенную черту необходимо установить более жесткий контроль российских властей за сбором налогов чиновниками эмира. Соответственно, часть налоговых поступлений можно будет направлять на нужды бухарских подданных (строительство общественных зданий, поддержание дорог и пр.), что отчасти компенсирует повышение цен на ввозимые иностранные товары за счет введения новых таможенных тарифов¹². Естественно, руководство МИДа не могло согласиться с таким предложением, поскольку усматривало в нем превышение условий Шаарского договора и прямое вмешательство в дела Бухарского эмирата (суверенного государства по условиям упомянутого договора).

Руководители Военного министерства придерживались более решительной позиции и призывали отказаться от соблюдения номинальной независимости Бухары и Хивы. По их мнению, следовало принять закон о создании единой таможенной черты и

⁹ Записка П.М. Лессара о внутреннем положении Бухарского ханства и его отношениях с Россией (1895 г.) / Подгот. публ. М.А. Чепелкина / Сборник Русского исторического общества. Т. 5 (153). М., 2002. С. 113–114. См. также: *Логофет Д.Н.* Бухарское ханство под русским протекторатом. Т. I. СПб., 1911. С. 282–283.

¹⁰ См.: *Ремез И.А.* Указ. соч. С. 30.

¹¹ См.: *Губаревич-Радобильский А.* Экономический очерк Бухары и Туниса. Опыт сравнительного исследования двух систем протектората. СПб., 1905. С. 165–166.

¹² См.: Там же. С. 167–168.

просто-напросто поставить об этом в известность эмира и хана. Сами монархи при этом ничего не потеряют, поскольку за ними сохранится право взимания закята (торгового налога) в прежнем размере 2,5% от стоимости товара. Что касается компенсации бухарскому и хивинскому населению расходов, связанных с повышением цен на ввозимые товары из-за повышения таможенных пошлин на них, то военные не считали ее необходимой: недостаток или высокая цена на иностранные товары будет компенсирована увеличением числа российских товаров, которые будут беспошлинно ввозиться в ханства, чему существенно поможет введение в действие Среднеазиатской железной дороги¹³.

Однако поскольку координацию работы совещания осуществляло руководство Минфина, радикальная точка зрения не была принята. В результате 7 августа 1892 г. императору были направлены предварительные итоги работы совещания, которые он одобрил. В январе 1893 г. бухарский эмир Абдул-Ахад (1885–1910) был приглашен в Петербург для переговоров о предстоящем включении Бухары в таможенную черту Российской империи.

Эти переговоры шли весьма сложно. Прежде всего ко времени визита эмира окончательный проект формирования единой таможенной линии так и не был согласован, деятели каждого ведомства, участвовавшего в совещании, в разговорах с эмиром излагали собственную точку зрения. Во-вторых, по настоянию МИДа переговоры со среднеазиатским монархом следовало проводить в наиболее «деликатной форме», принимая во внимание и его статус суверенного правителя, и положение «личного гостя императора»¹⁴. В результате общения с чиновниками у эмира сложилось мнение, что никакого проекта таможенного объединения пока не существует, и у него всего лишь спрашивают мнения и совета по этому поводу. Неудивительно, что он, будучи весьма консервативным по складу ума и воспитанию, занял резко негативную позицию в отношении предлагаемых преобразований¹⁵.

Лишь в 1894 г. совещанию удалось придти к единому мнению, и проект устройства «таможенной части в Средней Азии» был внесен на рассмотрение Госсовета, мнение которого было утверждено императором Николаем II 6 июня 1894 г. Согласно п. II этого акта, наряду с таможенными в Туркестанском крае открывались также таможни в Ашхабаде (центр Закаспийской области) (для контроля таможенного дела в Хивинском ханстве), непосредственно в Бухаре (для контроля таможенного дела в эмирате) (п. VI подчинял эту таможню начальнику Туркестанского таможенного округа) и в Келифе, а также ряд таможенных застав и постов. Пункт III оставлял министру финансов инициативу по открытию дополнительных таможенных пунктов вдоль пограничных рек — Пянджа и Амударьи¹⁶.

Фактически это был тот самый закон, на принятии которого настаивало на совещании Военное министерство. Однако объявить его бухарскому эмиру и хивинскому хану российские власти не могли, поскольку это стало бы открытым проявлением того, что Бухара и Хива рассматриваются не как вассалы, а как фактические части Российской империи. Это неизбежно вызвало бы обострение отношений с Великобританией, да и другими иностранными державами, имеющими интерес в Центральной Азии. Поэтому

¹³ Там же. С. 169.

¹⁴ Губаревич-Радобильский А. Указ. соч. С. 169.

¹⁵ Записка П.М. Лессара... С. 114.

¹⁶ Высочайше утвержденное мнение Госсовета об устройстве таможенной части в Средней Азии // Полное собрание законов Российской империи. Собрание III. Т. XIV. СПб., 1898. № 10774. С. 434–435.

начался новый этап переговоров с эмиром Абдул-Ахадом и с хивинским ханом Мухаммад-Рахимом II (1864–1910). На этот раз результат оказался более эффективным, чем во время приезда эмира в Петербург годом раньше.

Убедившись, что включение Бухары в таможенную черту — вопрос решенный, Абдул-Ахад отказался от прежней неуступчивой позиции и выразил намерение «всячески способствовать всеми силами введению в ханстве таможенного объединения»¹⁷. В результате между Российской империей и Бухарским эмиратом было заключено соглашение о включении Бухары в русскую таможенную черту. После принятия Утвержденного мнения Госсовета, 24 июля 1894 г. (5 сафара 1312 г. х.) эмир издал приказ всем региональным правителям-бекам «об оказании всевозможного дружеского содействия русским таможенным властям повсюду, где в пределах бухарских владений будет устроена таможня», о чем сразу же уведомил русского политического агента П.М. Лессара¹⁸. Аналогичным образом было заключено соглашение и с хивинским ханом Мухаммад-Рахимом II, который тогда же, в июле 1894 г. издал соответствующий манифест, в котором сообщал подданным о включении ханства в таможенную черту Российской империи.

Как видим, несмотря на фактический вассалитет Бухары и Хивы, российские власти весьма скрупулезно придерживались политической линии в отношении среднеазиатских ханств как независимых государств, и поэтому решение о включении их в таможенную систему России было не «навязано» местным правителям, а оформлено в виде соглашений с ними. Затем для реализации проекта таможенного объединения и эмир, и хан издали собственные нормативные акты, которыми вводили в действие на территории своих государств нормы Утвержденного положения Госсовета. Эти соглашения являлись результатом переговоров и взаимных уступок, а не только проявлением со стороны России признания номинальной независимости Бухары и Хивы.

После того, как нормативная база для таможенного объединения была создана, стороны приступили к его реализации. Несмотря на то, что новые таможенные структуры (с одновременным упразднением внутренних таможен между Российской империей, с одной стороны, и Бухарским эмиратом и Хивинском ханством — с другой) официально начали действовать с 1 января 1895 г., работа по их созданию началась заблаговременно.

Еще в 1893–1894 гг. на основании решений вышеупомянутого совещания в Санкт-Петербурге генерал-губернатор Туркестанского края А.В. Вревский совместно с Министерством финансов организовал экспедицию, которая осмотрела границы Бухарского эмирата и Хивинского ханства с целью выбора мест для будущих таможенных пунктов¹⁹.

Уже летом 1894 г. в российской прессе появились сообщения о переносе таможни из Самарканда в Новую Бухару и устройстве таможен в Асхабаде и Келифе. Мероприятия в рамках нового таможенного соглашения начались тогда же. В рамках Бухарского эмирата были созданы вышеупомянутые Бухарская и Келифская, а также Керкинская, Патта-Гиссарская таможни и сеть таможенных застав — Бассаргинская, Чушка-Гузарская, Айваджская, Сарайская, Чубекская и Богоракская. Таможенный контроль в Хивинском ханстве обеспечивались Асхабадская и Узун-Адинская таможни, а также Амударьинский таможенный пост²⁰. Ввозить товары отныне можно было только через таможенные

¹⁷ Жуковский С.В. Сношения России с Бухарой и Хивой за последнее трехсотлетие. Пг., 1915. С. 195.

¹⁸ Там же. С. 195–196.

¹⁹ Губаревич-Радобыльский А. Указ. соч. С. 169; Ремез И.А. Указ. соч. С. 35–36.

²⁰ См.: Логофет Д.Н. Указ. соч. С. 287; Бенцелевич Н.А. Водные пути Туркестана. СПб., 1914. С. 83; Ремез И.А. Указ. соч. С. 36.

посты с уплатой сборов и простановкой клейма («тамги») на упаковке товара. Одновременно в обоих ханствах были упразднены многочисленные переправы через Амударью, которые прежде служили источником дохода для ханской казны, поскольку с каждого переправлявшегося взимался сбор²¹.

Пункт II Утвержденного мнения Госсовета определял штат каждой таможни: она состояла из управляющего, двух членов (один из которых являлся казначеем), бухгалтера и выкладчика пошлин (он же — секретарь таможни), пахтаузного надзирателя и двух его помощников, также выполнявших функции переводчиков. Небольшой штат таможен должен был компенсироваться тем, что российская пограничная стража должна была оказывать содействие таможенникам (согласно п. IX Утвержденного мнения). Для этого не понадобилось создавать дополнительной инфраструктуры: еще в конце 1880-х гг. в пограничных регионах Бухарского эмирата стали создаваться русские поселения для размещения гарнизонов, обеспечивающих безопасность границ эмирата с Афганистаном и Британской Индией. Эти гарнизоны при необходимости могли содействовать таможенникам. Со своей стороны, таможенники в рамках своих прямых обязанностей выполняли также ряд функций по охране границ в целом²². В начале XX в. количество таможенных войск было доведено до двух конных бригад, и рассматривалась возможность привлечения к этой службе местных вольнонаемных «джигитов»²³.

Статус новых структур закреплялся в инструкции таможенным начальникам, утвержденной императором Николаем II в 1894 г. В соответствии с ней начальник таможни должен был контролировать ввоз товаров в пределы таможенной черты, препятствовать контрабанде и изымать незаконно ввезенные товары, препятствовать продаже запрещенными товарами (в частности, спиртное, табак и пр.), отмечать на пропускных билетах пункты, через которые надлежало следовать торговым караванам и судам и т.д. К инструкции прилагался список товаров, запрещенных для ввоза из азиатских стран (в первую очередь Афганистана), в Россию, Бухару и Хиву (опиум, наркотики и приборы для их курения, оружие и боеприпасы, водка, конфеты и сахарные сиропы, медная и серебряная российская и иностранная монета), а также запрещенных к вывозу (оружие и боеприпасы). Также устанавливался запрет на ввоз через азиатские таможни европейских промышленных товаров, составляющих конкуренцию русским аналогам. Вместе с тем устанавливался довольно обширный перечень товаров, которые не только можно было ввозить в пределы таможенной черты, но и ввозить беспошлинно (хлеб, зерно, мука, мясо и птица, свежее и кислое молоко, крупный рогатый скот, овцы, козы, лошади, верблюды и ослы, лес, дрова и древесный уголь). Считалось, что это товары первой необходимости и предназначаются для личного потребления, а не для перепродажи²⁴.

Естественно, самым важным вопросом стало установление новых таможенных тарифов. Поскольку целью включения Бухары и Хивы в таможенную черту являлось противодействие проникновению на среднеазиатские рынки товаров, конкурирующих с русскими, наиболее высокие тарифы были установлены на такие товары, как чай, индиго, кисея, которые в большом количестве ввозились в Бухару и Хиву из Британской Индии. Наиболее последовательно протекционистская политика России в рамках таможенного объединения проводилась в отношении чая. Так, на самый ходовой в Средней

²¹ Логофет Д.Н. Указ. соч. С. 292–293; Ремез И.А. Указ. соч. С. 36.

²² Скальковский К. Указ. соч. С. 476; Ремез И.А. Указ. соч. С. 38.

²³ Губаревич-Радобильский А. Указ. соч. С. 172, 173.

²⁴ Бенцелевич Н.А. Указ. соч. С. 85–88; Ремез И.А. Указ. соч. С. 30–31.

Азии зеленый чай была установлена весьма высокая пошлина 14,4 руб. с пуда²⁵. В результате в 1895 г. цена на зеленый чай поднялась с 40 до 50–55 руб. за пуд. Однако со временем российские власти сочли возможным снизить эту ставку в 1901 г. до 12 руб., в результате чего цена на чай стабилизировалась до 42–46 руб. за пуд, да и само количество потребляемого чая возросло в полтора раза²⁶.

Однако эффективность таможенной политики в новых условиях во многом снижалась из-за ряда проблем, связанных с ее реализацией. Одной из главных проблем стало то, что Утвержденное мнение Госсовета и соглашения с Бухарой и Хивой предусматривали создание на границах ханств русских таможен, но отнюдь не упразднение аналогичных институтов самих ханств. Кроме того, эмир и хан расширительно толковали право взимания торгового сбора «закят», сохранявшееся за ними по условиям соглашения. Этот налог, прямо предусмотренный шариатом, имел очень неопределенный объект обложения, что позволяло среднеазиатским правителям злоупотреблять правом его сбора. Европейские путешественники, посетившие Бухарский эмират в 1880-е гг., сообщали, что в Бухарском эмирате в 1870–1880-е гг. существовал ряд, по сути, таможенных постов (на границе, по Амударье, в Таш-Кургане и в предместьях самой Бухары), на которых эмирские чиновники взимали закят с ввозимых в эмират товаров и иного имущества²⁷. После включения в таможенную черту хан и эмир не собирались отказываться от существенного источника дохода. В результате наряду с российскими таможенными постами в тех же местностях функционировали и местные «закятчи», и один и тот же товар фактически облагался таможенным сбором дважды.

Эта проблема сохранялась и много лет спустя после таможенного объединения. В 1910 г. туркестанский генерал-губернатор П.И. Мищенко на особом совещании отметил существование, по сути, «внутренней таможни» в Бухаре, взимавшей сборы даже с российских товаров. Русский политический агент в Бухаре Я.Я. Лютш (Лютич) в ответ на это заявил о несомненной целесообразности отмены подобной практики, но обратил внимание, что для этого «нужны изменения трактатов», т.е. и договоров 1873 г., и соглашений 1894 г.²⁸. Тем самым он еще раз подчеркнул проблему неразработанности правовой базы для регулирования отношений Российской империи с ее протекторатами.

Неудивительно, что среднеазиатские правители и их чиновники чувствовали себя неуязвимыми в правовом отношении и активно пользовались неопределенностью правовой природы закята, проявляя порой неплохое владение юридической казуистикой. Уже в 1914 г. начальник Амударьинского отдела сделал запрос хивинскому хану Исфендиару (1910–1918) по поводу законности сборов его чиновниками с товаров в местности Таш-Сака, на переправе через Амударью, на что получил ответ, что они взимают не таможенный сбор, а законный торговый налог²⁹!

Другая проблема также имела прямую связь с тем, что далеко не все сферы отношений России со среднеазиатскими ханствами были урегулированы действовавшими документами. Так, когда Хивинское ханство вошло в таможенную черту, местная бур-

²⁵ Для сравнения: в европейской части России пошлина на чай составляла 31,5 руб. с пуда, см.: *Губаревич-Радобыльский А.* Указ. соч. С. 171–172. По всей видимости, размер сбора был согласован с российскими производителями чая, которые рекомендовали властям установить ее в размере 14,21 руб.

²⁶ *Губаревич-Радобыльский А.* Указ. соч. С. 172, 175.

²⁷ *Messurier A. le.* From London to Bokhara and Ride through Persia. London, 1889. P. 178.

²⁸ Центральный государственный архив Республики Узбекистан / Ф. И-2 «Канцелярия Русского политического агентства (Бухара)». Оп. 31, Д. 251/29. Ср.: *Логофет Д.Н.* Указ. соч. С. 290–291.

²⁹ См.: *Бенцелевич Н.А.* Указ. соч. С. 83–84.

жуазия заставила хана Мухамад-Рахима II поднять перед имперской администрацией вопрос о том, что подобные действия не предусматривались Гандеманским договором 1873 г. и, следовательно, пора пересмотреть его решения. Поскольку по вине России выросли цены на многие ввозимые в ханство товары, то в виде компенсации следует обложить налогами и сборами самих русских торговцев и производителей на территории ханства, от которых они были освобождены по условиям этого устаревшего договора! Только твердая позиция администрации Туркестанского края, пригрозившей ответными мерами в отношении хивинских торговцев в России, позволила сохранить российским предпринимателям в ханстве привилегированное положение.

Оставалась актуальной и проблема контрабанды, что послужило одной из причин включения ханств в российскую таможенную черту. Высокие пошлины на индийские товары, а также запрет на ввоз европейских товаров через Персию и Афганистан привели к росту незаконного ввоза этих товаров в пределы ханств и даже России. Была создана целая контрабандная сеть, которая поставляла через р. Атрек товары из Персии, имея склады в Хиве, Кунграде и Куны-Ургенче, откуда потом эти товары распространялись по всей Средней Азии. Как отмечал туркестанский чиновник и исследователь Д.Н. Логофет в 1911 г., даже к этому времени власти Туркестана не сумели организовать на границах Бухарского ханства полноценный таможенный кордон между постами Мерчак и Тепели (300 верст) и между Шаугоном и Хорогом (еще 300 верст)³⁰. Неудивительно, что контрабандисты пересекали границы не только поодиночке, но и крупными караванами, сопровождавшимися вооруженной охраной!

Во многом рост контрабанды был связан и с враждебным отношением бухарской и хивинской местной администрации и населения к русским твможенным учреждениям. В 1895 г. П.М. Лессар после таможенного объединения был полон радужных ожиданий, ссылаясь на позицию эмира и его указания подданным о содействии русским таможенникам. Однако уже его преемник на посту политического агента в Бухаре В.И. Игнатъев прямо писал в отчетах, что немногочисленные русские таможенники не могут рассчитывать на содействие бухарцев, которые видят в таможах «стеснение». В 1899 г. министр финансов С.Ю. Витте (один из ревностных поборников таможенного объединения) резко отреагировал на эти отчеты, назвав утверждения Игнатъева голословными³¹. Однако примерно в тот же период времени аналогичную информацию сообщил и туркестанский военный чиновник полковник Н.Н. Юденич³². Неудивительно, что осенью 1917 г., когда Российская империя пала, а новые власти Туркестана стали проводить враждебную политику в отношении Бухары и Хивы, все таможенные здания и сооружения в ханствах были разрушены местным населением³³.

Остается рассмотреть вопрос, насколько выгодным оказалось включение среднеазиатских протекторов Российской империи в ее таможенную черту. Несомненно, для самой России таможенное объединение оказалось выгодным, несмотря на перечисленные проблемы. Во-первых, был подтвержден привилегированный статус российских предпринимателей в Бухаре и Хиве, что позволило им существенно активизировать деятельность в ханствах³⁴. Высокие пошлины на одни иностранные товары и запрет на

³⁰ Логофет Д.Н. Указ. соч. С. 294.

³¹ Записка П.М. Лессара... С. 124–125, прим. 64.

³² Ремез И.А. Указ. соч. С. 54, прим. 2.

³³ Там же. С. 36.

³⁴ Губаревич-Радобильский А. Указ. соч. С. 175–176.

ввоз других позволил насытить среднеазиатские рынки российскими аналогами — чаем (преимущественно черным, тогда как зеленый продолжали поставлять торговцы из Индии и Китая), текстилем и пр. По некоторым сведениям, российские промышленные товары в начале XX в. составляли более 95% от общего количества на среднеазиатских рынках. Таможенные сборы от товаров, ввозившихся в пределы империи только через бухарские таможи, составляли в начале XX в. 1–1,2 млн. руб. в год³⁵.

Последствия для среднеазиатских ханств по-разному оценивались исследователями. Так, в первые годы после распада СССР, когда основной тенденцией в исторической науке стали обвинения России во всех бедах остальных бывших республик, отдельные узбекские исследователи трактовали включение Бухары и Хивы в таможенную черту как полный запрет местным торговцам вести самостоятельные отношения с иностранными партнерами. Однако, когда антироссийские настроения в науке несколько спали, подобные утверждения стали опровергать сами же узбекские историки: напротив, появились сведения, что бухарские торговцы на рубеже XIX–XX имели весьма широкие связи с партнерами, причем не только в Центральной Азии, но и в Европе (вплоть до Франции и Италии), и даже в США! Включение Бухары в таможенную черту не только не ухудшило их положения, но и позволило в дополнение к основной функции освоить также роль посредников между русскими предпринимателями и их партнерами из государств Центральной Азии³⁶.

Позиции Великобритании и Британской Индии, в частности, на рынках среднеазиатских ханств, несомненно, оказались подорванными³⁷, однако говорить о полном вытеснении их товаров с рынков Туркестана, Бухары и Хивы не приходится. Во-первых, даже несмотря на высокие пошлины, торговля английскими чаем, индиго и кисеей в регионе оставалась выгодной. Во-вторых, после открытия Среднеазиатской железной дороги англо-индийские торговцы получили возможность доставлять товары в Среднюю Азию морским путем из Батума и затем — железнодорожным транспортом в Бухару. Такой путь занимал всего 40–45 дней, а не 6–8 месяцев, как сухопутный через Афганистан или Персию.

Афганистан сначала реагировал на расширение российской таможенной черты жестко: эмир Абдурахман немедленно ввел «ответные» высокие пошлины на российские товары. Но уже в начале XX в., убедившись, что русские даже после введения нового таможенного тарифа (1901) сохранили для центрально-азиатских государств уровень таможенных пошлин в 10 и более раз ниже, чем для европейских, афганские правители сами проявили инициативу в восстановлении торговых отношений. Во многом им удалось добиться этого за счет посредничества бухарских торговцев³⁸.

В заключение следует заметить, что целью включения Бухары и Хивы в таможенную черту Российской империи являлась не только защита интересов российских торговцев и производителей на среднеазиатском рынке, хотя она и стала основным поводом для разработки проекта таможенного объединения трех государств. Уже современники отмечали, что она представляет собой часть комплекса мер по интеграции среднеазиатских государств в имперское политико-правовое пространство, модернизацию полити-

³⁵ Там же. С. 173

³⁶ См., напр.: *Ёров А.Ш.* Бухарский эмират на мировом рынке: Вторая половина XIX — начало XX столетия: автореф. дис... канд. ист. наук. Душанбе, 2005. С. 19–22.

³⁷ См., напр.: *Губаревич-Радобильский А.* Указ. соч. С. 105–106.

³⁸ *Логофет Д.Н.* Указ. соч. С. 288–289. См. также: *Ремез И.А.* Указ. соч. С. 31.

ческой и экономической сфер Бухары и Хивы. Так, например, П.М. Лессар еще во время совещания 1891–1893 гг. рассматривал создание единой таможенной черты как часть общей российской политики в Средней Азии. Туркестанский чиновник А.Ф. Губаревич-Радобыльский подчеркивал, что с помощью таможенной черты российским властям удалось уточнить «рыхлые границы» Русского Туркестана³⁹. Таможенное объединение рассматривали как первый шаг на пути дальнейшего включения Бухары и Хивы в состав России — в частности, введения на их территории российской валюты, вхождения вооруженных сил эмирата и ханства в состав российской армии и т.д.⁴⁰

Несомненно, включение Бухары и Хивы в российскую таможенную черту стало новым этапом в развитии отношений империи со среднеазиатскими ханствами, обеспечив большее влияние России на их внутреннее развитие (при сохранении юридической независимости обоих ханств и учете их интересов). Именно эта черта, на наш взгляд, и позволяет рассматривать таможенное объединение в конце XIX в. как результат межгосударственного соглашения, а не навязывания Россией своей воли собственным вассалам и, тем самым — до некоторой степени как своего рода прообраз современного Таможенного союза.



Библиография

Бенцелевич Н.А. Водные пути Туркестана. СПб.: Типография Министерства путей сообщения, 1914. XIV, 249 с.

Высочайше утвержденное мнение Госсовета об устройстве таможенной части в Средней Азии // Полное собрание законов Российской империи. Собрание III. Т. XIV. СПб.: Типография II отделения собственного Его императорского величества канцелярии, 1898. № 10774. С. 434–435.

Губаревич-Радобыльский А. Экономический очерк Бухары и Туниса. Опыт сравнительного исследования двух систем протектората. СПб.: Киришбаум, 1905. 201 с.

Ёров А.Ш. Бухарский эмират на мировом рынке: Вторая половина XIX — начало XX столетия: Автореф. ... канд. ист. наук. Душанбе, 2005. 26 с.

Жуковский С.В. Сношения России с Бухарой и Хивой за последнее трехсотлетие. Петроград.: Типо-литография Н.И. Евстифеева, 1915. XII, 215 с.

Записка П.М. Лессара о внутреннем положении Бухарского ханства и его отношениях с Россией (1895 г.) / Подгот. публ. М.А Чепелкина // Сборник Русского исторического общества. Т. 5 (153). М.: Русская панорама, 2002. С. 96–126.

Логофет Д.Н. Бухарское ханство под русским протекторатом. Т. I. СПб.: Издание В. Березовского, 1911. 340 с.

Ремез И.А. Внешняя торговля Бухары до мировой войны. Опыт историко-статистического обзора внешней торговли ханства вне сферы таможенного объединения с Российской империей. Ташкент: ЦСУ Туркеспублики, 1922. 116 с.

Скальковский К. Внешняя политика России и положение иностранных держав / 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Типография А.С. Суворина, 1901. XVI+682 с.

Соболев М.Н. Таможенная политика России во второй половине XIX века. Томск: Типо-литография Сибирского товарищества издательского дела, 1911. 850 с.

Хрулев С. Проект устава Товарищества для развития торговли со Среднею Азиею. СПб.: Типография главного артиллерийского управления, 1863. 48 с.

Центральный государственный архив Республики Узбекистан // Ф. И–2 «Канцелярия Русского политического агентства (Бухара)». Оп. 31, Д. 251/29 // zerrspiegel.orientphil.uni-halle.de (дата обращения: 25.03.2016)

³⁹ См.: Губаревич-Радобыльский А. Указ. соч. С. 166–167, 172.

⁴⁰ Скальковский К. Указ. соч. С. 476.

Curzon G.N. Russia in Central Asia in 1889 and the Anglo-Russian Question. London: Longmans, Green and Co., 1889. XXIV+477 p.

Dobson G. Russia's Railway Advance into Central Asia: Notes of a Journey from St. Petersburg to Samarkand. London: Allen and Co., 1890. XXIII+439 p.

Messurier A. le. From London to Bokhara and Ride through Persia. London: Bentley, 1889. XVI+318 p.

Inclusion of Bukhara Emirate and Khiva Khanate into the Customs System of the Russian Empire (1895)



Roman Yu. Pochekaev

Professor, Head of the Department of Theory and History of Law and State, St. Petersburg Branch of the National Research University Higher School of Economics. Address: 16 Pechatnikov Str., St. Petersburg, 190008, Russian Federations. E-mail: ropot@mail.ru.



Abstract

The paper is devoted to the process of inclusion of two Central-Asian protectorates of the Russian Empire into the Russian customs-line between 1894 and 1895. The causes of this decision emerged as early as at the beginning of the 19th c.. The process of working on this project as well as discussions of different Russian ministries, central and regional (Turkestan) authorities, preliminary research and issuing special legal acts are analyzed. Special attention is paid to the procedure of conforming the decision with Emir of Bukhara and Khan of Khiva as they still remained *de-jure* independent rulers, and to issuing special own acts on including their states into the Russian customs system. The author examines the measures of the Russian authorities on the implementation of customs unification of the Russia, Bukhara and Khiva (including the creation of customs outposts, forming customs guards etc.) and the problems which took place — such as “internal customs-line” of Bukharans and Khivans, increase of contraband goods on the markets of Bukhara, Khiva and Russian Turkestan. Attempts to solve such problems were ineffective until the fall of the Russian Empire because of insufficient legal base on relations between the Russian Empire and its Central-Asian protectorates. Finally, the consequences of including Bukhara and Khiva into the imperial customs-line are evaluated — for Russia, Bukhara and Khiwa as well as for foreign countries (Afghanistan, Persia, British India etc.). Under the author's opinion the integration of Bukhara and Khiva into customs space of the Russian Empire as an example of predisposition of Eurasian states, regions and peoples to the economic integration which became apparent in different epochs and in different forms. This integration could be considered to a certain extent as prototype of the Customs Union of today. Hence, studying historical experience of economic integration of Eurasia is topical and necessary.



Keywords

Russian Empire; customs-line; Bukharan Emirate; Khivan Khanate; foreign trade; customs duties; protectorate.

Citation: Pochekaev R.Yu. (2016) Inclusion of Bukhara Emirate and Khiva Khanate into the Customs System of the Russian Empire (1895). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 172–184 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.172.184



References

Bentselevich N.A. (1914) *Vodnye puti Turkeстана* [Water ways of Turkestan]. St. Petersburg: Tipografiya Ministerstva petei soobscheniya, XIV+249+VIII p.

Central'niy gosudarstvenniy arhiv Respubliki Uzbekistan, F. 1–2 «Kantselyariya Russkogo politicheskogo agentstva (Bukhara)», op. 31, d. 251/29 [Central State Archive of the Republic of Uzbekistan, fund 1–2 “The Chancellery of the Russian Political Agency (Bukhara), inv. 31, file 251/29]. Available at: zerrspiegel.orientphil.uni-halle.de.

Curzon G.N. (1880) *Russia in Central Asia in 1889 and the Anglo-Russian Question*. London: Longmans, Green and Co., XXIV+477 p.

Dobson G. (1890) *Russia's railway advance into Central Asia: Notes of a journey from St. Petersburg to Samarkand*. London; Calcutta: W. H. Allen and Co., XXIII+439 p.

Gubarevich-Radobyl'skiy A. (1905) *Ekonomicheskiy ocherk Buhary i Tunisa. Opyt sravnitel'nogo issledovaniya dvuh sistem protektorata* [Economical essay on Bukhara and Tunis. Essay on comparative research of two protectorate systems]. St. Petersburg: Tipografiya V. Kirshbauma, 201 p.

Khrulev S. (1863) *Proekt ustava Tovarishhestva dlya razvitiya torgovli so Sredneyu Azieyu* [The project of Statute of Company for development of trade with the Central Asia]. St. Petersburg: Tipografiya Glavnogo artilleriyskogo upravleniya, 48 p.

Lessar P.M. (2002) Zapiska o vnutrennem polozhenii Buharskogo hanstva i ego otnosheniyakh s Rossiey (1895 g.) / Podgot. publ. M.A.Chepelkina [M.A. Chepelkin (ed.) Note of P.M. Lessar on domestic position of Bukharan Khanate and its relations with Russia (1895)]. *Sbornik Russkogo istoricheskogo obshchestva*. T. 5 (153). Moscow: Russkaja panorama, pp. 96–126.

Logofet D.N. (1911) *Buharskoe hanstvo pod russkim protektoratom* [Bukharan Khanate under the Russian protectorate]. T. 1. St. Petersburg: Izdanie V. Berezovskogo, 340 p.

Messurier A. le. (889) *From London to Bokhara and ride through Persia*. London: Richard Bentley and Son, XVI+318 p.

Remez I.A. (1922) *Vneshnjaya torgovlya Buhary do mirovoy voyny. Opyt istoriko-statisticheskogo obzora vneshney torgovli hanstva vne sfery tamozhennogo ob'edineniya s Rossiyskoy imperiey* [Foreign trade of Bukhara before the World war. Essay on historical-statistical survey of foreign trade of the khanate outside the field of the customs unification with the Russian Empire]. Tashkent: CSU Turkrespubliki, 71+45 p.

Skal'kovskiy K. (1901) *Vneshnyaya politika Rossii i polozhenie inostrannykh derzhav / 2-e izd., pererab. i dop.* [Foreign policy of Russia and position of foreign states, 2nd ed., rev. and suppl.] St. Petersburg: Tipografiya A.S. Suvorina, XVI+682 p. (in Russian)

Sobolev M.N. (1911) *Tamozhennaya politika Rossii vo vtoroy polovine XIX veka* [Customs policy of Russia during the second half of the 19th century]. Tomsk: Tipo-litografiya Sibirskogo tovarischestva izdatel'skogo dela, VI+850+XXVI p. (in Russian)

Vysochayshe utverzhdennoe mnenie Gossoveta ob ustroystve tamozhennoy chasti v Sredney Azii [Opinion of the State Council on creation of customs system in the Central Asia approved by the Emperor]. *Polnoe sobranie zakonov Rossiyskoy imperii*. Sobranie III. T. XIV. St. Petersburg: Tipografiya sobstvennoy Ego imperatorskogo velichestva kantselyarii, 1898, no. 10774, pp. 434–435.

Yorov A.Sh. (2005) *Buharskiy emirat na mirovom rynke: Vtoraya polovina XIX — nachalo XX stoletiya. Avtoref. ... kand. ist. nauk* [Bukharan Emirate on the world market: Second hlf of the 19th — beginning of the 20th century]. Dushanbe, 26 p.

Zhukovskiy S.V. (1915) *Snosheniya Rossii s Buharoy i Hivoy za poslednee trehsotletie* [Relations of Russia with Bukhara and Khiva during last the hundred years]. Petrograd: Tipo-litografiya N.I. Evstifeva, XII+215 p. (in Russian)

Исламская правовая мысль об исламском государстве и халифате¹



Л.Р. Сюкияйнен

профессор кафедры теории и истории права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена анализу подхода современной исламской правовой мысли к исламскому государству и халифату. Излагаются основополагающие начала исламской концепции власти (халифата), отмечается ее постепенный отход от реальной политической практики. Современное исламское правоведение делает акцент на нескольких моментах классической теории халифата — на назначении исламской власти в качестве инструмента защиты религии и решения мирских вопросов, институте «байа», представляющем собой присягу правителю и договор о взаимных правах и обязанностях между ним и подданными, а также на принципе консультаций при избрании халифа. В Средние века преемником Арабского халифата стала Османская империя. Халифат как политический институт сохранялся вплоть до ее распада после Первой мировой войны. Идея восстановления халифата была программным требованием ряда исламских политических организаций и движений на протяжении всего XX в. После образования Исламского государства Ирака и Леванта (ИГИЛ) (террористическая организация, запрещенная в России) халифат превратился в конкретный политический проект. В июне 2014 г. ИГИЛ, переименованное в Исламское государство (ИГ), объявило о создании халифата. Обоснование такого шага ИГ видит в нескольких высказываниях Пророка Мухаммада, предсказывавшего возрождение халифата после периода смен различных форм власти. Своей основной задачей ИГ считает полномасштабное претворение шариата и копирование властных институтов времен «праведных халифов». На практике реализация шариата в халифате сводится к массовым убийствам, принуждению немусульман к принятию ислама, вмешательству во внутренние дела мусульманских государств, террористическим актам. Современная исламская правовая мысль резко критикует ИГ, отмечая грубые нарушения им религиозных заповедей и предписаний шариата, касающихся порядка провозглашения халифата, процедуры присяги его руководителю, соблюдения принципа консультаций. Обращается внимание, что практика ИГ не укладывается в шариатские рамки. Обосновывается вывод, что ИГ не может претендовать на статус халифата. Не является оно и исламской властью, поскольку не отвечает предусмотренным шариатом требованиям. Данная группировка является террористической организацией не только по нормам международного права и национального законодательства многих стран, но и по меркам шариата.



Ключевые слова

ислам, исламское государство, халифат, халиф, исламская власть, шариат, исламская правовая мысль, институт консультаций, «байа», терроризм.

¹ Статья подготовлена в ходе исследования № 16-01-0017 «Исламское государство: правовые основы и современная практика» в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2016–2017 гг. и с использованием средств субсидии на государственную поддержку ведущих университетов России в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Р. Исламская правовая мысль об исламском государстве и халифате // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 185–205.

JEL: K0; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.185.205

В последние годы тематика исламского государства как политического феномена и теоретической концепции вызывает повышенный интерес. Совсем недавно она активно обсуждалась в ходе политических потрясений, получивших название «арабской весны» и приведших к смене режимов в ряде арабских стран. Тогда в повестке дня встал вопрос о характере современного исламского государства. В настоящее время в центре дискуссии вокруг данной проблематики находится террористическая организация Исламское государство Ирака и Леванта (ИГИЛ, запрещенная в Российской Федерации). Принципиально важным обстоятельством, придавшим анализу ИГИЛ особую актуальность, стало объявление им в июне 2014 г. халифата. Данный факт вызвал активную реакцию ряда центров современной исламской правовой мысли и отдельных авторитетных мусульманских юристов. Под влиянием политической практики в центре исследований исламской государственности вновь оказался халифат.

Халифат: теоретические основы и историческая эволюция

В священной книге ислама Коране и Сунне Пророка Мухаммеда, выраженной в хадисах (преданиях о его поступках и высказываниях), имеется крайне мало положений, касающихся назначения и структуры публичной власти. Заслуга в разработке теории исламского государства принадлежит исламской правовой науке (фикху), которая на основе немногочисленных предписаний священных источников сумела сформулировать принципы организации и функционирования исламской власти. В результате этих усилий появилась концепция халифата как исламского государства. В концентрированном виде она изложена в классическом трактате «Властные нормы и религиозные полномочия», принадлежащем перу выдающегося мусульманского правоведа Абу Хасана аль-Маварди (974–1058). В этом произведении халифат определяется как преемственность пророческой миссии по охране религии и управлению мирскими делами². Кстати, сам термин «халифат» в переводе с арабского означает «преемственность».

Аль-Маварди обосновал принцип необходимости учреждения исламской власти, сформулировал условия, которым должен удовлетворять правитель, а также описал процедуру занятия его поста. Он суммировал требования, предъявляемые к коргте знатоков ислама и шариата, которые избирают властителя. Вместе с тем ученый предусматривал возможность передачи власти путем назначения правителем наследника. Было зафиксировано, что в одной стране может быть только один имам (халиф). Аль-Маварди четко сформулировал перечень десяти его полномочий, разделив их на религиозные и политические, а также описал структуру государственного механизма и виды различных министерств (везиратов).

Однако главной заслугой Аль-Маварди исламская традиция считает разработку краеугольных основ халифата, которые раскрывают самое существенное в природе исламской власти. К ним прежде всего относится принцип консультации при занятии

² См.: Аль-Маварди Абу аль-Хасан Али бин Мухаммад бин Хабиб аль-Басри аль-Багдади. Властные нормы и религиозные полномочия. Бейрут: б.и., б.г. С. 5 (на араб. яз.).

поста халифа (главы исламского государства) и осуществлении им полномочий. Считается, что общину мусульман в их отношениях с халифом представляет коллегия знатоков шариата, на которую возлагается три основных функции: одобрение кандидатуры претендента на пост главы государства, консультирование халифа и контроль над осуществлением им власти на основе шариата.

К ключевым началам халифата относится также процедура «байа» («мубайа») — заключение своеобразного договора между халифом и общиной мусульман, в соответствии с которым подданные присягают правителю и обещают подчиняться его власти, а халиф обязуется управлять в соответствии с шариатом. Вместе с отмеченным выше функциональным определением халифата институты консультации и «байа» выделяются современной исламской правовой мыслью в качестве центральных в ее подходе к халифату.

Важно подчеркнуть, что обоснованное Аль-Маварди понимание халифата представляло собой идеальную модель государства, обращенную в прошлое. Она в известной мере отражала практику начального периода становления исламской власти, когда после смерти Пророка Мухаммада во главе мусульман стояли так называемые праведные халифы (632–661). Но уже государство Омейядов (661–750) существенно отличалось от модели халифата, которую заметно позднее теоретически осмыслил Аль-Маварди. Не случайно исламская правовая наука отмечает прозорливость Пророка Мухаммада, который говорил: «Халифат по пути пророчества продлится тридцать лет, а затем Аллах вручит власть тому, кому пожелает»³. При этом арабский термин «мульк», который используется в данном высказывании, означает не любую власть, а именно владычество монархического характера.

Такую трактовку детально обосновал выдающийся мусульманский ученый Ибн Халдун. В своем труде «Мукаддима» он писал, что халифат представляет собой руководство людьми в соответствии с шариатом в их небесных и земных делах, относящихся к власти, поскольку все земное у Аллаха восходит к интересам потустороннего мира. Поэтому халифат означает преемственность от Владыки шариата (т.е. Аллаха) в охране религии и руководстве земными делами. В отличие от халифата, царское владычество (мульк), будь оно естественным или политическим, выступает как руководство людьми в соответствии с прагматическими целями правителя, его страстями, рациональным осмыслением защищаемых интересов и отвергаемого вреда⁴.

До середины XIII в. прямым преемником власти праведных халифов был халифат Омейядов и Аббасидов, сохранявший некоторые внешние признаки идеального исламского государства. Однако с течением времени классическая концепция халифата все заметнее расходилась с реально существовавшим механизмом власти в мусульманском мире, хотя формально халифат сохранялся. В Средние века миссию представлять его взяла на себя Османская империя. Арабские правители, проигравшие в соперничестве с ней, были вынуждены отказаться от претензий на халифат, в результате чего османский султан получил титул халифа. К тому же в XVI в. большинство арабских стран вошло в состав Империи и признало верховную власть султана. Такая историческая метаморфоза детально прослежена в произведении выдающего отечественного востоковеда В.В. Бартольда⁵.

³ [Электронный ресурс] http://library.islamweb.net/newlibrary/display_book.php?flag=1&bk_no=55&ID=8024

⁴ См.: Ибн Халдун. Мукаддима. Бейрут: б.и., б.г. С. 191 (на араб. яз.).

⁵ См.: Бартольд В.В. Халиф и султан / Бартольд В.В. Работы по истории ислама и Арабского халифата. М., 2002. С. 15–78.

В качестве института, имеющего религиозные основания и поэтому формально объединявшего всех мусульман, халифат номинально сохранялся до начала XX в. После распада Османской империи по окончании Первой мировой войны он превратился в чисто декоративный институт и в марте 1924 г. был официально упразднен. С этого момента халифат перестал существовать как политическая реальность.

Возрождение халифата как идея и политическая программа

Идею возрождения халифата продолжало отстаивать немало его сторонников. Среди энтузиастов такого проекта оказались прежде всего те, кто видел в халифате единственную возможность сохранить религиозно-политическое единство мусульман. Даже накануне падения халифата некоторые крупные исламские деятели связывали будущее мусульманского мира и его процветание с халифатом. К ним, например, относится крупный российский мусульманский богослов-просветитель Муса Джаруллах Бигиев (1871–1949). В начале 1920-х гг, оценивая неутешительные для мусульманских народов итоги Первой мировой войны и сохраняя веру в идеальный халифат, он писал, что этот институт представляет собой высшую политическую (мирскую) власть в исламском мире, которая служит мощи государства, интересам нации и процветанию страны. Халифат не означает господства правителя, тирании или монархии. Это главенство мусульманской общины и ее независимость. Халифат не является агрессивным государством, а является системой власти, нацеленной на сохранение ислама, поддержание благополучия и самостоятельности мусульман.

М. Бигиев связывал такие качества халифата с выполнением одного неперемного условия — претворением шариата. С этой целью он призывал турецкие власти положить его предписания в основу всего принимаемого законодательства. На взгляд ученого, уважение к халифату всех мусульман может быть достигнуто только так. Он наивно полагал, что обращение к шариату поможет предотвратить революционную катастрофу и избежать искушения искать решение политических и социальных проблем не в основах ислама, а в чуждых мусульманам источниках. Не дожидаясь революционных потрясений, полагал М. Бигиев, следует систематизировать и на практике претворять положения шариата ради обеспечения прав и достоинства человека. Лишь в этом случае халифат сохранится и станет образцом цивилизованности⁶.

Призывы М. Бигиева и его единомышленников не были услышаны, а судьба халифата была решена. Примечательно, что в 1926 г. в Каире прошел форум 38 видных мусульманских деятелей, которые обсуждали этот вопрос, но не пришли к согласию относительно воссоздания халифата. Очевидно, главной причиной явилось то, что в это время мусульманские (прежде всего арабские) страны стремились обрести национальную независимость, поэтому националистические настроения явно преобладали над идеей мусульманского единства.

После отмены халифата и провозглашения Турции республикой страна встала на путь, прямо противоположный тому, о котором писал М. Бигиев. Вместо обращения к истинам ислама светская власть полностью отказалась от шариата, заменив его законодательством европейского образца.

⁶ См.: *Бигиев Муса. Воззвание к мусульманским нациям / Хайрутдинов А.Г. Наследие Муса Джаруллаха Бигиева. Сборник документов и материалов. Ч. II. Казань, 2000. С. 44–48.*

Понятно, что на ликвидацию халифата не могла не отреагировать исламская политико-правовая мысль. При этом ее видные представители придерживались самых разнообразных подходов к халифату, нередко прямо противоположных. Например, крупный либеральный мусульманский ученый и теолог Рашид Рида незадолго до упразднения халифата опубликовал книгу «Халифат, Или великий имамат», в которой в сжатом виде изложил теорию халифата как идеальной власти в сравнении с утвердившимися к тому времени в мусульманском мире государственными институтами⁷. Весь тон этого труда был настроен на показ превосходства халифата в сравнении с иными государственными формами.

Ностальгии по халифату оппонировал ставший впоследствии знаменитым трактат Али Абдель Разика «Ислам и основы власти». Автор, преподаватель крупнейшего в мире мусульманского университета «Аль-Азхар», доказывал, что в исламе нет какой-либо определенной модели власти. По его мнению, исламские принципы могут практически осуществляться при любой государственной организации, поскольку главное в них — содержание, а не форма⁸.

После отмены халифата на протяжении почти целого столетия реальные попытки его восстановления не предпринимались. Однако тема халифата никогда не сходила с политической сцены мусульманских стран. В частности, цель построения халифата предусматривали программы целого ряда исламских политических организаций, движений и партий. Например, созданная в 1928 г. в Египте группа «Братьев-мусульман» своей основной целью считала формирование исламской власти, осуществляющей полномочия в соответствии с шариатом и стремящейся к объединению всех остальных мусульманских государств ради создания халифата в границах от Индонезии до Испании⁹.

Пожалуй, в наиболее последовательном виде программную цель создания халифата преследует Партия исламского освобождения (Хизб ут-Тахрир аль-Ислами), возникшая в 1953 г. Ее идейные установки детально изложены в трактатах крупнейшего теоретика халифата Таки ад-Дина ан-Набхани, который, придерживаясь крайне консервативного понимания халифата, разработал даже проект конституции современного исламского государства¹⁰. Показательно, что, по его мнению, мусульмане обязаны установить и признавать власть только одного халифа.

Напомним также, что одна из крупнейших современных мусульманских террористических организаций — «Аль-Каида» также была настроена на учреждение исламского государства. Правда, об объявлении халифата речь не шла. Такой подход можно сравнить с движением Талибан, которое в 1996–99 гг. находилось у власти в Афганистане. Весьма символично, что в то время его лидер Мулла Омар не был объявлен халифом, а носил титул «Амир аль-Муминин» (Эмир правоверных).

Шариатское обоснование объявления Исламским государством халифата

Если с конца 20-х гг. XX в. в течение всего прошедшего столетия создание халифата оставалось лишь программным лозунгом ряда радикальных мусульманских структур,

⁷ См.: Риды Мухаммад Рашид. Халифат, Или великий имамат. Каир, 1994 (на араб. яз.).

⁸ См.: Абдель Разик Али. Ислам и основы власти. Бейрут, 1972 (на араб. яз.).

⁹ См.: Исламский халифат. Электронный ресурс // URL: <http://www.assakina.com/center/files/51271.html> (на араб. яз.).

¹⁰ См.: Набханий Такийюддин. Исламское государство. Бейрут, 2002. С. 218–263; Он же. Система ислама. Б.м., 2001. С. 96–139.

то в начала нынешнего тысячелетия ситуация принципиально изменилась. Уже в 2006 г. действовавшая в Ираке организация «Исламское государство» предприняла попытку провозгласить халифат. В то время этот проект не привлек к себе большого внимания. Однако спустя всего несколько лет сложилось Исламское государство Ирака и Леванта (ИГИЛ), лидер которого Абу Бакр Аль-Багдади 29 июня 2014 г. заявил, что отныне эта структура именуется Исламским государством (ИГ) и является халифатом.

Такой шаг наглядно продемонстрировал принципиальную разницу между ИГ и многими иными радикальными исламскими организациями и движениями, для которых установление халифата выступает конечной целью объединения всех мусульманских государств под своим знаменем. В отличие от них, ИГ в качестве начального шага объявило халифат, который, по его замыслу, должен объединить существующие мусульманские государства, точнее, заменить их собой. Тем самым, если другие структуры связывали установление халифата с будущим, то ИГ, игнорируя любые переходные этапы, пытается навязать халифат как свершившийся факт.

Ознакомление с программными документами и информационными материалами ИГ, выступлениями его руководителей и идеологов позволяет выделить несколько основных аргументов шариатского характера, которые используются для оправдания объявления халифата¹¹.

Прежде всего сторонники нового халифата подчеркивают, что учреждение исламской власти является непреложной обязанностью, возложенной Аллахом на мусульман. При этом они настаивают, что такая власть воплощается лишь в «халифате по пути пророчества» (имеется в виду халифат, власть в котором выступает преемницей пророческой миссии Мухаммада), сравнимом с тем, который существовал при праведных халифах. Одновременно делается акцент на том, что вся мусульманская община должна быть объединена в рамках одного халифата во главе с одним правителем. Понятно, что таким единственным исламским государством, имеющим право на существование, ИГ считает объявленным им халифат.

В качестве еще более весомого обоснования такой претензии приводится известный хадис, который, якобы, недвусмысленно свидетельствует о легитимности вновь созданного халифата. В нем приводится следующее высказывание Пророка Мухаммада: «Пророческая миссия для вас является таковой, какой Аллах пожелал, чтобы она была; затем Он завершит ее, если пожелает завершить; затем наступит халифат по пути пророчества, и он будет таким, каким Он пожелает; затем Он прервет его, если пожелает прервать; затем придет жестокая царская власть, и она будет такой, какой Он пожелает, чтобы она была; затем Он положит ей конец, если пожелает; затем ее сменил насильственная царская власть, и она будет такой, какой Он пожелает, чтобы она была; затем Он сметет ее, если пожелает смести; затем будет халифат по пути пророчества»¹². Заключительную фразу этого изречения Пророка Мухаммада ИГ и его союзники трактуют как подтверждение неизбежности возрождения халифата после последовательной смены различных моделей власти. Одновременно слова Посланника Аллаха они считают предсказанием провозглашения халифата в июне 2014 г., а свои действия — реализацией Божественной воли.

Такие неоспоримые (по его убеждению) аргументы ИГ, объявившее себя халифатом, считает достаточными, чтобы претендовать на статус единственного истинно ислам-

¹¹ См., напр.: *Bunzel C. From Paper State to Caliphate: The Ideology of Islamic State / The Brookings Analysis Paper. No. 19. March 2015.*

¹² Электронный ресурс <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index.php?page=showfatwa&Option=FatwaId&Id=36833>

ского государства в наши дни. Ведь в приведенном выше хадисе Пророк Мухаммад говорил, что халифат по пути пророчества возродится, когда сгинет царская власть. Амбиции ИГ наглядно проявляются в призывах, обращенных ко всем мусульманам — принести присягу верности его руководителю. Понятно, что данный подход предполагает, что провозглашенный халифат является не обычной государственной структурой, а единственно допустимым современным исламским государством — халифатом по пути пророчества.

В русле такой логики глава ИГ утверждает, что легитимность его власти в качестве халифата лишает законности любые государственные образования и структуры, которых достигает его власть и в границы которых вступают его воины. Более того, ИГ склонно считать такие государства не в полной мере исламскими, обвиняя их в отходе от ислама и избрании пути неверия.

Исламская правовая мысль об эволюции подхода к халифату и современных исламских государствах

Современная исламская правовая мысль дает четкие и ориентирующие на шариатские критерии оценки претензиям ИГ на статус халифата, его взглядам на допустимость лишь одной исламской власти и враждебному подходу к существующим мусульманским государствам. В частности, на протяжении нескольких лет, предшествовавших объявлению ИГ халифата, мусульманские ученые регулярно обсуждали вопрос, что представляет собой исламская власть по своему назначению, следует ли считать исламскими нынешние государства в мусульманских странах и имеются ли в наши дни перспективы возрождения халифата. Свои взгляды по данной проблеме изложили ведущие международные и национальные центры исламской мысли. Хотя эти позиции были сформулированы еще когда ИГ активно себя не проявлял, они вполне могут рассматриваться как реакция исламской правовой доктрины на объявление халифата.

В частности, Ведомство фетв Египта в середине мая 2011 г. опубликовало фетву № 3759 «Халифат и исламские государства»¹³. В этом документе выделяются ведущие характеристики халифата и затрагивается вопрос, остается ли после османского халифата какое-либо государство, которое может быть названо исламским. Со ссылкой на шариатские аргументы формулируется вывод, как в настоящее время следует оценивать обязанность подчиняться реальным мусульманским правителям. В связи с этим обсуждаются перспективы возрождения халифата в том виде, в котором его описывает классический фикх.

Официальный центр шариатской мысли ведущей страны Арабского мира в своей фетве воспроизводит традиционное определение халифата в качестве власти, замещающей владыку шариата (т.е. Аллаха) в реализации интересов религии и мирской жизни. Отмечается, что установление указанной власти является обязанностью, возложенной на общину мусульман, нуждающейся в руководителе, который решает для нее две обозначенные группы вопросов. Отсутствие власти ввергает общину в хаос, когда ни одно право не может быть защищено, и никто не удерживает от порока. В этой ситуации разложение овладевает рабами Божьими, которые начинают идти друг против друга. Чтобы избежать хаоса, необходим исламский правитель, которому обязана подчиняться вся община мусульман. В суннитской исламской традиции, специально подчеркивается

¹³ Текст фетвы см.: Электронный ресурс <http://www.dar-alifta.org/AR/ViewFatwa.aspx?ID=3759&LangID=1&MuftiType>

в фетве, сложилось единодушное мнение, что установление власти имама (исламского правителя) является обязательным.

В подтверждение такого вывода современного исламского правоведения достаточно обратиться к отмеченному выше классическому трактату Аль-Маварди, в котором действительно говорится, что мусульманская община не может обойтись без имамата (халифата). По единодушному мнению крупнейших мусульманских правоведов, для того, кто в состоянии возглавить такую власть, выполнение данной миссии относится к установленному Аллахом долгу¹⁴.

Поэтому нельзя отрицать общего совпадения позиций исламской правовой мысли и ИГ по вопросу необходимости государственной власти для мусульман. Однако такое внешнее сходство не должно скрывать глубоких различий между ними в том, что касается возможности одновременного существования нескольких исламских государств, конкретного смысла халифата и исторической эволюции институтов исламской власти. По этим параметрам подходы обеих сторон диаметрально противоположны.

В частности, ИГ по сути игнорирует исторические реалии, отказывается принять во внимание объективные условия, в которых на протяжении столетий действовала исламская власть. Даже когда его теоретики воспроизводят слова Пророка Мухаммада о цикличной смене различных государственных форм от халифата через царскую власть вновь к халифату, они не задаются вопросом, какие политические реалии средневекового мусульманского мира наполняли такую схему и объективно требовали отхода от идеальной формы халифата, сохраняются ли эти обстоятельства сейчас. Одновременно они не замечают крайне важных уточнений, которые исламская правовая доктрина уже давно внесла в понимание халифата под влиянием практики.

В отличие от такого абстрактного и вневременного подхода к пониманию халифата, в фетве египетского Ведомства фетв особое внимание уделено истории эволюции исламской власти, без чего состояние современной исламской государственности и ее осмысление исламской политико-правовой мыслью невозможно оценить объективно. Отмечается, в частности, что исламская власть в Средние века переживала трудные времена и периоды слабости, включая появление в рамках постепенно терявшего власть халифата отдельных государственных образований. Известно, что уже в период власти Аббасидов (750–1258) в рамках халифата возникали многочисленные центры власти, именовавшиеся эмиратами и султанатами. Многие из этих квазигосударств признавали верховенство халифа, но, по сути, были самостоятельными институтами власти. Какое-то время они сохраняли религиозную связь с халифатом. Но позднее в части из них даже такая формальная зависимость от халифа практически не ощущалась.

В результате образовались отдельные государства, не связанные с халифом и называемые эмиратами, а порой даже самостоятельными халифатами. Они, по существу, заняли место единого халифата в его первоначальном значении, включая выполнение всех его функций религиозного и политического характера. Несмотря на такое внешнее сходство, по своей форме эти государства являлись уже монархиями и тем самым отошли от принципов истинного халифата в том виде, в котором его изображала исламская правовая мысль. Главное, что власть в них основывалась уже главным образом не на религии, а на военной силе и отношениях клановой приверженности.

Под влиянием таких глубоких перемен классическая концепция исламской власти, оставаясь в своей основе неизменной, корректировалась и дополнялась важными но-

¹⁴ См.: Аль-Маварди Абу аль-Хасан Али бин Мухаммад бин Хабиб аль-Басри аль-Багдади. Указ. соч. С. 5.

веллами. Конечно, фикх всегда стремился держаться догматических подходов к халифату. Но под давлением политических реалий он был вынужден идти на постепенный пересмотр некоторых краеугольных принципов. Это, например, касалось статуса халифа, порядка его избрания и института консультации.

Однако для темы нашего исследования, несомненно, более важным является изменение позиции исламской правовой мысли относительно возможности одновременного существования нескольких исламских центров власти. Столкнувшись с новыми политическими реалиями, фикх был вынужден признать законность правителей отдельных фактически самостоятельных государств под эгидой халифата, хотя и предпочитал именовать их не халифами, а эмирами. Понятно, что такой вывод мог быть сделан лишь тогда, когда необходимость учреждения исламской власти перестала жестко связываться с единым халифатом и одним правителем, тем более с халифатом по пути пророчества по образцу власти праведных халифов.

Действительно, уже в Средние века фикх пришел к заключению о допустимости власти нескольких имамов в разных регионах. С этой целью приводилось немало аргументов. Некоторые из них упоминаются в фетве египетского Ведомства фетв относительно халифата. Так, считалось, что признание нескольких исламских правителей было вызвано необходимостью в условиях сложности или даже невозможности практического поддержания власти одного халифа. Это также объяснялось существенным расширением границ халифата и неэффективностью управления удаленными друг от друга территориями из одного центра.

В таких условиях исламская правовая мысль давно пришла к выводу, что при невозможности обращения к истинному халифу осуществление властных полномочий может взять на себя тот, кто способен с ними справиться. При этом мусульманам следует подчиняться его власти. Если в какой-либо момент истории мусульмане остались без верховного властителя, то жители любого города и даже деревни вправе выдвинуть из числа достойных того, кто станет их правителем и чьим приказам они обязаны подчиняться. Более того, допускается, чтобы в одно время на различных территориях, где живут мусульмане, было несколько центров власти — своего рода самостоятельных исламских государств.

В принципе, по шариату, лучше, когда властители разных регионов действуют под верховным началом единого правителя — халифа. Но если халифат в таком понимании невозможен, то это не отрицает необходимости и легитимности власти правителей разных реально существующих государств. Отстаивание обратного приведет к тому, что люди останутся без руководителя, воцарится хаос, а все дела страны и подданных придут в упадок, что противоречит целям Законодателя (т.е. Аллаха). Ведь в таком случае порча и вред возобладают над целями и ценностями, которые ислам стремится уберечь от посягательства. Закрепляя некоторые институты как в принципе отвергаемые, фикх считает их допустимыми по шариату, если они утвердились на практике в качестве необходимых для пользы людей и стабильности в стране. Было признано, что нет ущерба от власти нескольких имамов и султанов, каждому из которых следует подчиняться после присяги, данной ему жителями того региона, где он обеспечивает исполнение своих приказов и запретов¹⁵.

Иными словами, мусульманские правоведы установили исходные основы исламской власти в форме халифата и одновременно определили границы, которые в принципе не должны преступаться. Но если на практике складываются властные институты, кото-

¹⁵ См.: Объявление исламского халифата: взгляд с позиций шариата и реальности. [Электронный ресурс] // URL: <http://www.dorar.net/article/1760> (на араб. яз.).

рые сами по себе не помещаются в исходные рамки шариата, но являются необходимыми для поддержания исламских ценностей и реализации целей шариата, то такая власть стала считаться шариатской в силу своего фактического существования и выполнения ею указанных функций.

Данный порядок шариат рассматривает в качестве изначально неприемлемого, но считает его допустимым как фактический результат исторического развития исламской власти. Эта оценка учитывает принцип фикха: то, что запрещено в качестве изначально вводимого института, является допустимым как нечто, фактически уже сложившееся и продолжающее существовать. Кроме того, в оправдание наличия нескольких эмиратов в рамках халифата или вместо него мусульманские правоведы приводят правило «Необходимость делает дозволенным запрещенное». Также они ссылаются на то, что невозможность реализации отменяет требование выполнять приказ или соблюдать запрет, хотя презумпцией является его обязательность¹⁶.

Указанная методология распространяется, например, на отношение к правителю, узурпировавшему власть. Мусульманские правоведы суннитского направления пришли к единодушному выводу, что необходимо подчиняться такому главе государства, вести вместе с ним джихад, принимать созданные им властные институты (включая суды) и назначаемых им чиновников, исполнять вынесенные от его имени судебные решения. Если власть такого руководителя фактически утвердилась, то послушание ему лучше выступления против него, грозящего кровопролитием и смутой.

Более того, надлежит подчиняться даже правителю, который не отличается справедливостью. Такая обязанность объясняется интересами предотвращения более серьезных потерь, которые происходят от безвластия, отсутствия назначаемых правителем институтов правосудия, невозможности защиты прав и т.п. Упущения, связанные с такими потерями, причиняют больший вред, нежели подчинение несправедливой власти.

Исключение составляет только такая власть, которая впала в откровенное неверие и приказывает нечто, являющееся греховным в глазах Аллаха. В этом случае подчиняться правителю нельзя. Наоборот, противостояние ему является обязанностью каждого, кто способен выступить против отошедшего от веры руководителя.

Таким образом, исламская правовая мысль не считает халифат единственно приемлемой формой исламской власти и допускает возможность образования в случае необходимости нескольких исламских государств. Кстати, в пользу такой позиции говорит интересный факт: первые государственные образования в рамках халифата возникли еще при жизни сподвижников Пророка Мухаммада, которые не ставили под сомнение их легитимность.

Необходимость учреждения исламской власти сама по себе не означает обязательности существования только одного государства (халифата) во главе с одним правителем. Современное исламское правоведение подчеркивает, что если целью халифата (имамата) является реализация религиозных и земных интересов, то такую функцию способен выполнять правитель-мусульманин в одной из мусульманских стран, где нет халифата. В таком случае подчинение и послушание ему возлагаются на всех находящихся под его властью, даже если эта власть не представляет собой халифата¹⁷.

Этот вывод имеет принципиальное значение для шариатской оценки существующих сегодня мусульманских государств, которые ИГ считает нелегитимными и даже обви-

¹⁶ См.: там же.

¹⁷ См.: там же.

няет в неверии. В противовес такому ошибочному подходу египетское Ведомство фетв в своей фетве о халифате подчеркивает, что формальная отмена халифата в 1924 г. и создание вместо него многих самостоятельных государств со своими конституциями и правовыми системами юридически привели к ситуации, сопоставимой с периодом Средневековья как в политическом отношении, так и применительно к природе власти в каждом из них. В этом смысле каждое из таких современных государств, по шариату, допустимо считать эмиратом, подчинение которому является обязанностью подданных (граждан), поскольку власть не приказывает им нечто греховное с позиций ислама.

В фетве делается акцент на том, что целью имамата (исламской власти) в принципе выступает осуществление всего того, что включают в себя обязанности главы современного государства. Причем эти функции полностью сопоставимы с полномочиями правителей прежних многочисленных эмиратов, султанатов и даже отдельных халифатов, отделившихся от исходного, «материнского», халифата. Получается, что любые государства, где все граждане или большинство живущих под их властью лиц являются мусульманами и могут беспрепятственно совершать свои религиозные обряды, открыто следовать предписаниям своей веры и не подвергаться ограничениям, являются по своему характеру исламскими.

В итоге Ведомство фетв приходит к выводу, что государства, отвечающие вышеназванным критериям, в настоящее время являются исламскими. Их правители по шариатским меркам законны и достойны подчинения своей власти до тех пор, пока не приказывают гражданам нечто откровенно греховное.

Объявление Исламским государством халифата не учитывает политических реалий и не отвечает шариатским критериям

Данная оценка, опирающаяся на исторические факты и ориентирующаяся на мнения крупнейших мусульманских юристов, убедительно опровергает подход ИГ, который, не усвоив уроков истории и не желая вникнуть в особенности политической ситуации в современном мусульманском мире, считает настоящей исламской властью только себя. Очевидно, такая близорукость дала основание ведущим центрам исламской мысли подвергнуть ИГ справедливой критике за то, что объявление им халифата абсолютно не отвечает реалиям — как оставшимся в прошлом, так и существующим сегодня. Например, специальное заявление Всемирного совета мусульманских ученых (ВСМУ), принятое всего через несколько дней после объявления ИГ халифата, начинается с указания, что этот шаг не только не удовлетворяет шариатским критериям, но и не учитывает положения вещей¹⁸.

Разумеется, любые фактические обстоятельства минувших эпох или настоящего времени приобретают значение для осмысления халифата и исламской власти только когда они получают оценку с позиций шариата. В этом отношении современная исламская мысль, принимая во внимание историческую эволюцию исламской государственности под влиянием объективных обстоятельств, а также опираясь на выводы авторитетных представителей средневекового фикха, пришла к ключевому выводу, что исламская власть может осуществляться не только в форме единого халифата образца праведных халифов (халифата по пути пророчества). Вполне допустимы, а в определенных поли-

¹⁸ Текст заявления см.: Электронный ресурс: [<http://iumsonline.org/ar/aboutar/newsar/829/>]

тических условиях даже необходимы иные модели власти, если они дееспособны и в состоянии выполнять основное назначение халифата — охранять религию и управлять земными делами. Представление о том, что религии ислама не найдется места, пока не учрежден халифат, является безусловно ложным¹⁹.

При этом все крупные мусульманские мыслители и научные центры не сомневаются, что халифат является идеалом власти. Например, ВСМУ в упомянутом выше заявлении не преминул отметить, что халифат по пути пророчества остается мечтой всех мусульман, которые стремятся к тому, чтобы он как можно быстрее возродился как гарантия действительного мусульманского единства и последовательного претворения шариата. Но ислам учит, что любые крупные проекты требуют серьезных интеллектуальных усилий, подготовки, объединения сил и преодоления сопротивления недругов. Прежде всего, необходимо, чтобы современные мусульманские государства осуществляли власть по шариату и были связаны прочными узами. Они должны обладать материальной, человеческой и нравственной силой, чтобы защищать себя.

Следует настойчиво готовить условия для возрождения халифата, разъясняя цели этого проекта своим гражданам и всему миру, показывая отношение халифата к его союзникам и оппонентам. Одним из главных условий является достижение согласия мусульманского сообщества относительно общих параметров воссоздаваемого халифата, его формы и содержания. Вероятно, как полагают крупные мусульманские правоведы, это может потребовать преодоления промежуточных этапов и принятия переходных шагов, например, создания федерации или конфедерации мусульманских государств²⁰. Поэтому простое провозглашение халифата некой группой лиц совершенно недостаточно для настоящего его восстановления, не отвечает реалиям и лишено легитимности. Этого шага не поддерживает почти целиком все мусульманское сообщество. Его не разделяют ни руководители мусульманских государств, ни ведущие ученые.

Вместе с тем объявление ИГ халифата не только игнорирует политические реалии и ситуацию в мусульманском мире, но и не соответствует шариатским критериям учреждения исламской власти, в частности, касающимся институтов «байа» и консультации, а также способности государства выполнять свои функции. Ведущие мусульманские правоведы отмечают, что присягу главе так называемого халифата принесли неизвестные лица, не имеющие заметного веса и положения в сообществе мусульман. И сделали они это где-то в пустыне или пещере, да и сам его руководитель мало кому знаком. В лучшем случае присягу дали его приближенные, что формально наделяет его полномочиями их предводителя, эмира для решения их частных вопросов, но никак не превращает его в халифа.

Проведение процедуры «байа» в такой странной форме никак не отвечает условиям учреждения халифата по пути пророчества, объединяющего всех мусульман, которые с удовлетворением принимают власть халифа. Так, смена власти и избрание праведных халифов происходили в условиях абсолютной свободы и полной безопасности. Что же касается провозглашенного ИГ халифата, то его власть распространяется едва ли больше чем на одного мусульманина из каждой тысячи. К тому же далеко не все из тех, кто оказался под его властью, принимают ее и испытывают к ней симпатии. И это не должно удивлять, поскольку ИГ навязала свой халифат силой, принуждая мусульман подчи-

¹⁹ См.: Объявление исламского халифата: взгляд с позиций шариата и реальности.

²⁰ См.: *Аль-Карадави Йусуф*. Халифат ИГИЛ не имеет никакого значения, поскольку халифат в наше эпоху — это федерация или конфедерация. [Электронный ресурс] // URL: <http://iumsonline.org/ar/7/h1106/> (на араб. яз.).

няться обманом и оружием в условиях войны, в атмосфере страха, насилия и жестокого политического господства.

Если халифат праведных халифов объединял мусульман, был для них милостью и божественным благодеянием, то объявленный ИГ халифат означает гражданскую войну между мусульманами, разъединяет их и несет им страдания. В связи с этим нельзя забывать вывод фикха, что присяга правителю, данная под принуждением, недействительна²¹.

Мусульманские юристы обращают внимание еще на одно нарушение норм шариата, допущенное ИГ при объявлении им халифата. Речь идет о несоблюдении принципа консультации. Дело в том, что избрание исламского правителя должно происходить после консультаций и обмена мнениями между знатоками шариата при широком участии простых мусульман. Причем за советом надлежит обращаться к самым авторитетным специалистам по религиозным и мирским вопросам. Они должны обладать знаниями и опытом, чтобы вести за собой мусульман. К этой элите не может быть причислена отобранная наугад случайная группа, которой поручается принести присягу некоему лицу в качестве халифа. Если они не отличаются необходимыми качествами, то, как бы их ни называли, они не могут представлять мусульман в отношениях с правителем.

Понятно, что при проведении процедуры «байа» в отношении главы объявленного ИГ халифата необходимых консультаций с авторитетными знатоками шариата не проводилось. Без соблюдения этого условия устои исламской власти подвергаются опасности. По этому поводу халиф Омар говорил: «Если кто-нибудь дал присягу лицу без консультации с мусульманами, то нельзя следовать ни за ним, ни за тем, кому он присягнул, поскольку есть риск, что они будут убиты»²².

Отмеченным выше качествам должны удовлетворять любая исламская власть и порядок ее учреждения, тем более, халифат по пути пророчества, на что совершенно бесосновательно претендует ИГ. Дело даже не в том, что объявление им халифата сопровождалось очевидными нарушениями установленных шариатом процедур. Пожалуй, более важный довод против этого искусственного проекта дает само ИГ, точнее деятельность так называемого халифата и его неспособность выполнять функции, возлагаемые на исламскую власть.

Наряду с необходимостью процедуры «байа» и консультаций мусульманские правоведы обращают внимание еще на одно крайне важное условие, которое предъявляется исламской власти. Чтобы осуществлять свои функции, она должна быть дееспособной, иметь реальную возможность решать стоящие перед ней задачи. Известно изречение Пророка Мухаммада: «Воистину, имам — сродни щиту, под прикрытием которого ведут бой и которым защищаются». Комментируя эти слова, классики фикха подчеркивали, что настоящий правитель препятствует противнику причинять ущерб мусульманам, удерживает их от междоусобных распри и пресекает любую несправедливость и распространение нечестия. Истинный халиф обладает реальными правами и несет вполне конкретные обязанности. Ничем подобным глава халифата, объявленного ИГ, не располагает. А тот, кто неспособен выполнять функции, возложенные на него Аллахом перед своими подданными, не может требовать от них соблюдать права, которыми он обладает над ними.

Неприемлема ситуация, когда некая структура вербально объявляет халифат, охватывающий, якобы, глобальное мусульманское сообщество, самостийно возводит на

²¹ См.: *Ар-Рейсуни Ахмад*. Халифат по пути пророчества и халифат по пути ИГИЛ. Электронный ресурс // URL: <http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2014/7/7/> (на араб.яз.).

²² Цит. по: *Ар-Рейсуни Ахмад*. Халифат по пути пророчества и халифат по пути ИГИЛ.

престол имама, а затем требует всех мусульман присягнуть ему в качестве халифа, но на самом деле является неэффективной и лишённой достаточной силы, чтобы защитить своих граждан. В чем же смысл пустой декларации, за которой не стоит реальная власть?

Но даже если предположить, что объявленный ИГ халифат обладает потенциалом, чтобы решать стоящие перед исламским государством задачи, то остается неясным, какие цели и интересы он считает приоритетными. Мусульманские юристы подчеркивают, что халифат по пути пророчества основывался на достижении высоких целей, совершении конкретных полезных дел и защите определенных интересов. Халифат ИГ ориентируется только на громкие лозунги, декларации, внешние эффекты и выразительные титулы. Тем не менее он объявляет себя халифатом, возвращение которого предсказывал Пророк Мухаммад, хотя и не отдает себе отчета в том, в чем конкретно состоит содержание данной модели власти.

Как отмечают мусульманские правоведы, ИГ предвзято и искаженно толкует приведенный выше хадис, где речь идет о восстановлении халифата после смены различных форм власти, и без всяких оснований пытается присвоить титул халифата по пути пророчества. Ведь в пророческих словах говорится лишь, что в определенный момент истории вновь появится халифат по пути пророчества. Но Пророк Мухаммад не определил, каким образом это произойдет, и, главное, не повелел своим последователям возродить халифат. Так что утверждение ИГ, будто оно объявило халифат во исполнение пророческого приказа, не более чем вымысел²³. Заявление ИГ о халифате является пустой декларацией, которая не превращает его не только в халифат по пути пророчества, но и вообще в исламское государство. Ведь для исламской власти главное не форма, а содержание деятельности.

Этот момент имеет ключевое значение для точной оценки объявления ИГ халифата. Опровергая его утверждение о безусловной необходимости учреждения именно халифата по пути пророчества, мусульманские правоведы обращают особое внимание на то, что шариат не требует от мусульман установления халифата. Вопреки позиции ИГ, объявление халифата фикх не рассматривает в качестве главной цели и не относит к религиозным культовым предписаниям, за реализацию которых полагается награда от Аллаха.

Шариат требует иного — обеспечения ценностей религии, жизни, разума, достоинства и имущества. Именно эти пять целей выступают стержнем укладывающейся в рамки шариата политики и праведного правления в исламе. Их реализация, действительно, может считаться долгом веры и истинным требованием шариата²⁴.

Халифат, как и любая иная форма исламской власти, нужны не сами по себе, а потому, что с их помощью Аллах оберегает людей от произвола, реализует их интересы и отстраняет зло. По образному замечанию Ахмада ар-Рейсуни, если эти интересы удовлетворяются, а цели достигаются под эгидой структуры, именуемой халифатом, то пусть халифат благоденствует. Если указанные ценности нарушаются и предаются забвению под сенью халифата, то данный халифат является бедствием. Когда они реализуются пусть даже не под именем халифата, а под иным названием, то желаемая цель достигается сполна.

«Шариат, который возложил на нас долг придерживаться определенных принципов и целей, не обязывает нас учреждать нечто под названием халифата, исламского халифата

²³ См.: *Ар-Рейсуни Ахмад*. Указ. соч.

²⁴ См.: *Исламский халифат...*

или государства халифата. В нем нет ни одной фразы, которая требует от нас называть правителя халифом или именовать нашу форму правления халифатом. Можно смело сказать, что если слова «халифат» и «халиф» навсегда исчезнут из жизни мусульман, то их религия вовсе не пострадает. Но если хоть на день их покинет справедливость, принцип консультации и законность власти, то это будет величайшим несчастьем»²⁵.

В русле такой логики исламская политико-правовая мысль со временем уточнила классическое определение халифата и стала трактовать его более конкретно как руководства мусульманской общиной со стороны правителя, который обеспечивает торжество религии, претворяет требования Сунны Пророка, вершит справедливость по отношению к нуждающимся подданным, проявляет заботу о должном обеспечении всех прав.

Практика ИГ — нарушение заповедей религии и норм шариата

Понимание смысла исламской власти, делающее акцент не на ее форме, а на назначении, контрастирует с позицией ИГ, которое поспешило заявить о создании халифата, но даже не удосужилось пояснить, зачем он нужен. Получается, что формальное учреждение халифата для ИГ важнее достижения целей, которым призвана служить исламская власть.

Практика объявленного халифата наглядно подтверждает такой вывод. Складывается убеждение, что ИГ сводит защиту религии и управление земными делами в качестве сути халифата по пути пророчества к немедленному и полномасштабному претворению шариата на своей территории.

Показательно, что вскоре после учреждения халифата в ряде его вилайетов (провинций) была введена система строгих наказаний за отдельные преступления по шариату. Например, в Алеппо уже в декабре 2014 г. местные органы ИГ обнародовали заявление о применении шариатских санкций за 11 преступлений. К ним, в частности, относятся оскорбление Аллаха, Пророка и религии, внебрачная сексуальная связь и ложное обвинение во вступлении в такие отношения, кража, употребление алкоголя, шпионаж в пользу неверных, отступничество от ислама, разбой.

Наказания за данные преступления включают кроме смертной казни такие формально предусмотренные шариатом, но редко применявшиеся в Средние века в мусульманском мире санкции, как забивание камнями до смерти, отсечение руки и ноги, телесное наказание и распятие. Важно иметь в виду, что указанные меры ответственности регулярно приводятся в исполнение на территориях, контролируемых ИГ. При этом, как свидетельствуют факты, игнорируются детально разработанные фикхом условия применения санкций за преступления категории «худуд»²⁶, в частности, правило, требующее исключения ответственности при малейшем сомнении.

Кроме того, ИГ, претендующее на scrupulous следование заповедям Пророка Мухаммада и практике праведных халифов, упускает из виду некоторые общие принципы и подходы, без учета которых применение конкретных норм фикха может привести к результату, противоположному тому, ради достижения которого они сформулированы. Например, известно, что ряд строгих наказаний Пророк Мухаммад вводил постепенно, стремясь исключить причинение своим последователям тягот и не обременять их сверх меры.

²⁵ *Ар-Рейсуни Ахмад*. Указ. соч.

²⁶ Об исламской концепции преступления и наказания см.: *Сюкияйнен Л.Р.* Исламское уголовное право: от традиционного к современному // *Российский ежегодник уголовного права*. 2007. № 2. С. 571–596.

Кроме того, фикх исходит из того, что шариатские санкции имеют целью обеспечение интересов человека и целей шариата, которые должны приниматься в расчет при назначении наказания. Вопреки данному принципу суды, действующие на территории ИГ, выносят приговоры абсолютно формально, зачастую без должных доказательств вины обвиняемого, а также приводят их в исполнение, закрывая глаза на затрагиваемые при этом ценности шариата. В итоге жертвами таких противоречащих шариату решений становятся невиновые. Борьба с преступностью фактически превращается в свою противоположность, когда своими действиями власть утверждает произвол и причиняет ущерб самому исламу.

К аналогичному результату приводят и другие меры, которые предпринимает ИГ в своем стремлении буквально воспроизвести практику первоначального халифата, которая подходила для своего времени, но уже давно осталась в прошлом. Многие из них упоминаются в открытом письме 126 известных мусульманских мыслителей в адрес руководства ИГ²⁷. Например, в халифате введен институт рабства, а проживающих на его территории немусульман под угрозой лишения жизни принуждают принять ислам. В лучшем случае они обязаны платить специальный налог «джизья». Кроме того, дома немусульман ИГ грабит и разрушает, сносит их храмы.

На контролируемых ИГ территориях женщины вынуждены вести жизнь домашних затворниц. Они практически не имеют возможности учиться и работать, а должны заниматься только домашним хозяйством и детьми. Такого унижения женщин и ограничения их прав не было даже в Средние века в самых отсталых мусульманских странах.

Едва ли не ежедневной практикой ИГ стали надругательства над могилами, пытки и массовые казни. При этом совершать казни и приводить в исполнение смертные приговоры нередко заставляют детей. Распятие тела казненных выставляются напоказ. Якобы в целях борьбы с употреблением алкоголя уничтожаются виноградники.

В халифате открыто попираются общепризнанные правила военных действий. В частности, ИГ заставляет воевать детей, убивает гражданских лиц, которые не принимали участия в боевых действиях и не имели оружия, только за то, что они не разделяли его взгляды. Кроме того, лишаются жизни пленные и даже те, кто оказывается на территории ИГ с гуманитарными или информационными целями, например, журналисты и представители благотворительных организаций. Это абсолютно противоречит исламским традициям.

Свои военные операции ИГ именует джихадом, хотя для такой характеристики нет никаких оснований. Джихад допускает применение вооруженной силы в строго определенных случаях, для достижения установленных шариатом целей путем использования предусмотренных им методов. Согласно выводу авторитетных мусульманских ученых, действия ИГ являются не джихадом, а разбоем, влекущим предписанную шариатом строгую ответственность.

ИГ нетерпимо относится ко всем мусульманам, которые отказываются принять его идеологию. Их обвиняют в вероотступничестве, а значит, приговаривают к смерти. Преданные идеям халифата фанатики могут на улице остановить любого мусульманина и спросить его, сколько поклонов необходимо совершать при определенной молитве. Ошибочный ответ оценивается как доказательство неверия со всеми вытекающими последствиями.

Близкая по смыслу линия проводится даже по отношению к членам фактических союзников ИГ из числа джихадистских группировок, если те отказываются подчиняться

²⁷ Текст письма см.: [Электронный ресурс] <http://www.lettertobaghdadi.com/14/arabic-v14.pdf>

лидеру халифата. Весьма характерно, что для ИГ безусловным свидетельством вероотступничества мусульманина является принятие им современных институтов демократии. Между тем практически все ведущие мусульманские юристы и центры исламской правовой мысли подчеркивают совместимость исламских ценностей с принципами демократии, делают акцент на том, что именно в условиях демократии цели шариата могут быть реализованы наиболее последовательно²⁸.

В русле такой же логики провозглашенный халифат открыто выступает против существующих мусульманских государств на том основании, что они используют демократические процедуры, заимствуют западные модели законодательства, а шариат применяют не в полной мере. Для ИГ этого достаточно, чтобы относить их к странам, предавшим ислам. Ссылаясь на этот аргумент, оно призывает граждан указанных стран покинуть родину и присоединиться к халифату, что является прямым призывом к неподчинению власти и вмешательством во внутренние дела других государств. На такую провокацию мусульманские юристы отвечают запретом мусульманам вступать в отряды ИГ, поскольку подобный шаг означает сотрудничество в грехе и вражде, отвергаемое Кораном, а также является нарушением «байа» — присяги, данной своему государству²⁹.

Сторонники халифата, обосновавшиеся в той или иной стране, ведут открытую борьбу с государственными институтами, ставя цель свержение законного режима. Между тем, выступление против легитимного правителя категорически не допускается исламом и считается бунтом, т.е. одним из самых тяжких преступлений по шариату. К тому же объявление ИГ халифата ведет не к объединению мусульман, а, наоборот, разъединяет их и является источником хаоса и смуты, в то время как исламская правовая мысль рассматривает халифат в качестве политической формы мусульманского единства.

Решительно осуждая политику ИГ, мусульманские мыслители приводят шариатские аргументы, которые категорически запрещают оказывать этой группировке любую помощь и давать убежище ее членам. Более того, они полагают, что те, кто выносит фетвы в поддержку ИГ на основе отдельных положений Корана и Сунны Пророка Мухаммада, вырывая их из контекста этих священных источников и умышленно закрывая глаза на общее содержание шариата, должны быть преданы суду³⁰.

Важно подчеркнуть, что ИГ относится к террористическим организациям по законодательству многих немусульманских стран, включая Россию, и в этом качестве включено в соответствующий список ООН. Оно запрещено во многих мусульманских странах в соответствии с действующими в них правовыми актами. Современная исламская правовая мысль также решительно осуждает терроризм и устанавливает жесткую ответственность за террористическую деятельность³¹. Об этом, в частности, вновь напомнила Коллегия крупнейших мусульманских ученых Саудовской Аравии в специальном заявлении, в котором ИГ названо первым в ряду иных экстремистских организаций, прикрывающих свои преступления исламскими лозунгами³².

²⁸ См.: *Аль-Карадави Йусуф*. Отношение ислама к демократии. [Электронный ресурс] // URL: <http://iumsonline.org/ar/fatawy/h1026/> (на араб. яз.); *Аль-Хабил Муханна*. Единство, халифат, демократия. [Электронный ресурс] // URL: <http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2014/8/20/> (на араб. яз.); Исламский халифат.

²⁹ См.: <http://www.assakina.com/fatwa/73163.html>

³⁰ См.: Там же.

³¹ См. об этом: *Сюкияйнен Л.Р.* Исламская правовая мысль против экстремизма и терроризма // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2011. № 1. С. 24–43.

³² Текст заявления см.: [Электронный ресурс] <http://www.assakina.com/fatwa/73163.html>

Поэтому борьба с ИГ как с террористической организацией не только отвечает нормам международного права, но и должна рассматриваться как шариатский долг. Более того, противодействие ему с полным основанием может считаться джихадом. Погибший в войне против данной организации является шахидом — отдавшим жизнь за ценности, охраняемые шариатом. В связи с этим шариат требует от мусульман сотрудничать со всеми силами в мире в противодействии ИГ³³. Стоит отметить близкую оценку, которая содержится в фетве ливийского Ведомства фетв относительно ИГ. В этом документе подчеркивается, что данная группировка причиняет очевидный ущерб исламу. Поэтому тот, кто пожертвовал своей жизнью в борьбе с ней в защиту ислама, считается шахидом³⁴. Такая позиция привлекает особое внимание, поскольку Ливия является страной, где обосновалось наибольшее число сторонников ИГ за пределами Ирака и Сирии.

На основании всех приведенных выше аргументов крупные мусульманские юристы и политологи приходят к однозначному выводу, что объявление ИГ халифата не влечет никаких шариатских последствий, а сам халифат является чистой иллюзией. Его деятельность вступает в прямое противоречие с предписаниями шариата и постулатам религии, посягает на охраняемые шариатом ценности, безопасность и стабильность. Провозглашение халифата они расценивают как не шариатский, а как чисто политический проект, призванный стать прикрытием преступлений ИГ. В любом случае вред, который он причиняет исламу и мусульманам, существенно превышает приносимую им пользу. В частности, объявление халифата группировкой, которая зарекомендовала себя в качестве террористической, создает негативный образ ислама, а значит, посягает на высшую ценность шариата³⁵.

Представляя шариат как насилие, убийства и пытки, ИГ извращает его суть. Для подтверждения данного вывода достаточно сослаться на мнение крупнейшего средневекового мусульманского правоведа Ибн Каййима аль-Джавзийи (1292–1350), последователя ханбалитского толка фикха, имеющего фактически официальный статус в провозглашенном ИГ халифате. Он писал: «Шариат целиком построен на мудрости и учете интересов людей в их земной и будущей жизни; он — олицетворение абсолютной справедливости, милосердия, заботы об интересах и наивысшей мудрости; если какое-нибудь решение отходит от справедливости и обращается к произволу, отклоняется от милосердия в противоположную сторону, отказывается от отражения интересов и поворачивается лицом к ущербу, отрекается от мудрости и тяготеет к порче, то оно не принадлежит шариату»³⁶.

В рвении максимально точно следовать строгому шариату ИГ перешел все разумные рамки. Оправдания такой практики невозможно найти в книгах по фикху даже наиболее консервативных мусульманских авторов, а подобной трактовки шариата и форм реализации его предписаний нельзя обнаружить нигде в современном мусульманском мире, включая страны, где преобладают самые архаичные порядки.

Иными словами, ИГ понимает халифат по пути пророчества не как живую власть, отстаивающую исходные цели шариата и интересы человека, а как бездушный каратель-

³³ См.: Булюз Мухаммад. Воевать с ИГ — шариатский долг, а погибший в этой войне — шахид. [Электронный ресурс] // URL: <http://raissouni.ma/index.php/articles/661.html> (на араб. яз.).

³⁴ Текст фетвы см.: [Электронный ресурс] <http://raissouni.ma/index.php/articles/356.html>

³⁵ См.: [Электронный ресурс] <http://iumsonline.org/ar/aboutar/newsar/829/>

³⁶ Аль-Джавзийи Ибн Каййим. Наставление для выступающих от имени Господа Миров. Бейрут: б.и., б.г. Т. 3. С. 3 (на араб. яз.).

ный механизм слепого претворения шариата любой ценой, в том числе за счет самого ислама. Такая линия не может рассматриваться как результат ошибочной трактовки халифата и шариата или добросовестного заблуждения. Нет, речь идет о сознательном стратегическом выборе. Все шаги, начиная с объявления халифата и кончая жестоким претворением шариата, логично вписываются в проводимый ИГ общий курс, который недвусмысленно свидетельствует, что данная группировка под флагом искаженно понимаемого шариата, по сути, противопоставляет себя исламу. Для ИГ ислам и шариат выступают не целью, а средством создания халифата ради достижения политических целей.

Поэтому ведущие мусульманские мыслители предупреждают всех мусульман от присоединения к ИГ и в обоснование своей позиции приводят следующие слова Пророка Мухаммада: «Кто призвал к прямому пути, тому будет награда, подобная награде всех тех, кто последовал за ним, и не уменьшится при этом их награда ни на сколько. А кто призвал к заблуждению, на том грех, подобный грехам всех тех, кто последовал за ним, и не уменьшится при этом их грехи ни на сколько»³⁷.

Напрашивается вывод, что ИГ, безусловно, ни по каким параметрам не может быть названо халифатом, тем более, халифатом по пути пророчества. Вероятно, его можно считать временной фактической властью на определенной территории, но никак не исламской властью, исламским государством в точном смысле этого термина. Главным образом потому, что его образование и деятельность грубо нарушают заповеди исламской религии и предписания шариата.

ИГ является террористической организацией, в борьбе с которой современная исламская правовая мысль выступает союзником всех цивилизованных сил в мире, а по линии идейного противодействия этой угрозе она играет ключевую роль.



Библиография

Абдель Разик Али. Ислам и основы власти. Бейрут: б.и., 1972 (на арабском языке). 141 с.

Аль-Бадр Абдель Мухсин бин Хамад аль-Аббад. Смута пресловутого халифата ДАИШ. Электронный ресурс // URL: <http://www.assakina.com/fatwa/49687.html> (на арабском языке) (дата обращения: 27.07.2014)

Аль-Джавзий Ибн Каййим. Наставление для выступающих от имени Господа Миров. Бейрут: б.и., б.г. Т. 3. (на арабском языке). 336 с.

Аль-Карадави Йусуф. Отношение ислама к демократии. Электронный ресурс // URL: <http://iumsonline.org/ar/fatawy/h1026/> (на арабском языке) (дата обращения: 09.12.2015)

Аль-Карадави Йусуф. Халифат ИГИЛ не имеет никакого значения, поскольку халифат в наше эпоху — это федерация или конфедерация. Электронный ресурс // URL: <http://iumsonline.org/ar/7/h1106/> (на арабском языке) (дата обращения: 09.12.2015)

Аль-Маварди Абу аль-Хасан Али бин Мухаммад бин Хабиб аль-Басри аль-Багдади. Властные нормы и религиозные полномочия. Бейрут: б.и., б.г. (на арабском языке). 432 с.

Ар-Рейсуни Ахмад. Халифат по пути пророчества и халифат по пути ИГИЛ. Электронный ресурс // URL: <http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2014/7/7/> (на арабском языке) (дата обращения: 30.03.2016)

Бартольд В.В. Халиф и султан / Бартольд В.В. Работы по истории ислама и Арабского халифата. М: Восточная литература, 2002. С. 15–78.

Бигиев М. Воззвание к мусульманским нациям / Хайрутдинов А.Г. Наследие Муса Джаруллаха Бигиева. Сборник документов и материалов. Ч. II. Казань: Иман, 2000. С. 44–48.

³⁷ Цит. по: Аль-Бадр Абдель Мухсин бин Хамад аль-Аббад. Смута пресловутого халифата ДАИШ // URL: <http://www.assakina.com/fatwa/49687.html> (на араб. яз.).

Булюз Мухаммад. Воевать с ИГ — шариатский долг, а погибший в этой войне — шахид. [Электронный ресурс] // URL: <http://raissouni.ma/index.php/articles/661.html> (на арабском языке) (дата обращения: 30.03.2016)

Ибн Халдун. Мукаддима. Бейрут: б.и., б.г. (на арабском языке). 446 с.

Набханий Такийюддин. Исламское государство. Бейрут: Дар аль-Умма, 2002. 263 с.

Набханий Такийюддин. Система ислама. Б.м. б.и., 2001. 149 с.

Рида Мухаммад Рашид. Халифат, Или великий имамат. Каир, б.и., 1994 (на арабском языке). 216 с.

Сюкияйнен Л.Р. Исламская правовая мысль против экстремизма и терроризма // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 24–43.

Bunzel C. From Paper State to Caliphate: The Ideology of Islamic State. The Brookings Project on US Relations with the Islamic World. Analysis Paper. No 19. March 2015. 29 p.

Islamic Legal Thought on Islamic State and Caliphate



Leonid R. Syukiyaynen

Professor, Department of Theory of Law and Comparative Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: lsukiyainen@hse.ru



Abstract

The article touches upon the approach of the modern Islamic legal thought to the Islamic state and caliphate. The author explains the fundamental principles of Islamic concept of the power (caliphate) and points out that this concept is gradually deviating from real political practice. The modern Islamic legal doctrine stresses several aspects of the classical theory of caliphate such as nature of Islamic power as an instrument for defense and maintaining of religion together with solving temporal issues, “ba’yat” institution which is a sort of oath for the ruler and a special treaty between him and his subjects about their mutual rights and duties and also the principle of consultation which is used during caliph’s election. In the middle ages, the Ottoman Empire became the successor of the Arab caliphate. The caliphate itself remained as a political institution till the collapse of the Ottoman Empire after the World War I. The idea of the revival of caliphate was one of the demands included in the programs of some Islamic political organizations and movements during 20th century. After emergence of Islamic State of Iraq and Levant (ISIL) the caliphate converted to a specific political project. In June 2014, ISIL which changed its name to become “Islamic State” (IS) declared creation of caliphate. IS justified such step by referring to some wordings of Prophet Muhammad who, as believed, predicted revival of caliphate after a historical period when different modes of power were changing each other. IS considers its main goal to be the complete implementation of Sharia and copying power institutions of so called righteous caliphs. In practice, the Sharia implementation in IS leads to mass killings, forcing nonmuslims to adopt Islam, interference into internal life of Muslim states and terror attacks. The modern Islamic legal thought criticizes IS severely stressing its violence of religious postulates and Shariat provisions as far as the mode of announcing of Caliphate, “ba’yat” procedure and observance of consultation principle are concerned. This thought draws attention to the fact that IS practice doesn’t meet Sharia limits. It concludes that IS cannot pretend to be caliphate as well as it is not Islamic power at all. This organization is terroristic not only according to the norms of international law and national legislation of a number of states but Sharia provisions.



Keywords

Islam, Islamic state, caliphate, caliph, Islamic power, Sharia, Islamic legal thought, consultation institution, “ba’yat”, terrorism.

Citation: Syukiyaynen`L.R. (2016) The Islamic Legal Thought on Islamic State and Caliphate. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 185–205 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.185.205



References

Abdel' Razik Ali. (1972) *Islam i osnovy vlasti* [Islam and Fundamentals of Power]. Beirut, 141 p.

Al'-Badr Abdel' Mukhsin bin Khamad al'-Abbad. *Smuta preslovutogo khalifata DAISh* [Notorious Caliphate]. Available at: <http://www.assakina.com/fatwa/49687.html> (accessed 27 July 2014)

Al'-Dzhavziyya Ibn Kayyim (n.d.) *Nastavlenie dlya vystupayushchikh ot imeni Gospoda Mirov* [Instructions on Behalf of Master]. Beirut. 336 p.

Al'-Karadavi Yusuf. *Otnoshenie islama k demokratii* [Islamic Attitude to Democracy]. Available at: <http://iumsonline.org/ar/fatawy/h1026/> (accessed 09 December 2015)

Al'-Karadavi Yusuf. *Khalifat IGIL ne imeet nikakogo znacheniya, poskol'ku khalifat v nashe epokhu — eto federatsiya ili konfederatsiya* [IS Califat does not Matter as Today's Caliphate is Federation or Confederation]. Available at: <http://iumsonline.org/ar/7/h1106/> (accessed 09 December 2015)

Al'-Mavardi Abu al'-Khasan Ali bin Mukhammad bin Khabib al'-Basri al'-Bagdadi [n.d.]. *Vlastnye normy i religioznye polnomochiya* [Powers and Religious Powers]. Beirut: b.i., b.g. 432 p.

Ar-Reysuni Akhmad. *Khalifat po puti prorochestva i khalifat po puti IGIL* [Caliphate on the way to Prophecy or IS]. Available at: <http://www.aljazeera.net/knowledgegate/opinions/2014/7/7/> (accessed 30 March 2016)

Bartol'd V.V. (2002) *Khalif i sultan* [Caliph and Sultan]. Bartol'd V.V. *Raboty po istorii islama i Arabskogo khalifata* [Works on the History of Islam and Arab Caliphate]. Moscow Vostochnaya literatura, pp. 15–78.

Bigiev M. (2000) *Vozzvanie k musul'manskim natsiyam* [Address to Muslim Nations]. Khayrutdinov A.G. *Nasledie Musa Dzharrullakha Bigieva* [Heritage of Musa Dzharrullakh Bigiev]. Collection of Documents and Materials. Kazan': Iman, pp. 44–48.

Bulyuz Mukhammad. *Voevat' s IG — shariatskiy dolg, a pogibshiy v etoy voyne — shakhid*. Available at: <http://raissouni.ma/index.php/articles/661.html> (accessed 30 March 2016)

Ibn Khaldun Mukaddima (n.d.) Beirut: b.i., b.g. 446 p.

Nabkhaniy T. (2002) *Islamskoe gosudarstvo* [Islamic State]. Beirut: Dar al'-Umma, 263 p.

Nabkhaniy T. (2001) *Sistema islama* [The System of Islam]. B.m. b.i., 149 p.

Rida M. R. (1994) *Khalifat, ili velikiy imamat* [Caliphate or Great Imamate], Cairo. 216 p.

Syukiyaynen L.R. (2011) *Islamskaya pravovaya mysl' protiv ekstremizma i terrorizma* [Islamic Legal Thought Opposes Extremism and Terrorism]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 24–43.

Bunzel C. (2015) *From Paper State to Caliphate: The Ideology of Islamic State*. The Brookings Project on US Relations with the Islamic World. *Analysis Paper*, no 19. 29 p.

Правовые аспекты преодоления наследия диктатуры: из опыта Италии



С.Ю. Данилов

профессор, директор Центра сравнительного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор исторических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: sdanilov@hse.ru



Аннотация

Целью работы является исследование юридических аспектов перехода, совершенного Италией в середине XX в. от диктатуры Б. Муссолини к конституционному демократическому режиму. Статья выполнена на основе хронологического, сравнительного и системного методов исследования. Автор подчеркивает, что данный переход был совершен итальянским обществом и государством в крайне неблагоприятных условиях Второй Мировой войны и нестабильности первых послевоенных лет. Анализируются основные направления деятельности переходного (временного) нефашистского, а затем антифашистского правительства, достигнутые им политико-правовые компромиссы и их значение. Рассматриваются правовые акты, изданные переходным правительством в целях преодоления наследия свергнутой диктатуры. Значительное внимание отведено исследованию ответственности деятелей диктатуры и ее приверженцев перед судом, оценке санкций, которые были применены к ним. Исследуется воздействие политики держав антигитлеровской коалиции — США и Великобритании — на переход Италии к демократической государственности. Оценивается роль и значение внесудебных репрессий, предпринятых вооруженными антифашистскими формированиями против руководящих деятелей фашистского режима. Освещены также ключевые моменты замены монархического правления институтами Республики. В работе сделаны выводы об основных правовых и политических предпосылках, сделавших возможным изживание итальянским обществом наследия тоталитарной диктатуры. К ним автор относит правовую культуру Италии и лояльное сотрудничество нефашистских партий в переходном правительстве и вне его.



Ключевые слова

дефашизация, демократизация, правовые акты, суды, трибуналы, люстрация, амнистия, общенациональное примирение.

Библиографическое описание: Данилов С.Ю. Правовые аспекты преодоления наследия диктатуры: из опыта Италии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 206–218.

JEL: K0; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.206.217

Падение всякого диктаторского режима неминуемо порождает обширный комплекс юридических и политических проблем, без урегулирования которых общество не в состоянии перейти к полноценному правовому государству. Существовавшая в Италии тоталитарная диктатура Б. Муссолини (1922–1943) многократно становилась предметом научного изучения¹. Основательно проанализированы ее идейно-политические

¹ Из отечественных исследований см., напр.: Белоусов Л.С. Муссолини: диктатура и демагогия. М., 2016; Фашизм и антидемократические режимы в Европе. М., 1981. Из иностранных публикаций см.:

истоки, социальная база, карательно-репрессивная политика, развязанные диктатурой военные конфликты². Не столь пристально исследованными остаются пути и способы преодоления итальянцами наследия диктатуры. За рубежом по этой и смежным темам опубликованы специальные работы³, чего нельзя сказать об отечественной науке, особенно юридической.

Между тем, данная проблематика имеет большую познавательную и практическую ценность. Анализ многогранного и противоречивого процесса перехода от диктатуры к демократии был и остается актуальным. Он выводит общественную мысль на отчетливое понимание оптимального регулирования способов и темпов разрыва нации с наследием противоправного режима, причастности или непричастности массы рядовых граждан к деяниям диктатуры, соразмерности вины должностных лиц режима и их наказаний, нравственной и юридической целесообразности разоблачения рядовых пособников диктатуры — люстрации и т.д. Целью настоящей работы является освещение ряда аспектов данной многоплановой проблемы.

Причастной к противоправным действиям отстраненного от власти 25 июля 1943 г. диктатора традиционная элита Итальянского королевства (земельная аристократия, бизнес, высшее офицерство) себя не считала. Ее планы включали смещение диктатора и его приближенных («иерархов») и восстановление институтов конституционного, но не обязательно демократического государства. Дефашизация не должна была означать демократизации институтов власти и социума.

Правда, факторы, питавшие тенденции к демократизации, были не менее серьезными. Фашистский консенсус, державшийся на харизматической личности Муссолини и на критике буржуазной демократии, ушел в прошлое. Разочарование большинства итальянцев в тоталитарном правлении позволило противникам дуче бескровно совершить военно-дворцовый переворот.

Заслугой переходного правительства явилось юридическое оформление курса на дефашизацию. Фашистская партия и ее дочерние организации были распущены (что автоматически сделало Совет министров внепартийным институтом). Упразднены ключевые учреждения диктатуры — Большой фашистский совет и Особый фашистский трибунал, — а также ее идеологический орган — Институт фашистской культуры. Проведена всеобщая политическая амнистия. Арестована группа иерархов, прочие эмигрировали; началась реквизиция их недвижимости. Рядовые фашисты переименовались в национал-монархистов или консерваторов. В Риме заработала многопартийная общественная организация — Большой антифашистский комитет. Вехами преодоления переходным правительством международно-правовых аспектов наследия диктатуры

Грациози Э. Революция в Европе 1914–1956. М., 2005; *Хобсбаум Э.* Эпоха крайностей. Короткий двадцатый век. 1914–1991. М., 2004; *Payne S.* A History of Fascism. 1914–1945. Madison, 1995; *Pollard S.* The Fascist Experience in Italy. London — Harmondsworth, 1998.

² См.: *Белоусов Л.С.* Режим Муссолини и массы. М., 2000; *Лопухов Б.Р.* История фашистского режима в Италии. М., 1977; *Он же.* Эволюция буржуазной власти в Италии. Первая половина XX века. М., 1986. Из работ иностранных специалистов: *Прокаччи Д.* История итальянцев. М., 2013; *Хибберт К.* Муссолини. Разные издания; *Payne S.* et al. Fascist Italy and Nazi Germany. Comparisons and Unity. Baltimore — London, 1995.

³ См., напр.: *Chilcote R.* (ed.) The Transitions from Dictatorship to Democracy. Baltimore– London, 1991; *Pavone C.* Una Guerra Civile. Verona, 1997; *Rusconi E.* Patria e repubblica. Milano, 1999; *Vaussard M.* La conjuration du Grand Conseil fasciste contre Mussolini. Paris, 1965. Полезные сведения содержит сборник документальных материалов: *Creil N.* (ed.) The Transitional Regime. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Vol. 2. Washington, 1995.

стали разрыв союза с нацистской Германией и объявление ей войны, присоединение к антигитлеровской коалиции на правах «совместно воюющей нации» и восстановление дипломатических отношений с СССР.

Германская оккупация большей части Италии («сентябрьская катастрофа»)⁴, не остановила дефашизации страны. Переходное правительство активизировало сотрудничество с антифашистскими организациями, образовавшими Комитет национального освобождения (КНО). Если Большой антифашистский комитет был наблюдательным и совещательным органом, то КНО добился положения инстанции, наряду с королем выражавшей доверие или недоверие Совету министров, т.е. выполнявшей некоторые (ключевые) функции законодательной власти. Совет министров де-факто оказался в двойном подчинении — королю Виктору-Эммануилу III, наследнику старинной Савойской династии, и многопартийной общественной организации, возникшей в порядке самопровозглашения.

На основании рассмотренных обстоятельств допустимо сделать вывод, что в стране сложилась обстановка, напоминавшая двоевластие. Легитимное, однако, не имевшее армии и госаппарата и во многом связанное со свергнутой диктатурой переходное правительство было «властью без силы». Располагавший вооруженной силой в виде партизан-боевиков Корпуса добровольцев свободы и связанный с массовыми движениями КНО во многом мог быть охарактеризован как «сила без власти». Только лояльное сотрудничество разнородных общественных сил, настроенных против реставрации диктатуры в любом ее варианте, позволило не допустить скатывания страны к анархии. Переходное правительство пополнилось деятелями КНО (коммунистами, социалистами и анархистами) в обмен на их заверения «не стремиться к капитальным преобразованиям» до окончания войны. Таким образом, Совет министров из внепартийного органа был сделан многопартийным. Впервые деятели радикальных партий вошли в состав коалиционного монархического правительства.

Кардинальной мерой, осуществленной переходным правительством, стало решение назревшей проблемы антитоталитарной чистки. Недавние фашисты (около 4 млн. человек из 30 млн. взрослых итальянцев), разумеется, настаивали на цивилизованном отношении к ним. К примирению с бывшими фашистами призывал Ватикан. Из Вашингтона и Лондона в Салерно поступали рекомендации и предписания, разрешавшие смещать лишь «руководящих деятелей фашизма». Уточнений, кого считать таковыми, правительства США и Великобритании не делали почти целый год. Между тем антифашистский настрой большинства итальянцев оставался фактом.

Только под нажимом КНО дело сдвинулось с мертвой точки: за подписью короля и премьер-министра был опубликован Декрет 7 мая 1944 г. «О наказании фашистских преступников», вступивший в силу немедленно и возведенный затем в ранг закона (далее — Декрет-закон).

Декрет-закон 1944 г. заслуживает пристального рассмотрения. Его принятие ознаменовало перевод дискуссии о чистке из философско-морализаторской сферы в юридическую плоскость нормативно-правового регулирования ответственности физических

⁴ Хаос усилился в связи с появлением республиканского фашизма. На Севере освобожденный немцами из заключения Муссолини провозгласил Итальянскую социальную республику, порвавшую с монархией и Ватиканом и обещающую «социализацию» экономики, но настаивавшую на союзе с Германией. Почти два года в Италии были две формы правления, два политических режима, два правительства и две оккупационные администрации. Фронтальной раскол страны дополнился конституционно-правовым противостоянием.

и юридических лиц⁵. Декрет-закон содержал четкую юридическую квалификацию ключевых действий фашистской партии и ее лидера. К ним были отнесены: 1) фашистский «поход на Рим» 1922 г., итогом которого стало назначение Муссолини на должность премьер-министра; 2) сделанное Муссолини в парламенте в 1925 г. заявление о его персональной «исторической, политической и моральной ответственности» за все происходящее в стране. Первое было охарактеризовано в Декрете-законе как «вооруженное восстание», второе — как «государственный переворот». Все прочие действия институтов диктатуры и ее должностных лиц всех рангов (в первую очередь, репрессивные) отныне надлежало толковать как производные от первых двух деяний фашизма. Многочисленные социально-экономические мероприятия, осуществленные фашистской диктатурой — так называемые битвы «против болезней», «за хлеб», «за осушение болот», «за высокую рождаемость» и т.д. — наказуемыми деяниями сочтены не были. Преступной организацией фашистская партия как единое целое объявлена не была.

Декрет-закон вводил градацию наказуемых деяний диктатуры и классификацию лиц, замешанных в них. Действия физических и юридических лиц оценивались, согласно канонам правового государства, в соответствии с Конституцией (Альбертинским статутом 1848/1859 гг.) и законодательством королевства, действовавшим на момент их совершения. Руководители вооруженного восстания и государственного переворота подлежали наказанию в виде смертной казни или каторжных работ (при смягчающих обстоятельствах), а рядовые участники данных деяний — тюремному заключению на срок не менее пяти и не более 15 лет. Декрет-закон оговаривал, что на две эти категории физических лиц не может быть распространено действие законов о политических амнистиях, принятых при диктатуре в 1924–1936 гг. и после ее свержения в 1943 г. Подлежало конфискации движимое и недвижимое имущество лиц, «предавших родину и перешедших на службу к Германии» в сентябре 1943 г. или позже.

По условиям Декрета-закона физические лица, обвиняемые или даже только подозреваемые в «активной поддержке фашистского режима», обязывались сообщить властям данные о размерах своих доходов и собственности до установления диктатуры и после ее свержения. Этой последней нормой были заложены основы послевоенной люстрации.

При Совете министров создавалась многопартийная Верховная комиссия антифашистских санкций. На местах образовывались «комитеты дефашизации». Половина членов каждого комитета назначалась Комиссией, половина избиралась населением. Одновременно была образована Комиссия расследования обстоятельств сдачи Рима немцам в 1943 г.⁶ также с многопартийным составом. Высокий статус обеих комиссий подчеркивался тем, что их председатели наделялись статусом членов правительства в ранге министров без портфеля.

Всецело свободные от идеологических наслоений нормы Декрета-закона стали одним из индикаторов того факта, что правовое наследие итальянского общества и государства — высокоразвитая юридическая школа, покоящаяся на фундаменте древнеримского права — не была уничтожена или парализована двадцатилетней фашистской диктатурой⁷.

⁵ Rusconi R. *Patria e respublica*. Milano, 1999. P. 316.

⁶ Почти все военные деятели Италии после ультиматума германского командования отказались от обороны незащищенной столицы, предложив объявить ее «открытым городом». Немецкая сторона приняла предложение, но после прекращения огня и разоружения итальянских войск оккупировала Рим и установила в городе режим военного времени.

⁷ Приведем в связи с этим другой не менее красноречивый факт. Государственные служащие, оказавшиеся после «сентябрьской катастрофы» на территории Итальянской социальной республики, в от-

Органически дополнил положения Декрета-закона Акт о политической чистке, обнародованный оккупационной англо-американской администрацией 26 июня 1944 г. и содержавший перечень лиц, на которых распространялась чистка. К таковым нормами Акта были отнесены уже не только «руководители режима», но и платные функционеры фашистской партии; сотрудники полицейских структур и их агенты; государственные служащие⁸; мэры городов и поселков с населением более 50 тыс. жителей.

Данные нормативные правовые акты, которые логично рассматривать в единстве, содержали в своих репрессивных нормах ряд изъятий и оговорок. Они предусматривали облегчение наказания виновных или освобождение от него при наличии хотя бы одного из нижеследующих условий:

- виновные отошли от общественной деятельности;
- виновные перешли на антифашистские позиции до 1940 г.;
- виновные «отличились в борьбе против Германии после 8 сентября 1943 г.»;
- виновные назначены «доверенными лицами» оккупационной администрации или оказывали ей содействие⁹.

Трудно усомниться в компромиссном содержании правовых норм, закрепивших критерии и порядок антифашистской чистки. То, что массу рядовых служащих государственного, муниципального и частного сектора («технических исполнителей») Акт 26 июня освободил от необходимости проходить чистку, возражений не вызвало. Но вне чистки обоими актами были оставлены судебские и прокурорские кадры, командный состав армии. Темпы, способы и пределы применения данных актов вызывали подозрения в намерении максимально смягчить участь возможно более широкого круга лиц, состоявших в фашистской партии или сотрудничавших с Третьим рейхом.

Декрет-закон наделил Верховную комиссию антифашистских санкций правом расследовать, передавать дела в суд, требовать применения репрессий, обнародовать любые сведения. Но в сферу ее компетенции не было включено право смещать кого-либо с должности или прекращать должностные полномочия. Далее, вместо 142 комитетов дефашизации, на образовании которых настаивала Комиссия, было образовано около 90. Было реализовано менее половины увольнений, которых требовала Комиссия и/или местные комитеты. Министры в ответ на предложения Комиссии произвести увольнения в их ведомстве угрожали отставкой. Из нескольких десятков лиц, на смертной казни которых настаивала общественность и отражавшая ее настроения Комиссия, был расстрелян только один фашистский функционер — бывший начальник полиции Рима.

Защищенный от чистки судебский и прокурорский корпус во многих случаях затягивал преследование лиц, отнесенных законом к «фашистским преступникам», выносил смягченные приговоры со ссылками на раскаяние обвиняемых, их преклонный возраст, нездоровье, многодетность. Довольно часто применялось и такое средство, как отсрочка вступления приговора в силу на определенное или на неопределенное время. Все же

вет на предписание лидеров республиканского фашизма занять должности в аппарате и приступить к исполнению служебных обязанностей в своей массе заявляли, что новое государство конституировалось без народного волеизъявления или созыва Учредительного собрания, следовательно, оно не прошло легитимации, и повиноваться его институтам никто не обязан. Характерно, что репрессий против «саботажников», решительно поставивших конституционное право выше политической конъюнктуры и собственного благополучия, не последовало, о чем не без удивления сообщает марксистская литература.

⁸ К которым с середины 1920-х гг. принадлежали школьные и университетские преподаватели, поскольку их заставили присягать на верность режиму.

⁹ Pavone C. Op. cit. P. 229.

в ходе чистки была отстранена от работы или привлечена к судебной ответственности немалая часть работников средств массовой информации (до половины всего контингента), школьных и университетских преподавателей (около 35%), а также государственных, муниципальных и корпоративных служащих среднего и высшего звена (около 20%). Лиц, признанных виновными, суды обычно приговаривали к лишению права заниматься прежней профессией на срок до 10 лет. (Фактически подобный приговор был равноценен лишению права на прежний род занятий, так как на протяжении срока, близкого к 10 годам, индивидуум утрачивает приобретенные ранее квалификационные навыки).

Наиболее основательной чистке были подвергнуты органы муниципального самоуправления и полиции¹⁰. В отдаленных местностях заметный вклад в чистку внесли формирования Корпуса добровольцев свободы. Боевики при занятии сел и городов увольняли из муниципальных органов всех членов фашистской партии и близких к ним лиц независимо от их должности, квалификации, нездоровья и прочих качеств.

Не стоит проходить мимо факта, что за рамками чистки не был оставлен премьер-министр переходного правительства. По предложению Верховной комиссии правительство лишило Бадольо статуса сенатора, сохранив маршальское звание.

Приобретенный Италией опыт анти тоталитарной чистки был после капитуляции Третьего рейха был использован в Германии (разумеется, с поправкой на ее конкретно-исторические условия).

В то время как переходное правительство не без трудностей и конфликтов, но зато на постоянной основе взаимодействовало с коалицией нефашистских демократических сил, Италия по-прежнему была дуалистической монархией, и во главе государства оставался король, который занимал престол с 1901 г. и взгляды и намерения которого были вполне антидемократическими. Правда, он придал законную силу смещению Муссолини и назначил первого за 20 лет нефашистского премьер-министра. Однако подписью короля были скреплены многие (пусть не все) нормативные акты диктатуры. К тому же назначение Муссолини главой правительства в 1922 г. было санкционировано тем же королем. Поэтому в переходном правительстве по мере обновления его состава неуклонно увеличивалось влияние антимонархических кругов. Дефашизация перерастала в демократизацию.

В середине 1944 г. правительство заключило с монархом «джентльменское соглашение», поддержанное консерваторами, социалистами и коммунистами (против соглашения были только анархисты). Король обязался в день освобождения Рима от немцев отказаться от статуса царствующего монарха и выехать из Италии, но его обязательство не означало низложения династии и тем более провозглашения республики. С санкции правительства монарх передал статус главы государства старшему сыну — принцу Умберто, дав ему титул «принца-наместника Италии»¹¹. По определению правоведов, «принц-наместник — это политическая амфибия, не монарх и не президент»¹². Одновременно правительственным декретом был обновлен текст государственной присяги: монархическая норма о «верности его величеству королю» была заменена демократической формулировкой. Отныне и до 1947 г. высшие итальянские должностные лица должны были присягать на верность «высшим интересам народа». Вопрос о форме правления король и Совет министров условились урегулировать в дальнейшем народ-

¹⁰ Подробнее см.: *Loggia E. La morte della patria. Roma, 1996.*

¹¹ В мае 1946 г. принц-наместник был провозглашен королем под именем Умберто III.

¹² *Всеобщая история государства и права / под ред. В.А. Томсинова. М., 2012. Т. 2. С. 219.*

ным волеизъявлением, уже не первым в конституционно-правовой истории страны. Большинство членов правительства принимало в расчет монархические привязанности крестьянства и не торопилось с упразднением монархии, даже скомпрометированной сотрудничеством с диктатурой.

Отъезд короля и отставка Бадольо, полномочия которого не были продлены КНО, означали исчезновение последних нитей, номинально и персонально соединявших переходное антифашистское правительство с фашистской диктатурой. Военные действия сопровождалась расправами над сторонниками диктатуры¹³. Но, к чести итальянского народа, к расчету были призваны не только рядовые исполнители, но и высшие должностные лица режима. Восемнадцать видных фашистов-республиканцев во главе с Муссолини были 28 апреля 1945 г. расстреляны боевиками.

О правомерности данной акции антифашистов происходили споры, вызванные обстоятельствами казни дуче и ряда иерархов. Действительно, их смертные приговоры были вынесены и приведены в исполнение без судебного-следственных процедур. Однако надлежит помнить о действии законов военного времени, дававших государству и его уполномоченным право на ускоренный и упрощенный порядок уголовной репрессии. Командиры отрядов Корпуса добровольцев свободы подчинялись — по крайней мере, номинально — Совету министров Италии, т.е. входили в состав государственных структур военного времени. Их действия в силу данных причин были правомерными. Мера репрессии, примененная боевиками к дуче и иерархам, ни в чем не противоречила нормам Декрета-закона, рассмотренного выше.

В решениях состоявшейся после завершения военных действий в Европе Потсдамской конференции 1945 г. подчеркивалось: «Италия самостоятельно освободилась от фашистского режима и добилась прогресса в восстановлении демократического правления и его учреждений»¹⁴.

1945–1953 гг. прошли в Италии под знаком судебного преследования оставшихся в живых деятелей фашистского режима и создания практически свободного доступа граждан к массиву информации о деяниях диктатуры и о лицах, непосредственно служивших ей. В июле 1945 г. правительство наделило всех желающих правом на доступ к государственным архивным фондам. Очень скоро СМИ стали публиковать цифровые данные о количестве итальянцев, репрессированных (в том числе казненных) при диктатуре. Верховная комиссия антифашистских санкций и комитеты дефашизации между тем обнародовали персональные данные штатных и секретных сотрудников фашистских карательных служб (исполнителей казней, охранников, следователей, тайных осведомителей и т.д.). Их списки с указанием полных адресов и телефонных номеров вывешивались в общественных местах, к которым были отнесены почтово-телеграфные отделения и торговые центры. Впоследствии за аналогичными процедурами, дающими социуму право и возможность знать, «кто был кем» при однопартийной диктатуре, закрепилось название люстрации.

¹³ По официальным данным, в последние дни Второй Мировой войны на Севере Италии по судебным приговорам было казнено 1732 человека (*Cela L. La Condotta Italiana della Guerra. Milano, 2005. P. 463*). Сколько человек было умерщвлено без суда — статистика не уточняет. Дж. Китс в современной «Истории Италии» (М., 2012. С. 201) без ссылок на источники уверяет, что антифашисты умертвили тогда порядка 16 тыс. человек. Автор фундаментального исторического исследования «История итальянцев» (М., 2013) Дж. Прокаччи совсем не касается данного вопроса, что наводит на предположение о близости к истине данных, приводимых Дж. Китсом.

¹⁴ Цит. по: Внешняя политика Советского Союза в период Великой Отечественной войны. Документы и материалы. Т. 3. М., 1946. С. 352.

Итальянской люстрации, способствовавшей оздоровлению общественной атмосферы в стране, было суждено стать первой в современном мире. Казавшаяся преждевременным или недопустимым шагом (как и любая мера гласности), люстрация сыграла бесспорную положительную роль, особенно в плане социальной справедливости. Осуществив процедуры люстрации вопреки возражениям тех, кому они по очевидным причинам не были выгодны, переходное правительство Италии воспрепятствовало продолжению карьеры лиц, которые запятнали себя материальными и должностными выгодами, полученными благодаря активному служению противоправному и антидемократическому тоталитарному режиму.

Вопрос о форме правления был урегулирован итальянцами на референдуме 11 июня 1946 г. Народное волеизъявление прошло в обстановке высокой активности электората: на избирательные участки явилось 85% избирателей. В бюллетенях значился вопрос: «Хотите ли вы провозглашения Италии республикой?» С преимуществом в 2 млн. голосов победу одержали сторонники ответа «Да». Исход референдума, означавший легитимацию республиканского строя, никем не был опротестован, в том числе правоцентристскими партиями — Консервативной и Национально-монархической, в рядах которых насчитывалось особенно значительная прослойка недавних членов фашистской партии. Самый недолговечный в итальянской истории король Умберто III безукоризненно выполнил условия джентльменского соглашения 1944 г. Заявив о подчинении легитимной воле народа, он покинул страну вслед за отцом. Итальянское королевство стало Республикой в рамках цивилизованного демократического процесса. Савойская династия — одна из старейших в Европе — покинула историческую сцену с достоинством.

Вторая половина 1940-х гг. ознаменовалась в Республике судебными процессами над уцелевшими деятелями однопартийной диктатуры. Их дела рассматривались военными трибуналами. Все без исключения процессы были открытыми. На скамье подсудимых побывали почти все остававшиеся к этому времени в живых бывшие члены Большого фашистского совета (порядка 15 человек). Все они были наказаны лишением политических прав, государственных наград и различными сроками тюремного заключения. Характерно, что одни обвиняемые явились в трибуналы добровольно, другие — по первому требованию. Никого не пришлось объявлять в розыск, и никто не сказался больным. Не менее симптоматично также, что после вынесения обвинительных приговоров ни один из осужденных не подал прошений о смягчении своей участи или о пересмотре дела.

При определении меры наказания иерархов члены трибуналов приняли во внимание, что большинство главных виновников национальной трагедии — проигрыша войны и иностранной оккупации — уже подверглись высшей мере наказания. Многие же из подсудимых способствовали государственному перевороту 1943 г., проголосовав против диктатора в Большом фашистском совете. Такие видные иерархи фашизма, как Д. Гранди (в прошлом министр иностранных дел, затем председатель нижней палаты парламента) и Л. Федерцони (ранее глава корпоративных учреждений режима), которые бежали в 1943 г. за границу и имели возможность остаться в эмиграции, после окончания военных действий по доброй воле вернулись на родину и отдали себя в руки правосудия. Наконец, избранный по демократизированному избирательному закону парламента Италии, состоявший в подавляющем большинстве из антифашистов и близких к ним лиц, во второй половине 1940-х гг. трижды принимал законы о частичной амнистии¹⁵, смяг-

¹⁵ Показательно, что курс на прощение и толерантность был взят итальянским социумом и государством только после волны самочинных расправ над высшими деятелями однопартийной диктатуры и немалым количеством ее рядовых приверженцев. Многочисленные бессудные расстрелы надолго сковали активность уцелевших фашистов.

чавшие участие политических преступников — деятелей однопартийной диктатуры и ее приверженцев¹⁶.

Политические амнистии 1946–1948 гг. закономерно вызвали неоднозначную публичную реакцию. Их приветствовали сторонники скорейшего общенационального примирения и осуждала немалая часть борцов антифашистского Сопротивления.

В краткосрочном плане указанные амнистии способствовали легализации неофашистского движения. Они затруднили и затянули судебное преследование лиц, ответственных за оставление Рима во время «сентябрьской катастрофы». Итоги расследования были обнародованы правительственной комиссией весной 1945 г., однако судебное преследование виновников захвата столицы вооруженными силами нацистской Германии последовало только четырьмя годами позже.

Военные трибуналы Республики рассмотрели дела большой группы высокопоставленных военных — чинов Генерального штаба, Военного министерства, военной разведки, комендатуры Рима, армейских командиров в звании не ниже командира бригады. Среди подсудимых были обладатели высшего военного звания — маршалы Р. Грациани и П. Кавилья. Всего к ответственности было привлечено до 40 человек. Командные кадры среднего и младшего звена были от ответственности освобождены. Не привлекались к ответственности командные кадры ВМС и ВВС, поскольку захвата кораблей и самолетов Германией они не допустили.

В отличие от «процессов фашистских иерархов» 1946–1947 гг., на «армейских» судебных процессах 1949 г. почти все обвиняемые настаивали на своем оправдании. Виновниками захвата столицы германскими войсками они призывали считать лиц, «не доживших до судебного разбирательства»¹⁷, а также «иностранные державы»¹⁸. По мнению подсудимых, они были причастны не к сдаче столицы врагу, а только к «передаче» города вермахту из гуманитарных соображений — в расчете на предохранение исторического достояния Рима от разрушений, которых невозможно избежать при современных военных действиях.

Однако члены трибуналов оказались на высоте положения. Им не составило труда найти в довоенных армейских уставах и в Уголовном кодексе Италии 1930 г. санкции, каравшие такие составы преступлений, как бездействие власти, малодушие, невыполнение приказов, предательство, сотрудничество с врагом. Опираясь на действовавшие в момент сдачи Рима нормы уставов и УК и на показания множества свидетелей, трибуналы признали виновными абсолютное большинство лиц, привлеченных к ответственности. В то же время подсудимым были вынесены приговоры, которые трудно считать бесчеловечными: от понижения в звании на одну или несколько ступеней до увольне-

¹⁶ Первый во времени из законов о политической амнистии был принят Учредительным собранием в 1946 г. по инициативе Компартии. Антикоммунист П. Демаре сбивчиво, но в целом позитивно писал: «Мы не станем касаться мотивов, вызвавших это решение Тольятти. Мы только отмечаем сам факт. Он важен сам по себе. Он указывает на коренной поворот к терпимости». Цит. по: *Cela L.* Op. cit. P. 465.

¹⁷ Имелись в виду король, скончавшийся в эмиграции в 1947 г., и начальник генерального штаба У. Каваллеро, покончивший с собой в сентябре 1943 г.

¹⁸ Ответственность руководящих кругов Вашингтона и Лондона за «сентябрьскую катастрофу» Италии очевидна. Англо-американское командование виновно, прежде всего, в том, что оно предало гласности секретное заключение перемирия между Италией и антигитлеровской коалицией. Кроме того, в критический момент оно отказалось выполнять данные ранее обещания направить на защиту Рима авиадесантные дивизии. Разумеется, в условиях гегемонии Соединенных Штатов, установившейся после 1945 г. во всем западном мире, члены трибуналов не уделяли внимания данным обстоятельствам.

ния с военной службы с порочащими формулировками и без права на пенсию. Многих обвиняемых вдобавок лишили полученных при фашизме государственных наград. По всем пунктам обвинения трибуналы оправдали только одного военного деятеля — генерала Дж. Карбони, сыгравшего видную роль в смещении Муссолини.

Отношение Республики к свергнутой диктатуре нашло также наглядное выражение в конституционной реформе 1947 г. Подготовившее проект новой Конституции, призванной заменить архаический Альбертинский статут, Учредительное собрание подтвердило ряд направленных против фашизма и монархизма положений, принятых переходным правительством в 1943–1944 гг., и перенесло их на уровень конституционных норм. Роспуск фашистской партии Собрание дополнило запретом на ее восстановление (12-е переходное положение Конституции)¹⁹. Для итальянцев, отбывших пять или более лет по приговору Особого фашистского трибунала или лишенных депутатских мандатов при диктатуре, Собрание предусмотрело компенсацию в виде их назначения без выборов сенаторами Республики (3-е переходное положение). Характер компенсации позволяет приравнивать ее к привилегии²⁰. Статьями Конституции было восстановлено упраздненное фашизмом разделение властей. Высшие должностные лица отныне приносили присягу на верность Республике и Конституции. Имущество королевского дома национализировалось, а его отпрыски лишались права занимать любые официальные должности (13-е заключительное положение). По 10-му переходному положению Конституции раздача аристократических титулов прекращалась, Геральдический совет при правительстве упразднялся. Вразрез с идеологией и практикой диктатуры, определявшей войну как естественный и позитивный феномен, 11-я статья Конституции зафиксировала отказ Республики от войны как орудия внешней политики.

Выдержанная в антифашистском духе всеобъемлющая конституционная реформа, ставшая одним из заключительных моментов освобождения страны от наследия диктатуры, ускорила мирное урегулирование отношений Италии с державами антифашистской коалиции. Парижский мирный договор 1947 г., закрепивший уплату Республикой репараций странам, подвергшимся итало-фашистской агрессии, вслед за Конституцией запретил воссоздание фашистской партии и гарантировал сохранение в стране демократических институтов. Конституционно-правовые антифашистские гарантии были, таким образом, дополнены нормами международного права.

Досрочное освобождение деятелей диктатуры из заключения в течение 1950–1953 гг. принято считать завершающим актом процесса дефашизации Италии. Около половины отбывших наказание лиц покинули Республику. Подавляющее большинство оставшихся в стране бывших деятелей фашизма не играло в дальнейшем активной роли в общественной жизни страны.

В целях преодоления наследия диктатуры в Италии был принят ряд нормативных правовых актов — как подзаконных (декретов), так и законодательных. Большое зна-

¹⁹ В то же время Учредительное собрание предусмотрело ограничение сроков лишения деятелей диктатуры политических прав пятью годами со дня вступления Конституции в силу (1 января 1948 г.). Минимальный срок лишения прав определен не был. Парламент и Верховный суд в дальнейшем истолковали данные нормы как сокращение сроков лишения свободы политическим преступником. В результате большинство лиц, осужденных трибуналами в 1945–1949 гг., было освобождено к 1950 г., прочие — к 1953 г.

²⁰ По статье 57–58-й Конституции Сенат Республики является выборным органом. По закону членам Сената положены должностной оклад, автомобиль, водитель и охранник (но не положено казенной жилой площади). Прочие лица, лишавшиеся свободы при диктатуре, получили более традиционные компенсации в виде денежных пособий, надбавок к пенсиям по старости и т.д.

чение имели также решения военных трибуналов и судов общей юрисдикции. Была проведена всеобъемлющая конституционная реформа. Способы и темпы преодоления наследия фашизма не могли не изменяться в зависимости от внутри- и внешнеполитических условий. Данные условия были наихудшими в 1943–1944 гг. Однако именно тогда были достигнуты прорывы, предрешившие успех дефашизации: в сфере национального права — запрещение фашистской партии, физическое устранение части иерархов, конфискация нажитой ими при диктатуре недвижимости, в сфере международного права — разрыв с германской диктатурой и присоединение к антигитлеровской коалиции.

Переходное правительство обычно считается слабым и неустойчивым. Переходное правительство Италии приходится рассматривать в качестве знаменательного исключения. Условия его деятельности не были благоприятными. Стабильности в оккупированной иностранными войсками стране не было. Персональный состав правительства многократно обновлялся, и министрам не хватало управленческого опыта. Тем не менее, многое из намеченного антифашистскими силами было реализовано. Не прошедший процедур легитимации, но зато не поддававшийся бюрократизации или коррупции Комитет обеспечивал связь государства с нефашистскими силами, настроенными против восстановления диктатуры, лучше многих парламентов. Это обстоятельство и сделало работу правительства плодотворной, а дефашизацию — необратимой, что в свою очередь позволило Италии избежать новой диктатуры. Амнистии конца 1940-х гг. предотвратили гражданскую войну. Дефашизация была вовремя переведена на рельсы общенационального примирения.



Библиография

- Белуосов Л.С. Муссолини: диктатура и демагогия. М.: Алетей, 2016. 288 с.
- Грациози Э. Революция в Европе 1914–1956. М.: Прогресс, 2005. 490 с.
- Конституции зарубежных государств. 4-е изд. Ред.-сост. Маклаков В.В. М.: БЕК, 2008. 635 с.
- Прокачки Дж. История итальянцев. М.: Весь мир, 2013. 711 с.
- Соколова С.Ю. Свобода по-итальянски. Размышления об итальянской политической жизни XX века. М.: Наука, 2014. 249 с.
- Bosworth R. The Italian Dictatorship. Problems and Perspectives in Interpretation of Masses and Fascism. London, 1998. 592 p.
- Bosworth R. Life under the Dictatorship. 1915–1945. New York, 2000. 506 p.
- Cela L. La Condotta Italiana della Guerra. Milano, 2005. 459 p.
- Ferro M. Iis etaent sept hommes en guerre 1918–1945. Paris, 2007. 410 p.
- Gilmour D. Pursuit of Italy. New York, 2011. 508 p.
- Loggia E. La Morte della Patria. 1943. Roma, 1996. 328 p.
- Pavone C. Una Guerra Civile. Verona, 1997. 409 p.
- Payne s. et al. The Fascist Italy and Nazi Germany. The Comparisons and Unity. Baltimore, 1995. 601 p.
- Rusconi R. Patria e respublica. Milano, 1999. 443 p.
- The Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes. Creil N., ed. Vol. 2. Washington, 1995. 271 p.
-

The Juridical Aspects of Overcoming Legacy of Dictatorship: Italian Experience



Sergey Yu. Danilov

Professor, Head, Centre of Comparative Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Historical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: sergdanilov@hse.ru



Abstract

Purpose of the work is a study in transition from dictatorship of Mussolini to constitutional democracy in Italy in 1940s. The article is fulfilled on the basis of combination of chronological, comparative and system methods of scholar research. It is emphasized that the transition mentioned took place in quite unfavorable historical situation on World War II, foreign occupation of most country and post-war distemper. Author explores political and juridical achievements of Italian non-fascist, then anti-fascist Temporary government, analyzes scrupulously its legal acts aimed at eliminating dictatorial legacies and restoring constitutionalism. The article contains an evaluation of repressions against leaders and supporters of dictatorial rule in the process of liberating country. Also author proposes to look at key aspects of changing institutions of traditional dualistic monarchy for democratic republic, too. Author puts high marks to Italian lawyers, army officers, politicians and common people for the transition, more fruitful in comparison with German one. He proposes to see fundamental reasons of successful anti-dictatorial renovation of Italian state and society in the developed legal heritage of Roman-German law and in the loyal cooperation of non-fascist sociopolitical forces from Monarchists to Anarchists within temporary government and beyond it.



Keywords

defascistization, democratization, legal acts, courts, tribunals, exposure, amnesty acts, national reconciliation.

Citation: Danilov S.Yu. (2016) *The Juridical Aspects of Overcoming Dictatorial Legacy: Italian Experience*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 206–218 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.206.217



References

- Belousov L.S. (2016) *Mussolini. Diktatura i demagogia* [Mussolini. The Dictatorship and Demagogy]. Moscow: Aleteya, 288 p. (in Russian)
- Bosworth R. (1998) *The Italian Dictatorship. Problems and Perspectives in Interpretation of Masses and Fascism*. London: Hutchinson, 592 p.
- Bosworth R. (2005) *Life under the Dictatorship. 1915–1945*. New York: Random House, 506 p.
- Cela L. (2005) *La condotta Italiana della guerra*. Milano: Feltrinelli, 469 p.
- Creil N. (ed.) (1995) *The Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington: GPO, 271 p.
- Ferro M. (2007) *Ils etaent sept hommes en guerre. 1918–1945*. Paris: Larousse, 410 p.
- Gilmour D. (2011) *The Pursuit of Italy*. New York: Harper and Row, 508 p.
- Grasiozi E. (2005) *Revolutsia v Evrope 1914–1956* [The Revolution in Europe 1914–1956]. Moscow: Progress Publishers, 399 p. (in Russian)
- Loggia E. (1996) *La morte della patria. 1943*. Roma: Einaudi, 328 p.
- Maklakov S. (ed.) (2008) *Konstitutsii zarubezhnykh gosudarstv* [The Constitutions of Foreign States]. Moscow: BEK Publishers, 635 p. (in Russian)
- Pavone S. (1997) *Una guerra civile*. Verona: Primavera, 409 p.

Payne S. et al. (1995) *The Fascist Italy and Nazi Germany. The Comparisons and Unity*. Baltimore–London: Johns Hopkins University Press, 601 p.

Prokacchi J. (2013) *Istoria italyantzev* [A Story of Italians]. Moscow: Ves Mir Publishers, 711 p. (in Russian)

Rusconi R. (1999) *Patria e respulica*. Milano: Feltrinelli, 443 p.

Sokolova S.Yu. (2014) *Svoboda po italyanski. Razmushlenia ob italyanskoy politicheskoy zhizni v 20 veke* [Freedom — Italian Version. Thoughts on Italian Political Life in 20th Century]. Moscow: Nauka, 249 p. (in Russian)

Феномен моды в теоретической юриспруденции



М.Н. Козюк

доцент кафедры теории и истории права и государства Волгоградского филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы, кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 400094, Волгоград, ул. Яснополянская, 19. E-mail: mkozuk@yandex.ru



Аннотация

Феномен моды присутствует не только в быту, но и в науке. Наиболее интересные работы по проблеме научной моды опубликовал отечественный социолог, профессор Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» А.Б. Гофман, на основе которых можно рассмотреть данное явление и в теоретической юриспруденции. По мнению автора статьи, в настоящее время в теории права модными являются различные концепты, которые напрямую не связаны с поиском научной истины. Рассматривая существующие «моды», автор довольно скептически оценивает их эвристический потенциал. Так, последовательно освещаются концепты, связанные с объявлением кризиса права, изобретением новых правовых явлений по принципу добавления прилагательного «правовой/ая/ое», критикой позитивизма в праве, проблемой понимания права, правовой политики и некоторые другие модные увлечения (мифологизация, утилитаризм). В подтверждение своих тезисов автор приводит примеры современных научных публикаций. Автор статьи также обращает внимание на одну из примет нашего времени — постоянные жалобы в выступлениях юристов-теоретиков на их невостребованность властью. И хотя в области правового регулирования общественных отношений постоянно фиксируется множество ошибок, которых можно было бы избежать при проведении настоящей научной экспертизы, однако законодатели зачастую игнорируют подобные формы связи с наукой, что приводит, в свою очередь к очередной моде — «утилитаризму» — необходимости ученых заниматься различного вида «отхожими промыслами»: написанием бесчисленных учебников и учебных пособий, «шпаргалок», курсов «теория государства и права за три часа» и т.п. мода в науке не является проблемой, угрожающей теоретической работе, однако она, будучи неконтролируемой, способна серьезно тормозить развитие научного знания, поскольку обладает рядом негативных свойств. Нужно ли моде противостоять? По мнению автора статьи, моду нужно изучать и отдавать себе отчет о процессах, происходящих в науке. Можно солидаризироваться с учеными, утверждающими, что, к сожалению, в теоретической юриспруденции тенденция саморефлексии не развита и к настоящему времени системная постановка науковедческих проблем в теории права отсутствует. Среди таковых особое место должны занять вопросы о критике и борьбе мнений в науке, свободе критики, недопустимости монополизма и догматизма.



Ключевые слова

теория государства и права, мода, кризис в праве, правовая политика, позитивизм, правовые мифы, критика в праве.

Библиографическое описание: Козюк М.Н. Феномен моды в теоретической юриспруденции // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 219–234.

В последнее время в разных отраслях социальных наук исследователи обратили внимание на существование такого явления как интеллектуальная мода. Вообще-то мода сопровождает человека всю его историю, т.е. сам по себе феномен моды отнюдь не нов для социальной мысли и практики. Однако специфика современности заключается в том, что концепт моды был перенесен из мира бытового, где он долгое время находился, непосредственно в храм науки. Подлинным откровением стало утверждение, что концепт моды в социальных отраслях науки оказался продуктивным, позволяющим рассмотреть многие внутренние процессы развития научных знаний в новом свете. Дискурс «мода в науке», начинавшийся как легкий, даже фельетонный жанр, со временем стал вполне серьезным, отражающим развитие явлений, которые сейчас обозначают модными же понятиями: «тренды», «мейнстримы», концепты и т.п.

Наиболее интересные работы по проблеме научной моды опубликовал отечественный социолог, профессор Высшей школы экономики А.Б. Гофман. Начав разработку проблематики моды с ее социологического изучения¹, он от «социологии моды» впоследствии пришел к «моды в социологии»². В нескольких публикациях исследователь упорядочил и привел перечень модных на данный момент трендов в отечественной и мировой социологии, при этом снабдив их убедительными комментариями. Пользуясь его методической разработкой, вполне возможно выделить некоторые модные веяния и в сфере общетеоретической юриспруденции. Как это ни покажется странным, но понятие моды отражает процессы, происходящие на переднем крае науки. Поэтому прояснение моды в теоретической юриспруденции будет актуализировать основные содержательные процессы, проходящие в настоящее время.

Мода на кризисность юриспруденции

С конца первого десятилетия XXI века понятие «кризис» стало непременным участником всех представлений о современности. В основе этого был финансово-экономический кризис, и в полном соответствии с марксистским постулатом базис повлиял на надстройку. Кризисное сознание проникло в социальные науки³, в том числе в юриспруденцию.

Сама по себе проблема кризиса не является такой простой, какой ее представляют в толковых словарях как затруднительного или тяжелого положения. Дело в том, что многие социальные и биологические процессы предполагают фазу кризиса на пути к более высокому уровню. Как рождение нового общества в процессе революции, так и рождение ребенка предполагают кризисное состояние общественного и материнского организма. Поэтому ученый должен не только сокрушаться по поводу кризиса, но пытаться разглядеть в нем ростки нового. Для этого необходимо понимать суть происходящих процессов, их причины, условия протекания, ограничения и другие параметры. Сама же констатация «затруднений» выглядит «модной» позицией. Действительно, если сферу экономики или международных отношений поразил кризис, то чем юриспруденция хуже этих уважаемых сфер? Поэтому те проблемы, которые в обычное время выглядели

¹ Гофман А.Б. Мода и люди. Новая теория моды и модного поведения. М., 2013.

² Гофман А.Б. Мода, наука, мировоззрение: о теоретической социологии в России и за ее пределами // Социологический ежегодник. 2009. Сб. научных трудов. М.: ИНИОН РАН, 2009.

³ Кара-Мурза С.Г. Кризисное обществоведение. Часть 1. М., 2011. Часть 2. М., 2012.

бы вполне рутинно (всегда есть проблемы и недостатки), начинают принимать грозные кризисные очертания⁴.

Общее состояние отечественной юриспруденции выглядит примерно следующим образом: «Туманные, размытые, богатые разнообразными смыслами формулировки действующего законодательства, пробелы Конституции свидетельствуют о системном кризисе не только конституционного права, но и всей юридической науки, которую можно назвать наукой лишь с большой натяжкой, поскольку качество объяснения, прогнозирования и управления, базирующегося на положениях юриспруденции, по меньшей мере, весьма низкое»⁵.

Как пишет Н.А. Власенко, «кризисные тенденции в праве приобретают системный характер, охватывают все новые моменты и грозят стать серьезной девальвацией данного института, без которого цивилизованное общество существовать не может»⁶. Это заявление одного из ведущих российских теоретиков права.

Плохо выглядит современная юриспруденция и в глазах Е.Г. Лукьяновой. В то время когда все сферы жизни российского общества показывают невиданный прогресс в стремлении влиться в мировую цивилизацию, наука, прежде всего, теоретическая юриспруденция «упорно сопротивляется качественному изменению и обновлению вопреки требованиям современности»⁷. Диагноз Власенко: «Разрушительная сила набирающих силу негативных закономерностей «вырождает» право изнутри и снаружи: во-первых, речь идет об утрате правом сущностных моментов и превращении его в «приказное средство» «серого российского» управления. И, во-вторых, такое право порождает, что во многом следствие вышесказанного, негативное отношение к нему, то есть правовой нигилизм»⁸.

Мода на определение «правовой/ая/ое»

Одним из ярких проявлений моды является языковая мода, под которой обычно понимают «специфическую форму проявления языковой культуры по средствам языковых привычек и вкусов, коммуникативных ценностей и тенденций, господствующих в каком-либо обществе в определенный период времени»⁹. В социальных науках, где язык имеет огромное значение, языковая мода также присутствует и может иметь большое влияние на развитие этой отрасли знания. Свои проявления языковая мода имеет и в

⁴ См. напр.: *Медушевский А.Н.* Кризис права как проблема теоретической юриспруденции / Право и общество в эпоху перемен М.: ИП РАН, 2008; *Филонова М.Б.* Кризис идеи государственного суверенитета: философско-правовой аспект // *Философия права.* 2010. №5; *Честнов И.Л.* Кризис рациональности права // *История. Право. Политика.* 2010. № 2. С. 38–46; Кризис юридической науки, в том числе и криминологии // *Российский криминологический взгляд.* 2010. № 3; *Баранов П.П.* Кризис юридической науки в современном мире // *Философия права.* 2015. № 1.

⁵ *Добрынин Н.М.* Юридическая наука и ее роль в становлении новых федеративных отношений: системный кризис, его причины и пути перехода на новый качественный уровень // *Государство и право.* 2007. № 1. С. 11.

⁶ *Власенко Н.А.* О кризисных тенденциях в праве // *Юридическая техника.* 2014. № 8. С. 40.

⁷ *Лукьянова Е.Г.* Состояние современной российской теории права в контексте развития // *Юридическое образование и наука.* 2014. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

⁸ *Власенко Н.А.* Указ. соч. С. 45.

⁹ *Рипяхова М.М.* Языковая мода и ментальность: к вопросу о структуре и функциях языковой моды // *Язык и культура.* 2012. № 1–2. С. 226–227.

юриспруденции. Так, Н.А. Власенко, рассмотрев кризисное состояние отечественного права и призвав всех дать соответствующие рекомендации, решил и сам участвовать в этом деле: «В настоящее время также нужно ставить вопрос о *правовой кризисологии* как комплексном направлении в юридической науке, предполагающем изучение кризисных явлений в праве»¹⁰.

Таким образом, стремление создать словосочетание с определением «правовой» — бич отечественной юриспруденции. Стремлением к такого рода концептотворчеству страдают не только новички в науке, для которых «застолбить» новое понятие — это перспектива кандидатского оспеенения. Однако в этом участвуют и их маститые научные руководители, которые и сами не прочь иногда заявить новый концепт при помощи прилагательного «правовой». Конечно, в основе этого явления находятся, во-первых, междисциплинарность исследований, когда можно исследовать проблемы на «стыке» различных социальных сфер, таких как правовая экономика, правовая политика, правовое государство, правовая культура, правовая синергетика и т.д., и, во-вторых, действительно большой объем правовой сферы, когда собственно любое явление социальной жизни имеет отношение к праву и может получить определение «правовой/ая/ое». Все это объективные моменты. Модой они становятся, когда автор исследования, используя этот прием, вводит в сферу права явления с ним или несовместимые, или далеко от него отстоящие: правовой произвол, правовую антикультуру, правовое неправое и т.п. Кроме того, не всегда учитывается образность правового языка, которому отнюдь не чужды метафоры, сравнения, метонимии. В результате появляются: теневое право, правовое пространство, правовое поле.

Вообще, при использовании этого исследовательского приема следовало бы руководствоваться известной «бритвой Оккама», т.е. не умножать число сущностей сверх необходимой меры. Одним из правил в данном случае могло бы стать стремление избавиться от такого рода языковых «кентавров», если в результате их анализа выясняется, что исследуемое понятие является некачественным, т.е. не имеет своей сущности, а количественным, и прилагательное «правовой» только указывает на его принадлежность в каком-то отношении к правовой сфере.

Как отмечает Е.Г. Лукьянова, в современной науке происходит удвоение теоретико-правовых понятий: «Правовые средства, правовые инструменты, правовые стимулы, правовые ограничения, правовые режимы, правовые льготы, правовые поощрения, правовая идентичность, правовой инфантилизм, правовой идеализм (на одной из научных конференций обсуждался вопрос о введении в науку понятии «правовая антикультура») — какие реальные объекты, помимо известных, стоят за этими словами?»¹¹. В.В. Шаханов иронически пишет, что уже можно вывести формулу, своеобразное модельное определение: «Правовое (-ая, -ой) ... это самостоятельная научно-практическая категория, содержащая знания о средствах, способах и правилах создания ...»¹².

Мода на правовую политику

¹⁰ Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 53.

¹¹ Лукьянова Е.Г. Состояние современной российской теории права в контексте развития // Юридическое образование и наука. 2014. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

¹² Шаханов В.В. Методологическая роль теории в юриспруденции: вопросы соотношения // Вестник Владимирского юридического института. 2012. № 2. С. 167.

Примером отмеченной выше моды может служить чрезвычайно популярный в последнее время концепт «правовая политика». Это направление теоретической работы появилось лет десять назад и к настоящему моменту выросло в одно из ведущих. Защищены несколько докторских и десятки кандидатских диссертаций, изданы десятки монографий и сборников статей. В них рассмотрена правовая политика в различных ракурсах и сферах. Так, исследованы: правовая политика в правотворчестве и правоприменении, льготная и поощрительная правовая политика, муниципальная правовая политика и правовая политика субъектов федерации, правовая политика как концепция и реальность и даже легитимность российской правовой политики. Между тем, несмотря на такую популярность концепта по вопросу о понятии и признаках правовой политики, «в литературе можно найти разные ответы»¹³. А.В. Малько, который много сделал для формирования и продвижения концепта правовой политики, дает следующее определение: «Правовая политики — это научно обоснованная, последовательная и системная деятельность государственных органов и институтов гражданского общества по созданию эффективного механизма правового регулирования, по цивилизованному использованию юридических средств в достижении таких целей, как наиболее полное обеспечение прав и свобод человека и гражданина, формирование правовой государственности и высокого уровня правовой культуры и правовой жизни общества и личности»¹⁴. В данном определении присутствует ряд оценочных неverified понятий, которые выводят определяемый объект из сферы реальности в более идеальные конструкции.

Действительно, как понимать «научную обоснованность» при всей противоречивости нашей науки, и что такое «цивилизованное использование юридических средств», и как наиболее полно обеспечить права и свободы человека и гражданина? Одно и то же явление в одно и то же время можно назвать правовой политикой, и можно оспорить такое определение. Сам автор концепции жалуется, что в последнее время весьма часто категорию «правовая политика» используют «к месту и не к месту». «Сейчас правовая политика становится своего рода *модным* (*курсив наш*), красивым термином, который зачастую употребляется без особой на то нужды. Например, немало уже защищено диссертаций, где термин «правовая политика» указывается в названии. Однако, по сути, анализ дается не столько правовой, сколько иной политики: социальной, религиозной и т.д., и т.п.»¹⁵.

Такое положение вполне можно объяснить. При создании понятийных конструкций с определением «правовой» обычно возникают две проблемы их интерпретации. Если новый объект является по своей природе имманентно правовым, то его понимание не вызывает затруднений. Если же он относится к иной сфере, а прилагательное «правовой» говорит только об одной из его сторон, в какой-то мере относящейся к праву, то конечно возникают большие трудности при его интерпретации, поскольку исследователю нужно полностью выдержать ограниченную область исследования и не выйти за ее пределы. Понятно, что политика как социальное явление не только не входит в сферу права, но часто с ним конкурирует. Отсюда очень важный момент в правовом дискурсе, имеющий давнюю традицию осмысления: право и политика или право и сила.

Интеллектуальная традиция правовой науки заключается в довольно осторожном подходе к политике, и даже в советское время для юридической науки считалось хо-

¹³ Малько А.В. Теория правовой политики. М., 2012. С. 28.

¹⁴ Там же. С. 42.

¹⁵ Там же. С. 72.

рошим тоном говорить «нет» практике, т.е. политике. Поэтому концепт правовой политики не мог возникнуть даже в советское время. Как отмечено А.В. Малько, «любая категория вводится в науку практически всегда «вовремя», т.е. тогда, когда для этого «созревают» соответствующие условия»¹⁶. И это не только интеллектуально-методологические условия. Поскольку теоретическая юриспруденция находится в сердцевине социально-политических проблем управления, то речь, прежде всего, идет о политико-идеологических условиях. То, что сейчас пытаются назвать правовой политикой, в советское время называлось государственной политикой, системными частями которой были организационные, правовые, финансовые и кадровые составляющие. Они часто имели правовую форму, но это никого не обманывало, суть оставалась политической. И разница в терминологии никого не смущала: то, что раньше было «все во имя человека, все для блага человека», а теперь стало «наиболее полным обеспечением прав и свобод человека и гражданина», по сути, не имеет больших отличий. Тем более что, как с сарказмом отметил В.П. Малахов: «Теория прав человека больше похожа на молитвенник, нежели на систему научно и идейно обоснованных утверждений, что-то существенное говорящих о действительности и предлагающих ей что-то посильное для осуществления»¹⁷.

Вместе с тем, действительно, существует аутентичная область правовой политики, о которой, собственно, и говорит А.В. Малько. Речь идет об, образно говоря, «правовом хозяйстве» — совокупности правовых средств, методов, технологий, приемов, режимов и т.п., которые для их эффективного использования должны всегда содержаться в порядке. Правовое хозяйство — проблема инструмента и средств, а как они будут использованы — «цивилизованно» или «нецивилизованно» — это, собственно, проблема не правовая, а политическая. Недостатки и ошибки в использовании концепта правовой политики заключаются в том, что исследователи то ли по своей недостаточной квалификации, то ли увлекшись перспективами использования концепта, постоянно переходят определенную черту и пишут не о правовой политике, а о государственной, что в техническом отношении чрезвычайно просто, поскольку здесь достаточно описать государственные мероприятия. Между прочим, такие работы несут в себе черты откровенного этатизма, так как право делается, как говорили ранее, «служанкой» политики. Это несколько удивительно, поскольку имеется и еще одна, следующая разновидность современной моды — моды на критику позитивизма.

Мода на критику позитивизма

Мода на критику позитивизма и его громогласное опровержение, как свидетельствует А.Б. Гофман, похоже, стала хронической для социальной науки: «При этом «позитивизм» давно уже превратился в своего рода Протея, принимающего самые разные обличья, так что идентифицировать его уже практически невозможно, и непонятно, о чем, собственно, идет речь, когда он решительно и бескомпромиссно отвергается»¹⁸. Если несколько упростить ситуацию, то правовым позитивизмом является методологический подход, при котором под правом понимается система правил поведения (норм), изданных или санкционированных государством, являющихся общеобязатель-

¹⁶ Там же. С. 69.

¹⁷ Малахов В.П. Миф о «человеке юридическом» // История государства и права. 2012. № 11. С. 31.

¹⁸ Гофман А.Б. О модах в современной теоретической социологии // Социс. 2013. № 10. С. 23.

ными, поскольку они защищены принудительной силой государства, и направленных на регулирование общественных отношений. Технически эти нормы выступают в составе нормативных правовых актов (законодательства) или иных источников, так или иначе аффилированных с государством. Такое понимание права довольно уязвимо при сопоставлении со многими социальными и ментальными явлениями, однако, вполне работоспособно в обеспечении жизнедеятельности общества. Кажется, не известно ни одного правопорядка на земле, в котором бы понятие права выступало в каком-нибудь ином виде.

Будучи объемным и многогранным социальным явлением, право тем не менее в целом носит обслуживающий, инструментальный характер по отношению к иным социальным феноменам: власти, морали, религии и т.п. и родовой сущности не имеет. Все попытки наделить его этой сущностью, то ли в виде свободы, то ли в виде справедливости, то ли в виде равенства и т.п. пока не увенчались успехом.

В современной отечественной юриспруденции модна, как это ни парадоксально, старая, каноническая традиция критики позитивистской школы права, которая насчитывает более ста лет. Это своего рода правило «хорошего тона», которому следуют и профессура, и аспиранты. Однако все претензии при этом предъявляются не собственно праву, а той реальности, которую право «регулирует». Например, Лукьянова пишет: «Господствующая ныне теория права в ее позитивистско-волюнтаристском варианте неизбежно ведет к волюнтаризму в социально-политической практике и апологии существующего порядка, в науке — к релятивизму и агностицизму и закономерной деградации»¹⁹. Обычно такого рода критика свидетельствует о гипостазированной позиции самого критика, т.е. наделении им самостоятельной сущностью того, что на деле является только свойством, отношением чего-либо. Здесь нужно напомнить, что всякая научная теория сначала изучает практику, а потом ее объясняет. Если же кому-то хочется создать иную «реальность», то можно почитать труды по постмодернизму, научной фантастике или «фэнтэзи». Вообще многие работы и диссертации в современной России, в том числе и по правовой тематике, можно подвести под этот жанр. Между прочим, в подобного рода критических работах часто также наблюдается наличие стыдливых эвфемизмов — критикуют (ругают) право, вместо того, чтобы ругать лиц, издавших критикуемые нормы.

Из ритуальной аморфной критики позитивизма как общей моды несколько выделяются ситуации, когда мишенью для критики является позитивизм как научная теория в лице ее ярких представителей и соответственно защитников. Это более корректный вариант, поскольку безадресная критика — это мода, полемика же — это действительно научное развитие и в понятие моды не вписывается. С такого рода заявлениями выступает видный отечественный ученый, теоретик права, известный яркими работами в сфере правовой методологии В.М. Сырых²⁰. Так, в одной из работ он обрушился на известных российских ученых, профессоров О.Э. Лейста и М.И. Байтина, которые дей-

¹⁹ Лукьянова Е.Г. Состояние современной российской теории права в контексте развития // Юридическое образование и наука. 2014. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Сырых В.М. Неоплатные долги позитивистской доктрины права / Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: К 60-летию А. В. Полякова. Коллективная монография: в 2 т. Т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых / под ред. М.В. Антонова, И.Л. Честнова; предисл. Д.И. Луковской, Е.В. Тимошиной. СПб., 2014. С. 127–144. См. также: Сырых В.М. Застарелые недуги позитивистской доктрины права // Право и государство. 2014. № 2. С. 38–44.

ствительно последовательно отстаивали позитивистский взгляд на право, правда, не без некоторых уступок современному политическому «мэйнстриму» в виде теории правового государства и иных модных идеологических веяний. Уважаемым профессорам были предъявлены претензии по всему спектру спорных проблем и, кроме того, упреки в том, что они непоследовательно признали теорию правового государства. Как утверждает В.М. Сырых, «адепты позитивистской доктрины не спешат творчески осмыслить положения коммуникативной теории права, аргументированно отвергнуть ее критику, либо признать ее справедливость и предпринять действенные шаги по устранению отмеченных недостатков, по приведению своей доктрины в логически целостную и достоверную систему знаний»²¹. «Между тем, — продолжает он, — от обстоятельного научного анализа критических замечаний своих оппонентов юридические позитивисты упорно уклоняются уже не одно столетие»²². Это серьезное обвинение. Однако у обвиняемых в уклонении от дискуссии «уже не одно столетие» есть серьезное оправдание — они уже покойники.

Собственно, в теоретической юриспруденции наблюдается та же самая картина, что и в социологии, когда «многочисленные ниспровергатели «позитивизма» сначала рисуют заведомо упрощенный, утрированный и отталкивающий образ этого нехорошего явления, а затем успешно доказывают его несостоятельность. При этом оно в действительности не существует нигде, кроме как в истолкованиях самих ниспровергателей»²³. Так, например, Сырых бросает правовому позитивизму довольно серьезные политические обвинения, когда пишет: «Современным правоведам следует все же перестать держаться за позитивистскую доктрину на том, основании, что она наилучшим образом оправдывает законодательный произвол авторитарно ориентированной государственной власти»²⁴. Думается, что власть творит произвол вне зависимости от того, каких теорий придерживаются ученые-юристы. Самые яркие акты государственного произвола обычно создаются как раз под непозитивистскими правовыми лозунгами: лихая танковая атака на отечественный парламент в октябре 1993 года оправдывалась ссылками на демократию, конституционализм, права человека и т.п. непозитивистские ценности.

Многим исследователям, которым, наверное, трудно идти против моды на критику позитивизма, приходится искать «оправдание» своей позиции. Видный отечественный теоретик права М.Н. Марченко создал понятие «умеренный позитивизм», правда, при этом честно предупреждая: «В процессе своего существования и функционирования правовое государство, равно как и любое иное государственное образование, неизбежно наряду с другими видами деятельности... будет творить свое право. И это право будет, если не вдаваться в утопию и иллюзии насчет природы и характера правового государства как института «социальной силы, обладающей верховной властью», не чем иным, как **позитивным правом** со всеми его традиционными признаками и вытекающими из этого последствиями»²⁵.

Интересный ракурс, рассматривая моду на критику позитивизма, выделил А.Б. Гофман. Поскольку нынешние стандарты научности при всей их модернистской и пост-

²¹ Там же. С. 128.

²² Там же. С. 129.

²³ Гофман А.Б. Указ. соч. С. 23.

²⁴ Сырых В.М. Застарелые недуги позитивистской доктрины права. С. 44.

²⁵ Марченко М.Н. «Умеренный» позитивизм и верховенство права в условиях правового государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 5.

модернистской критике носят печать позитивизма, то ниспровержение позитивизма ведет к устранению и этих стандартов. Философский модный «мэйнстрим» предлагает отрешиться от позитивистских оков и перейти на более легкий путь методологии постмодернизма. В теории права пока серьезных движений в этом направлении нет. Но нами найден интересный пример с едва ли не единственной юридической диссертацией по вопросам моды, автор которой утверждает, что в ней впервые в отечественной криминологии исследована проблема взаимосвязи моды и преступности, понимаемых как явления, в равной степени коренящиеся в области индивидуального и коллективного подсознательного. При этом также впервые анализ материала осуществлялся, как заявляет диссертант, с *антипозитивистских* позиций через применение методов постструктурализма, семиологии, неофрейдизма. Для иллюстрации отказа от позитивистских критериев исследования первое положение, выносимое диссертантом на защиту, звучит так: «На подсознательном уровне индивидуальный психический механизм модного поведения приводится в действие сексуальным инстинктом, т. е. либидо. Либидиальный аппарат моды составляют врожденная способность человека к подсознательному копированию чужого поведения, обладающего сексуальной значимостью, а также его постоянная тяга к новизне и одновременно страх перед ней, основанные на комплексе неполноценности, которые ориентируют субъекта при поиске оптимального сексуального партнера на соблазненное»²⁶. Наверное, недалек тот час, когда стараниями борцов с позитивизмом теория права в учебных аудиториях будет излагаться «с *антипозитивистских* позиций через применение методов постструктурализма, семиологии, неофрейдизма».

Мода на правопонимание

С модой на критику позитивизма соседствует такая заполонившая все научные издания ее разновидность как претензии на создание своего варианта правопонимания в дополнение к классическим. Так, к классическим школам, альтернативным позитивизму, можно отнести школу естественного права, психологическую школу права, социологическую школу права с их многочисленными разновидностями. Поскольку мода постоянно требует обновления, то таковыми на настоящий момент можно назвать различные теоретические конструкции, навеянные современными направлениями в западной философской мысли, центральное место в которой еще недавно занимал постмодернизм. Таких концепций довольно много. В.В. Лапаева делит их по философским направлениям: феноменологические, герменевтические, экзистенциальные, коммуникативные и иные (в основном, синтезирующие) концепции права²⁷. И.Л. Честнов в своей монографии, посвященной постклассической теории права, выделяет либертарное правопонимание, экономический анализ права, диалогическую антропологию права²⁸. Данной моде на умножение правопонимания способствует большое количество переводной философской и обществоведческой литературы, позволяющей применить ту или иную философскую схему к праву, и на этой основе создать оригинальный, в некотором смысле, продукт. Кроме того, ряд современных подходов появляется в процессе междисциплинарных исследований и применения иных теорий: синергетики, теории

²⁶ Александрова И.А. Мода и преступность: Дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1998. С. 3–11.

²⁷ Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 190–220.

²⁸ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб, 2012. С. 549–639.

информации, интегрального подхода, теории управления, системного анализа²⁹. Сам по себе этот процесс заслуживает только одобрения, поскольку исследователи здесь как разведчики проводят «разведку боем» проверяя разные варианты с целью продвижения правовой теории.

Правда, существуют и разработки, прямо не апеллирующие к заграничным теоретическим конструкциям, а развивающие свою отечественную линию. Как правило, это подходы, опирающиеся на религиозные доктрины. Вполне возможно, что эти отечественные теории правопонимания также способны конкурировать на рынке модных интеллектуальных продуктов.

Однако есть и другие мнения. Так, Е.Г. Лукьянова пишет: «Главной задачей современной теории права является обоснование сущности или идеи права (понятия права) и изучение общих закономерностей ее реализации в социальной действительности. Именно обоснование, а не поиск и открытие, т.к. история правовой мысли очевидно свидетельствует, что таковое уже известно»³⁰. Оказывается, по ее мнению, такое открытие сделал сотню лет назад Б.Н. Чичерин, когда писал, что начала права «давно были выяснены высшими умами, которые были светильниками человеческой мысли. Только реализм, отвергающий мысль во имя бессмыслицы, не хочет их ведать»³¹. Что ж, для каждого ученого сильны свои аргументы — чем дальше от реализма, тем лучше.

Негативной стороной проблемы правопонимания является как раз массовость комментаторов. Во многих работах к месту и не к месту авторы начинают рассмотрение своей проблемы с характеристик существующих школ правопонимания, в тысячный раз повторяя установившиеся здесь штампы. Это ведет к некоторой недобросовестности отдельных авторов, поскольку любую научную работу можно критиковать, просто перейдя на позиции иных школ правопонимания. Так, вполне вменяемое решение государственной власти можно объявить произволом с точки зрения либертарной концепции или школы естественного права, и наоборот. Конечно, самым полным будет взгляд на исследуемый предмет с точки зрения всех основных правовых школ, это своего рода идеал исследовательской методики. Но здесь часто результатом будет констатация противоположности подходов без обоснования истины. Остановить поток комментариев правопонимания в настоящий момент скорее невозможно, однако и научного результата здесь ждать не приходится, потому что все они заканчиваются примерно следующим бесспорным утверждением: «На данном этапе развития нашей юридической науки самой актуальной методологической проблемой остается правопонимание. Задача российского правоведения сегодня не в том, чтобы объяснить, каким право должно быть, и заставить верить в конкретные правовые идеалы (это одна из целей правовой политики), а в том, чтобы раскрыть его онтологическую структуру и смысл»³². Правда несколько ранее, рассматривая ситуацию в российском праве данный автор утверждал: «Наличие нескольких концепций правопонимания свидетельствует не о его кризисе, а является, наоборот, необходимым условием существования сложного общественного явления — права»³³.

²⁹ Сатолина М.Н. Современные тенденции развития теории права // Государство и право. 2014. № 4. С. 31–38.

³⁰ Лукьянова Е.Г. Указ. соч.

³¹ Чичерин Б.Н. Философия права / Чичерин Б.Н. Избранные труды. СПб, 1998. С. 71.

³² Мороз Е.В. Модернизация современного отечественного правопонимания (некоторые аспекты проблемы) // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2014. № 3 (40). С. 35.

³³ Мороз Е.В. Модернизация российского правопонимания как элемент социокультурной трансформации // Вестник КемГУ. 2013. № 2. С. 110.

Вообще все это постоянное комментирование школ правопонимания, в которое включены не только лучшие научные силы, но и научная молодежь, уже начинает раздражать. Это видно, например, по реплике В.В. Сорокина: «Резерв продуктивности «основных типов правопонимания» к настоящему моменту исчерпан. Перспективы познания истины в вопросе правопонимания видятся в отказе от либертарной парадигмы юснатурализма и позитивизма, раскрытии типологических особенностей русской правовой культуры и переходе от человекоцентризма к богоцентризму в понимании права»³⁴. Вряд ли постоянные диспутанты проблемы правопонимания готовы к продолжению дискуссии с подобного рода аргументами.

Мода на мифологичность права

Одним из модных веяний в теоретической юриспруденции последнего времени является мода на использование понятия «миф», а также его разновидности — бинарной оппозиции «миф или реальность». Трудно объяснить, чем он так понравился исследователям, скорее всего, навеян постмодернистскими конструкциями. Однако требования моды достаточно серьезны, и выход найден в различных вариациях на тему мифов. Действительно, между правом и мифологией есть исторические точки соприкосновения и можно говорить о праве в мифологии и мифологии в праве. В свою очередь, как отмечает Л.В. Сони́на, «мифология в праве распадается на два направления, требующих внимания исследователей. К первому относится комплекс отношений, связанных с архетипами, ко второму — собственно правовые мифы, т.е. конкретные построения, существующие в правовых отраслях, бытующие среди юристов»³⁵. Такого рода построений довольно много³⁶. Журнал «История государства и права» в 2012 году целый номер посвятил юридической мифологии. Своего рода справочным изданием по вопросам правовой мифологии является работа В.П. Малахова «Мифы современной общеправовой теории». В ней последовательно описываются бытующие, по мысли автора, в теории права мифы: о научности юридической теории, о юридическом правопонимании, о развитии права, о правовом государстве, о гражданском обществе и т.п. Как отмечает в заключение автор, «хотя степень мифологизации, содержащейся в теоретических интерпретациях разных проблем общеправовой теории, неодинакова, тем не менее, можно с уверенностью говорить о том, что эта теория мифологизирована в целом, хотя бы в силу имманентности мифологического мышления мышлению в любой его общественной форме»³⁷. Такой подход напоминает известный «парадокс лжеца» в том смысле, что поскольку все миф, то утверждение о том, что все в теории права — миф, также является мифом. Однако, как замечает В.Н. Сыров, «даже если полагать, что миф есть все и все есть миф, то для определения сущностных черт мифа неизбежна операция его сравнения (явного или неявного) с чем-то иным, а значит, необходима позиция сторон-

³⁴ Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М., 2007. С. 70.

³⁵ Сони́на Л.В. Право и мифология // Российский юридический журнал. 2009. № 1. С. 23.

³⁶ См. напр.: Грязин И.Н. Право есть миф // Правоведение. 2011. № 5. С. 72–95; Сорокина Ю.В. Мифы и символы в праве // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2014. № 3 (15). С. 44–61; Рыбаков В.А. Законность: миф или реальность? // Вестник Омского университета. 2014. № 3 (40). С. 6–8; Лукашева Е.А. Мифологизация политической и правовой жизни. М., 2015.

³⁷ Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М., 2013. С. 150.

него наблюдателя или дешифратора»³⁸. В.П. Малахов также ставит задачу демифологизации: «В состоянии ли наука обеспечить демифологизацию? По нашему мнению, нет. Преодоление мифичности в мышлении — дело философии. Именно философия, а не наука противоположна мифологии, хотя генетически сродни мифологии и выросла из нее»³⁹. Прежде чем согласиться с данным мнением или объявить его очередным мифом, следует все же прояснить предмет. Понятие мифа имеет много различных характеристик, 9 из них Малахов указал в своей работе. Однако использование их в современном правовом дискурсе в контексте нашего исследовательского интереса сводится в основном к одной-двум: миф — это выдумка, вымысел, связанные с преувеличением некоего состояния, свойства, отношения и т.д., наиболее часто сопряженный с политико-правовой идеологией. Примерно такое понимание мифа констатируют современные словари по социально-политической тематике. Отсюда понятны истоки тех мифических конструкций, которыми действительно наполнены и научные труды, и учебники по юриспруденции. Однако их «расмифологизация» совсем не требует обращения к философским технологиям, которые и сами порой предельно мифологизированы. Борьба с мифом, как и с любой выдумкой, ведется средствами факта и логики. В юриспруденции как области социального знания, прочно опирающегося на социальную практику, таких средств более чем достаточно. Поэтому в структуре юриспруденции как науки можно четко определить те поля, на которых мифологизация по тем или иным причинам допустима (отсутствие твердых, научно установленных фактов, текущее состояние реальности, неразработанность теоретических конструкций, принципиальная невозможность установления твердых теоретических конструкций и т.п.), и те, на которых всякая мифологизация означает или, мягко говоря, научную недобросовестность, или сознательное вредительство. Те положения, которые отметил Малахов, анализируя различные мифы применительно к основным конструктам общеправовой теории, имеют различные основания и причины. Чаще всего речь идет о недостатках в развитии теории, которые объясняются как некачественной исследовательской практикой, так и действительно широким влиянием идеологических фантомов. Так, еще не успел в свое время президент страны сказать о «суверенитете личности», как в социальных науках появились соответствующие теоретические конструкции. То же самое произошло и с «суверенной демократией».

Еще одной причиной существования моды на мифичность является чисто драматургическое явление — мода на эпатаж. Объявить мифом все, что угодно и при этом мудро обозревать публику — это довольно привычная ситуация, которая многократно повторяется в различных частях общественного дискурса. Это вполне художественный прием, а, как известно, мода тесно связана с эстетическими вкусами. Эпатаж — это, прежде всего, красиво.

Нужно отметить, что работы, в названии которых встречаются оборот типа «миф о...», как правило, имеют двоякого рода содержание. В одних ставится задача разоблачения существующих мифов в той или иной исследуемой проблеме и своего рода «исправление имен». В других — связь с мифом является указанием на родовую травму и несовместимость объекта с жизнью. Собственно, модными являются и те, и другие, поскольку некритически используют популярный концепт. А, в общем-то лучше было бы оставить его философам и антропологам. Мифы — это их хлеб.

³⁸ Сыров В.Н. В чем заключается специфика мифа? // Идеи и идеалы. 2011. № 4(10). С. 76.

³⁹ Малахов В.П. Указ. соч. С. 150.

Мода на утилитаризм

Под модой на утилитаризм мы понимаем специфическое отношение юриспруденции как теоретической сферы со сферой практической. Речь, собственно идет о том, как специалистам теоретической юриспруденции обеспечить себе условия для научной работы. Надо отметить, что в данном отношении юристы имеют большое преимущество перед представителями других социальных наук, например, социологами. Правовая сфера общества является огромной, и при этом она все время расширяется, происходит юридикация общественных отношений. Уже трудно назвать социальные уголки, куда бы ни проникли государственные законы и их служители. Образно говоря, закон сопровождает человека «от роддома до кладбища» и нигде не оставляет его без навязчивого внимания и покровительства. Правда, это поле деятельности не только теоретиков, тем не менее, объем использования юридических теоретических разработок гораздо шире и конкретнее, чем у теоретиков социологии, которые вынуждены в основном ютиться в учебных заведениях и в нескольких исследовательских фондах.

После известных политических событий 1990-х годов, когда социальная наука вырвалась так сказать на «свободу», и наступил «звездный час» гуманитариев, социологи и юристы находились в примерно равном положении. Общество нуждалось и в экономистах, и в социологах, и в юристах, и в психологах. Конкурсы в гуманитарные вузы «зашкаливали», востребованность новых специалистов была огромной. Однако уже к 2000-м годам ситуация стала меняться. В конкурентной гонке вперед вырвались экономисты и юристы, профессия которых была связана с утилитарными общественными и бытовыми проблемами и обеспечивала «кусочек хлеба с маслом». В иных гуманитарных сферах начались процессы фильтрации, и почти единственной сферой их приложения остался образовательный процесс. Дольше всех держались политологи, однако с изменением в политической и избирательной системах, и они по большому счету утратили в массовом сознании привлекательность своей профессии.

Тем не менее, одним из постоянных мотивов в выступлениях юристов — теоретиков является их невостребованность властью. Кроме пары научно-исследовательских федеральных институтов, вся остальная часть теоретиков государства и права отдает себя высшей школе. Иные органы власти, в том числе и законодательные (кроме федеральных) откровенно тяготеют обсуждением перспектив научной рефлексии их сферы ответственности и управления. И хотя в области правового регулирования общественных отношений постоянно фиксируется множество ошибок, которых можно было бы избежать при проведении настоящей научной экспертизы, однако законодатели исходят из убеждения, что «право — это искусство добра и справедливости», и в искусстве важен талант, а талант дан Всевышним именно тем, кому в данный момент доверено нажимать кнопки для голосования.

Поэтому часть теоретиков права посвятила себя написанию учебников и учебных пособий. Этот специфический жанр заполнил все издательские комплексы. Каждый юридический институт считает хорошим тоном иметь свои учебники, благо это неплохо при различного рода аттестациях. О качестве этих учебников, как правило, никто не беспокоится. Некоторые из них не могут в принципе считаться учебниками в том смысле, что ни один среднестатистический студент никогда не сможет их осилить. Чем объясняется эта мания производства учебников? О гонорарах, как правило, говорить не приходится. Если автор сам не продаст студентам свою продукцию или не добьется рыночной «раскрутки», то материальный интерес здесь невысок. Вместе с тем, само по себе звание

«автор учебника» (для ученых моральный фактор имеет большое значение) позволяет несколько повысить свои конкурентные преимущества в гонке за «шабашкой» и «халтурой» в различных вузах, а также безболезненное прохождение очередной аттестации, что при современной государственной и научной политике является важным. В этом смысле учебник выглядит более весомо, чем даже талантливая монография, не говоря уж о серии научных статей. Однако само по себе массовое производство учебной литературы, которое поразило все социальные науки, не было бы столь заметным, если бы не деградация этой литературы. Наводнение рынка всякими пособиями для «ленивых студентов», «шпаргалками», «теория государства и права за 3 часа», «за день до экзамена», «сам себе адвокат» и т.п., т.е. стремление «лечь ковром» под ноги клиента, покупателя, заказчика — это как раз и бросается в глаза при анализе модных тенденций академической жизни.

Надо ли моде противостоять? Во-первых, моду нужно изучать, и давать себе отчет о процессах, происходящих в науке. К сожалению, приходится признать, что в теоретической юриспруденции тенденция саморефлексии не развита, и вполне можно согласиться с мнением С.В. Липеня, что к настоящему времени системная постановка науковедческих проблем в теории права отсутствует⁴⁰. Среди таковых особое место должны занять вопросы о критике и борьбе мнений в науке, свободе критики, недопустимости монополизма и догматизма. Здесь хочется поддержать также суровую оценку, современного состояния теоретической юриспруденции, данную И.Л. Честновым, пристально занимающимся ее эпистемологическими проблемами: «Оторванность юридических категорий и конструкций от правовых нужд, несоответствие догм и доктрин теории практике — вот главная проблема современной юриспруденции, включая отраслевые дисциплины. Если законодательство (например, Конституция) не «работает» на практике, то оно дискредитируется; если же оно понятно только для специалистов, то также подвержено эрозии отчуждения»⁴¹. Именно критика со стороны социальной практики есть то очищающее начало, которое может эффективно противостоять развитию всякой научной «моды», помочь увидеть действительное одеяние модных научных «королей», вовремя обратить внимание и пресечь псевдонаучные поползновения в сторону модных, но научно несостоятельных тенденций.



Библиография

- Власенко Н.А. Кризис права: проблемы и подходы к решению // Журнал российского права. 2013. № 8. С. 43–54.
- Гофман А.Б. Мода и люди. Новая теория моды и модного поведения. М.: Издательство КДУ, 2013. 228 с.
- Гофман А.Б. О модах в современной теоретической социологии // Социс. 2013. № 10. С. 21–28.
- Грязин И.Н. Право есть миф // Правоведение. 2011. № 5. С. 72–95
- Лапаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М.: Российская академия правосудия, 2012. 580 с.
- Липень С.В. Проблемы структурирования и развития научного знания // Lex Russica. 2013. № 10. С. 1047–1055.
- Лукашева Е.А. Мифологизация политической и правовой жизни. М.: Норма: ИНФРА-М, 2015. 272 с.

⁴⁰ Липень С.В. Проблемы структурирования и развития научного знания // Lex Russica. 2013. № 10.

⁴¹ Честнов И.Л. Практическая, человекоцентрическая юриспруденция — выход из тупика догматизации права / Энциклопедия правоведения или интегральная юриспруденция? / Проблемы изучения и преподавания. М., 2013. С. 48.

Лукьянова Е.Г. Состояние современной российской теории права в контексте развития // Юридическое образование и наука. 2014. № 1. С. 31–34.

Малахов В.П. Мифы современной общеправовой теории. М.: ЮНИТИ, 2013. 151 с.

Малько А.В. Теория правовой политики. М.: Юрлитинформ, 2012. 312 с.

Марченко М.Н. «Умеренный» позитивизм и верховенство права в условиях правового государства // Государство и право. 2012. № 4. С. 5–11.

Медушевский А.Н. Кризис права как проблема теоретической юриспруденции / Право и общество в эпоху перемен. М.: ИГП РАН, 2008. С. 89–112.

Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. М.: Юрлитинформ, 2007. 456 с.

Сырых В.М. Застарелые недуги позитивистской доктрины права // Право и государство. 2014. № 2. С. 38–44.

Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. 650 с.

Phenomenon of Fashion in Theoretical Jurisprudence



Michael Kozyuk

Associate Professor, Department of Theory and History of Law and State, Russian Academy of National Economy and State Service, Volgograd Branch, Candidate of Juridical Sciences. Address: 19 Yasnopolyanskaya Str., Volgograd 400094, Russian Federation. E-mail: mkozuk@yandex.ru



Abstract

Fashion is not only part of life but of science as well. The most interesting works on fashion in science have been published by Russian sociologist, Professor at the National Research University Higher School of Economics A. B. Gofman. His papers enable to consider this phenomenon in terms of theoretical jurisprudence. According to the author of the article, currently, different concepts which are not directly linked to the quest of scientific truth have come into fashion. Considering the existing *fashions*, the author gets fairly skeptical as to their heuristic capabilities. In particular, the concepts are highlighted such as those related to the alleged crisis of law, the invention of new legal phenomena by adding the adjective *legal*, criticizing positivism of law, the problem of understanding law, legal policy and some other buzzwords (mythology, utilitarianism). To support his idea, the author presents examples of current scientific publications. The author also draws attention to the typical complaints of legal scholars to their negligence by the representatives of state. While in the legal regulation of public relations many inaccuracies occur, lawmakers often ignore such forms of communication s with science, which leads in turn to a new fashion, i.e. *utilitarianism* -the need for scientists to engage in various types of waste “fisheries”: writing every countless textbooks and manuals, spark notes, even courses such as Theory of State and Law in Three Hours. Is it possible to reduce the influence of such fashion? According to the author, fashion should be studied and reflect on the recent trends. As many scholars claim, theoretical jurisprudence is deprived of self-reflection and the theory of law lacks fundamental problems. However such problems as dispute of opinions in science, freedom of criticism, the inadmissibility of monopolism and dogmatism require a closer attention.



Keywords

theory of state and law, fashion, crisis in law, legal policy, positivism, legal myths, critique in law.

Citation: Kozyuk M.N. (2016) Phenomenon of Fashion in Theoretical Jurisprudence. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 219–234 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.219.234



References

- Chestnov I.L. (2012) *Postklassicheskaya teoriya prava* [Postclassical Theory of Law]. Saint Petersburg: Alef-Press, 650 p. (in Russian)
- Gofman A.B. (2013) *Moda i lyudi. Novaya teoriya mody i modnogo povedeniya* [Fashion and People. New Theory of Fashion Fashionable Behaviour]. Moscow: KDU, 228 p. (in Russian)
- Gofman A.B. (2013) O modakh v sovremennoy teoreticheskoy sotsiologii [On Fashions in Modern Theoretical Sociology]. *Sotsis*, no 10, pp. 21–28.
- Gryazin I.N. (2011) Pravo est' mif [Law is a Myth]. *Pravovedenie*, no 5, pp. 72–95
- Lapaeva V.V. (2012) *Tipy pravoponimaniya: pravovaya teoriya i praktika* [Types of legal consciousness: Legal Theory and Practice]. Moscow: Russian Academy of Jurisprudence. 580 p. (in Russian)
- Lipen' S.V. (2013) Problemy strukturovaniya i razvitiya nauchnogo znaniya [Problems of Structuring and Developing Scientific Knowledge]. *Lex Russica*, no 10, pp. 1047–1055.
- Lukasheva E.A. (2015) *Mifologizatsiya politicheskoy i pravovoy zhizni* [Myths in Political and Legal Life]. Moscow: Norma, 272 p. (in Russian)
- Luk'yanova E.G. (2014) Sostoyanie sovremennoy rossiyskoy teorii prava v kontekste razvitiya [Current Russian Theory of Law in Perspective]. *Yuridicheskoe obrazovanie i nauka*, no 1, pp. 31–34.
- Malakhov V.P. (2013) *Mify sovremennoy obshchepravovoy teorii* [Myths of Modern Common Law Theory]. Moscow: YUNITI, 151 p. (in Russian)
- Mal'ko A.V. (2012) *Teoriya pravovoy politiki* [Theory of Legal Policy]. Moscow: Yurlitinform, 312 p. (in Russian)
- Marchenko M.N. (2012) «Umerenny» pozitivizm i verkhovenstvo prava v usloviyakh pravovogo gosudarstva [Moderate Positivism and Rule of Law in Legal State]. *Gosudarstvo i pravo*, no 4, pp. 5–11.
- Medushevskiy A.N. (2008) Krizis prava kak problema teoreticheskoy yurisprudentsii [Crisis of Law as an Issue in Theoretical Jurisprudence]. *Pravo i obshchestvo v epokhu peremen* [Law and Society at the Time of Changes]. Moscow: IGP RAN, pp. 89–112.
- Sorokin V.V. (2007) *Ponyatie i sushchnost' prava v dukhovnoy kul'ture Rossii* [Concept and Essence of Law in Spiritual Culture of Russia]. Moscow: Yurlitinform, 456 p. (in Russian)
- Srykh V.M. (2014) Zastarelye nedugi pozitivistskoy doktriny prava [Ills of Positivism Doctrine]. *Pravo i gosudarstvo*, no 2, pp. 38–44.
- Vlasenko N.A. (2013) Krizis prava: problemy i podkhody k resheniyu [Crisis of Law: Issues and Approaches]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 8, pp. 43–54.

Зарубежная правовая мысль в условиях развития информационных технологий



А.В. Туликов

аспирант кафедры теории и истории права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: alex.amissa@yandex.ru



Аннотация

Статья посвящена теории «цифрового либертарианизма», ее сравнению с классическим американским либертарианизмом, сопоставлению позиции сторонников данной теории и ее критиков о государстве, праве и правах человека в Интернете. В отличие от современного американского либертарианизма, который во многом основан на доктрине естественных прав, для «цифрового либертарианизма» большее значение представляют реальные социальные явления и он ближе социологическому позитивизму. Одной из центральных идей «цифрового либертарианизма» является суверенитет киберпространства, который противопоставляется государственному суверенитету. Киберлибертарианцы отвергают способность внутреннего права государства выступать эффективным регулятором общественных отношений в киберпространстве и предлагают вместо него систему саморегулирования. Государственные патерналисты, как основные критики киберлибертарианцев, опровергают данную точку зрения и полагают, что только государство может обеспечить гарантии прав и свобод в Интернете. Обе концепции, отражая определенный этап в правовом осмыслении социальных процессов и явлений в Интернете, в последующем были объединены в более универсальный подход, основанный на возможности и эффективности сочетания внутреннего права государств, саморегулирования и международного права в Интернете. Вместе с тем, технологические и правовые особенности киберпространства, на которые указывают киберлибертарианцы, позволяют пользователям обходить установленные требования. Это способствует развитию методов достижения в киберпространстве того же уровня физически возможного наблюдения за коммуникациями и общением пользователей, как и за его пределами. В результате государство с учетом его правовых традиций и сетевые сообщества для обеспечения правопорядка в Сети используют в дополнение к правовым средствам воздействия на поведение пользователей механизмы материального принуждения. Данные механизмы заключаются в комбинации определенных технологий и правовых требований по их применению, которые приводят к фактическому (материальному) ограничению свободы выражения, а также права на неприкосновенность частной жизни, и таким образом обеспечивают возможность защиты государством или же саморегулируемыми сообществами публичных и частных интересов.



Ключевые слова

либертарианизм, государственный патернализм, Интернет, киберпространство, суверенитет, права человека, свобода выражения, право на доступ к информации, право на неприкосновенность частной жизни

Библиографическое описание: Туликов А.В. Зарубежная правовая мысль в условиях развития информационных технологий // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 235–243.

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.235.243

При переходе от индустриального общества к постиндустриальному в общественных отношениях происходят изменения, связанные с возрастающей значимостью информации и информационных технологий во всех сферах жизни. Интернет способствовал формированию особой среды взаимодействия между людьми, которая в технических науках получила название «киберпространство». В процессе развития Интернета соответствующее понятие наполняется не только техническим, но и социальным содержанием, в том числе правовым. Происходящие процессы ставят перед учеными-юристами целый ряд вопросов, связанных с общетеоретическим пониманием роли права в меняющихся условиях.

Предметом настоящей статьи является американская теория юриспруденции «цифрового либертарианизма», призванная осмыслить правовую составляющую киберпространства. Данная теория зародилась в начале 90-х годов прошлого века в академическом кругу ученых юристов, преимущественно, из североамериканских университетов (Дж.П. Барлоу (Гарвардская школа права), Д.Г. Пост (Школа права университета Джоржтауна), Д.Р. Джонсон (Институт права киберпространства), Г.Г. Перритт (Школу права Чикаго-Кент Технологического института Иллиноиса), И.Т. Харди (Школа права Вильяма и Мари)¹.

Цифровой либертарианизм представляет направление правовой мысли, в рамках которого различается несколько течений, объединяемых общностью взглядов на понимание роли права в киберпространстве². Поскольку сторонники данного направления концентрируются на исследовании правовой природы киберпространства, они стали именоваться киберлибертарианцами. Общность правовых взглядов киберлибертарианцев обусловлена тем, что их корни уходят в более широкую социальную теорию либертарианизма, утвердившейся в американской идеологии с середины 70-х годов прошлого века. На формирование данной теории значительное влияние оказала естественно-правовая доктрина. В ее основе лежат идеи полной личной, политической и экономической свобод. От данной теории киберлибертарианцы восприняли естественно-правовые начала прав человека. Понимание неограниченных прав и свобод было перенесено на киберпространство. В результате такого подхода выделился «цифровой либертарианизм».

Естественно-правовой характер цифрового либертарианизма выразился не только в отношении прав человека, но и правопонимания в целом. В отличие от традиционного юридического позитивизма, рассматривающего силу как необходимое условие существования права (еще Дж. Остин приравнивал выполнение правовых норм с исполнением приказа под дулом ружья, т.е. с угрозой применения силы), цифровой либертарианизм отрицает ключевую роль принуждения в праве, поддерживая принцип ненасилия (*non-aggression principle*)³. Согласно данному принципу, применение силы

¹ См., напр.: *Barlow J.P. The Economy of Ideas: A Framework for Patents and Copyright in the Digital Age // Wired. 2.03.1994; Johnson D.R., Post D. Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace / Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias / ed. by P. Ludlaw. Massachusetts Institute of Technology. 2001. 485 p.; Perritt H.H.Jr. Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalist? // Berkeley Technology Law Journal. V. 12. 1997. P. 413–482; Hardy I.T. The Proper Legal Regime for 'Cyberspace' // University of Pittsburgh Law Review. V. 55. 1994. P. 993–1055.*

² См., напр.: *Murray A. The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment. NY: Routledge, 2007. P. 6–9.*

³ Принцип ненасилия был определен как основополагающий в либертарианской теории М.Н. Ротбарда и Р. Нозика. См.: *Nozick R. Anarchy, State, and Utopia. Basis Books, 2013. 592 p.; Rothbard M.N. Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays. 2-nd edition. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2000. P. 116.*

правомерно только для защиты от насилия. Исходя из него либертарианцы определяют границы прав и свобод человека, а также пределы применения мер государственного принуждения, как правило, сводящиеся к существенному уменьшению вмешательства государства в правовое регулирование. Таким образом, киберлибертарианцы исходят из ограничения роли правовых предписаний в киберпространстве.

Вместе с тем, представителей «цифрового либертарианизма» нельзя назвать последовательными преемниками либертарианской доктрины. «Цифровой либертарианизм» не настаивает на неограниченной личной, политической и экономической свободах. Для сторонников данного направления большее значение представляют реальные социальные явления. Тем самым цифровой либертарианизм отдает должное традиционному социологическому позитивизму, доминирующему в американской правовой мысли. Попытка соединить юснатурализм с позитивизмом опять-таки не является новой в современной американской правовой мысли. Достаточно вспомнить теоретические рассуждения Р. Дворкина, который, признавая естественные права, отрицал их метафизическую природу⁴.

Сторонники «цифрового либертарианизма» полагают, что суверенная власть государства в Интернете существенно ограничена, что приводит к низкой регулятивной силе национального права. Это обусловлено противоречием между территориально ограниченным действием внутреннего права государства и глобальным характером распространения информации в Сети. В связи с этим Д.Г. Пост отмечает, что, хотя обмен информацией в Интернете физически происходит между сетевым оборудованием, расположенным в различных национальных юрисдикциях, в действительности он является «внеюрисдикционным» (a-jurisdiction), поскольку физическое расположение и физические границы не имеют значения в сетевой среде⁵. В результате одной из центральных идей «цифрового либертарианизма» является суверенитет киберпространства (или квази-суверенитет сетевых сообществ), который противопоставляется государственному суверенитету.

Критиками теории «цифрового либертарианизма» выступают сторонники государственного патернализма. Основными представителями данного направления являются такие американские ученые — юристы из таких американских университетов и школ права, как Университет Чикаго (Дж.Л. Голдсмит), Гарвардская школа права (Т.С. Ву), Стэнфордский университет (Л. Лессиг), Вашингтонский колледж права Американского университета (Дж. Бойл), Школа права им. Б. Кардозо университета Ешива (Дж. Хуггес), Школа права и дипломатии им. Флетчера Университета Тафтса (Дж.П. Трачтман)⁶. Их позиция сводится к тому, что государство имеет все возможности для осуществления правового регулирования в киберпространстве, и только данный политико-правовой институт в условиях законно избранной власти в сочетании с правовыми нормами обладает необходимой демократической легитимностью и должен обеспечить соблюдение установленных правил поведения в Интернете. С точки зрения сторонников государ-

⁴ См., напр.: *Дворкин Р.* О правах всерьез / Пер. с англ.; Ред. Л. Б. Макеева. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. С. 243–244.

⁵ *Post D.G.* Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, 1995 // URL: <https://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html> (дата обращения: 04.05.2016).

⁶ См., напр.: *Goldsmith J.L.* Against Cyberanarchy // *University of Chicago Law Review*. V. 65. 1998. P. 1199–1250; *Wu T.S.* Cyberspace Sovereignty? — *The Internet and the International System* // *Harvard Journal of Law & Technology*. V. 10. 1997. P. 647–666; *Lessig L.* Code: And Other Laws Of Cyberspace. New York: Basic Books, 1999. 320 p.; *Hughes J.* The Internet and the Persistence of Law // *Boston College Law Review*. V. 44. 2003. P. 359–396; *Trachtman J.P.* Cyberspace, Sovereignty, Jurisdiction and Modernism // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. V. 5. 1998. P.561–581.

ственного патернализма, проблема сочетания внутреннего права различных государства не является уникальной для Интернета, и может быть решена в рамках коллизионного права⁷. В свою очередь, вывод Т.С. Ву, что киберпространство сохраняет высокую степень независимости только благодаря инерции («государства только приступили к определению своих приоритетов»⁸) подтверждается активным развитием национального законодательства в области киберпространства в различных юрисдикциях, которое происходит в течение последних 20 лет.

Киберлибертарианцы отвергают способность внутреннего права государства выступать эффективным регулятором общественных отношений в киберпространстве, но в то же время они не отрицают право в киберпространстве как таковое. На основе независимости киберпространства от государства Д.Р. Джонсоном вводятся категории «сетового гражданства» и «сетевых граждан», на которые не распространяется национальное право⁹. Вместо внутреннего права государств ими предлагается система саморегулирования (так называемый «сетевой этикет»), выработанный «сетевыми гражданами» самостоятельно, и правила, разработанные и принятые предпринимателями. С точки зрения «цифрового либертарианизма», подобное саморегулирование позволило бы в полной мере реализовать либеральные демократические идеи.

Идеи киберлибертарианцев о саморегулировании в Интернете по-разному оцениваются в юридической позитивистской доктрине. В частности, профессор права Школы права университета Техаса Н.У. Натанель указывает, что «либеральное государство является более эффективным гарантом либеральных прав»¹⁰. По его мнению, данный вывод следует из того, что по сравнению с институтами саморегулирования в киберпространстве либеральное государство имеет длительную историю, сложившиеся традиции применения либеральных принципов, а также обладает необходимой устойчивостью и механизмами правоприменения для поддержания правопорядка. С точки зрения профессора права Школы права Университета Фордхем Дж.Р. Рейденберга, который во многом поддерживает идеи киберлибертарианцев, государство может и должно участвовать в правовом регулировании в киберпространстве, однако оно не может и не должно осуществлять попыток подавления регулятивной силы сетевых сообществ¹¹. За сбалансированный подход к правовому регулированию отношений в Интернете также выступает профессор управления и регулирования в Интернете Окфордского института Интернета В. Майер-Шонбергер¹². В рамках данного подхода, который в настоящее

⁷ Дж.Л. Голдсмит показывает, что в современном мире транзакция может быть урегулирована внутренним правом не только юрисдикции, в которой она совершена или резидентами которой являются ее стороны, но и в рамках юрисдикции, в которой ощущается наибольший эффект от такой транзакции. См.: *Goldsmith J.L. Against Cyberanarchy // University of Chicago Law Review. V. 65. 1998. P. 1250.* В то же время, анализируя доводы Дж.Л. Голдсмита о возможности разрешения конфликтов в киберпространстве на основе коллизионного права, Д.Г. Пост справедливо указывает на его ограниченные возможности. *Post D.G. Against 'Against Cyberanarchy' // Berkeley Technology Law Journal. V. 17. 2002. P. 1363–1385.*

⁸ *Wu T.S. Cyberspace Sovereignty? — The Internet and the International System. P. 665.*

⁹ См.: *Johnson D.R. Due Process and Cyberjurisdiction. P. 331.*

¹⁰ *Netanel N.W. Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory // California Law Review. V. 88. 2000. P. 488.*

¹¹ См.: *Reidenberg J.R. Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace // Emory Law Journal. V. 45. 1996. P. 413–482.*

¹² См.: *Mayer-Schönberger V. The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation // Virginia Journal of International Law. V. 43. 2003. P. 639–669.*

время доминирует в правовой доктрине, обосновывается возможность и эффективность сочетания внутреннего права государств, саморегулирования и международного права в Интернете. На основе саморегулирования организовано взаимодействие организаций, обеспечивающих функционирование технологической инфраструктуры Интернета, осуществляется распределение адресного пространства в Сети и функционирование многочисленных сетевых сообществ.

Саморегулирование в Интернете, действительно, в отдельных случаях является более демократичным, децентрализованным и подвижным методом регулирования общественных отношений по отношению к национальному законодательству. В зарубежной юридической литературе справедливо отмечается, что саморегулирование играет важную роль не только для обеспечения технологических принципов функционирования Сети, но и для «исключения вмешательства государства в чувствительные сферы основных прав, таких как свобода выражения и информации за счет создания стандартов социальной ответственности и защиты пользователей от опасных материалов»¹³. В связи с этим следует согласиться с учеными-юристами, которые предлагают при сопоставлении саморегулирования и внутреннего права государства применять принцип субсидиарности¹⁴. Согласно данному принципу, государства могут регулировать поведение в сетях только в тех случаях, когда непосредственно затронуты государственные интересы и такое регулирование отнесено к их компетенции или когда государственное регулирование более эффективно, чем саморегулирование.

«Цифровой либертарианизм» исходит из того, что ограничения права на доступ к информации, свободы выражения, права на неприкосновенность частной жизни в Интернете не могут быть реализованы в силу как технологических, так и правовых особенностей киберпространства. С одной стороны, в Интернете достаточное количество средств и механизмов для того, чтобы технически обходить такого рода ограничения. Более того, наличие подобных средств и механизмов необходимо для того, чтобы Интернет мог выполнять свои функции. Это утверждение справедливо как в отношении ограничений права на доступ к информации и свободы выражения, так и права на неприкосновенность частной жизни.

С другой стороны, Д.Р. Джонсон и Д.Г. Пост отмечают, что, хотя государство может быть заинтересовано в том, чтобы ограничить доступ к определенной информации в Интернете, существует преобладающий интерес «сетевых граждан» по обеспечению глобального и свободного от ограничений потока информации¹⁵. С точки зрения данных авторов, базовым правовым принципом в киберпространстве является запрет на установление ограничений свободы выражения в Сети.

Для киберлибертарианцев анонимность и конфиденциальность коммуникаций в Сети является не только технологической, но и правовой особенностью. Вместо установления запретов анонимности и ограничений права на неприкосновенность частной жизни, киберлибертарианцы указывают на необходимость дальнейшего развития права в условиях новых коммуникаций. Как пишут Д.Р. Джонсон и Д.Г. Пост, «право в Сети должно быть готово к тому, чтобы иметь дело с лицами, которые представляют себя только с помощью идентификационных кодов, пользовательских аккаунтов и доменных имен»¹⁶.

¹³ Price M.E., Verhulst S.G. Self-Regulation and the Internet. The Hague: Kluwer Law International, 2005. P. 9.

¹⁴ Reidenberg J.R. Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace. P. 925.

¹⁵ Johnson D.R., Post D. Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace. P. 168

¹⁶ Johnson D.R., Post D. Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace. P. 173.

Аргументы киберлибертарианцев справедливы только отчасти. Если воздействия как саморегулирования, так и внутреннего права государства на поведение пользователей и владельцев информационных ресурсов в Интернете не достаточно, то государство будет искать иные методы либо иные объекты воздействия для того, чтобы обеспечивать надлежащее выполнение своих функций. В результате во внутреннем праве государств с различными правовыми традициями реализуются методы правового регулирования в киберпространстве, которые не находят аналогов за его пределами, и имеют своим объектом не столько поведение пользователей и владельцев информационных ресурсов в Интернете, сколько лиц, которые предоставляют им свои услуги и технологическую базу и на которых в полном объеме распространяется государственный суверенитет. Речь идет о таких методах, как установление требований к операторам связи по блокированию доступа к отдельным информационным ресурсам в киберпространстве на основании решения суда либо административных органов¹⁷, специальных процедур для разрешения в досудебном порядке юридических конфликтов между сервис-провайдерами, пользователями и обладателями исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации¹⁸.

Киберлибертарианцы не учитывают, что правовые традиции в различных государствах могут отличаться, и даже в демократических государствах в соответствии с международно-правовыми нормами могут быть введены и вводятся определенные ограничения на свободу выражения мнения и доступ к информации в Интернете. Данное утверждение также справедливо и в отношении права на неприкосновенность частной жизни. Во внутреннем праве различных государств совершенствуются методы, реализация которых способствует достижению в киберпространстве того же уровня физически возможного наблюдения за коммуникациями и общением пользователей, как и за его пределами¹⁹. Речь идет о методах, обеспечивающих технические возможности для доступа к передаваемым в Интернете сообщениям в самой системе коммуникаций, начиная от лицензирования деятельности операторов связи, сертификации средств защиты информации, регулирования доступа на рынок тех или иных приложений и заканчивая созданием программного обеспечения и технических средств в сотрудничестве с представителями рынка. При этом объектом подобного правового регулирования поведение индивида не является, хотя конечная его цель — это поддержание требуемого поведения пользователей и наблюдение за ним.

Для описания данных методов Дж. Бойл использует термин «материальное принуждение», который он заимствовал из доктрины французского философа М. Фуко²⁰. Материальное принуждение достигается за счет того, что государство активно вмешивается в правовой режим технологий и правовое положение лиц, которые обеспечивают воз-

¹⁷ См., напр.: *Warf B.* Global Geographies of the Internet. Springer Science & Business Media, 2012. P. 50–66; *Асфандиаров Б.М.* Правовое регулирование использования Интернета в КНР и Вьетнаме // Современное право. 2005. № 8 // URL: <https://www.sovremennoepravo.ru> (дата обращения: 23.02.2016).

¹⁸ См., напр.: Закон об авторском праве в цифровую эпоху 1998 г. (Digital Millennium Copyright Act (DMCA)); Федеральный закон от 24 ноября 2014 г. № 364-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 48. Ст. 6645.

¹⁹ *Boyle J.* Foucault In Cyberspace: Surveillance, Sovereignty and Hard-Wired Censors.

²⁰ См., напр.: *Фуко М.* Безопасность, территория, население. Курс лекций, прочитанных в Колледже де Франс в 1977—1978 уч. году / пер. с фр. Ю.Ю. Быстрова, Н.В. Сулова, А.В. Шестакова. СПб.: Наука, 2011. 544 с.

возможность использования данных технологий пользователями (производители технических устройств, разработчики программного обеспечения, операторы связи и провайдеры услуг). Таким образом создаются возможности, с одной стороны, для наблюдения за поведением индивида и, с другой стороны, технического ограничения возможности отклонения от требуемого поведения. Для обеспечения подобных возможностей необязательно устанавливать какие-либо ограничения прав и свобод человека, выраженные в требованиях к пользователям и санкциях за их нарушение.

На определенную форму материального принуждения в киберпространстве также указывают Л. Лессиг. С его точки зрения, в киберпространстве одной из форм регулирования становятся программный код и технологическая инфраструктура Интернета, которые он называет архитектурой Интернета. Следует согласиться с тем, что правила поведения в такой искусственной среде как киберпространство, созданной с помощью программно-технических средств, изначально ограничены рамками, которые определяются такими средствами. При этом установление требований к программно-техническим средствам или внесение в них изменений будет непосредственно отражаться на поведении пользователей Сети. В результате использование технологий, определенным образом ограничивающее поведение пользователей и позволяющее наблюдать за таким поведением, в настоящее время становится одним из ключевых методов регулирования, который применяется как государством, так и в рамках саморегулирования.

Позиция представителей государственного патернализма не лишает силы отдельные аргументы «цифрового либертарианизма». Именно киберлибертарианцы впервые были обосновали позицию, что Интернет образует самостоятельное юридически значимое пространство, которое может быть рассмотрено наряду с территорией земли, водным и воздушным пространством, определяющими суверенные границы государства. Положения, изначально разработанные в киберлибертарианцами, в последующем нашли отражение во внутреннем праве различных государств²¹. Также не лишена объективности точка зрения киберлибертарианцев на существование в киберпространстве сообществ, в которых их члены обладают определенной совокупностью прав и обязанностей, в том числе финансового характера, предусмотрены санкции за их нарушение и процедуры разрешения споров. В связи с этим идея киберлибертарианцев о киберсуверенитете представляет важное значение для понимания роли права и сущности правовых явлений в киберпространстве.

Таким образом, теория «цифрового либертарианизма» внесла существенный вклад в правовое осмысление процессов, происходящих в общественных отношениях в связи с развитием Интернета. Ее международное значение сохраняется, и она продолжает оказывать влияние на правовую мысль в разных странах²². Вместе с тем, сыграв важную роль в обосновании особенности правовых аспектов киберпространства на этапе его

²¹ На это, в частности, указывает признание в различных национальных юрисдикциях Интернета отдельной сферой, в которой возможно осуществление тех или иных юридически значимых действий, при осуществлении правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности, товарных знаков и знаков обслуживания, правового регулирования деятельности средств массовой информации, обеспечения доступа к информации, защиты от диффамации и др.

²² См., напр.: Marsden C.T. *Internet Co-Regulation*. Cambridge University Press. 2011. 284 p.; Bernal P. *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*. Cambridge University Press. 2014. 328 p.; Право и Интернет. Теоретические проблемы / Рассолов И.М. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2009. 384 с.; Наумов В.Б. Нормативизм против цифрового либертарианства (Комментарий к трактату Дж. П. Барлоу «Экономика идей») // Русский журнал. 1999. URL: <http://old.russ.ru/netcult/99-05-13/naumov.htm> (дата обращения: 09.05.2016).

становления, в последующем ее место в американской правовой науке изменилось. Отдельные гипотезы, на которых киберлибертарианцы основывали свои выводы о «должном праве» в киберпространстве, не получили подтверждения на практике. В результате многие положения «цифрового либертарианизма» вызвали обоснованную критику со стороны научного сообщества и дальнейшее развитие данная теория не получила.



Библиография

- Дворкин Р. О правах всерьез / Пер. с англ.; Ред. Л.Б. Макеева. М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2004. 392 с.
- Расолов И.М. Право и Интернет. Теоретические проблемы. 2-е изд., доп. М.: Норма, 2009. 384 с.
- Фуко М. Безопасность, территория, население. Курс лекций, прочитанных в Колледже де Франс в 1977-1978 уч. году / Пер. с фр. Ю. Ю. Быстрова, Н. В. Сулова, А. В. Шестакова. СПб.: Наука, 2011. 544 с.
- Bernal P. Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. 328 p.
- Goldsmith J.L. Against Cyberanarchy // University of Chicago Law Review. V. 65. 1998. P. 1199–1250.
- Hughes J. The Internet and the Persistence of Law. Boston College Law Review. V. 44. 2003. P. 359–396.
- Johnson D.R., Post D. Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace / Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias / ed. by Peter Ludlaw. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 2001. 485 p.
- Lessig L. Code: And Other Laws Of Cyberspace. NY: Basic Books; 1st edition, 1999. 320 p.
- Marsden C.T. Internet Co-Regulation. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. 284 p.
- Mayer-Schönberger V. The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation. Virginia Journal of International Law. V. 43. 2003. P. 639–669.
- Murray A. The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment. NY: Routledge, 2007. 296 p.
- Netanel N.W. Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory. California Law Review. V.88. 2000. P. 395–498.
- Nozick R. Anarchy, State, and Utopia. NY: Basis Books, 2013. 592 p.
- Rothbard M.N. Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays / 2-nd edition. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 2000. 324 p.
- Warf B. Global Geographies of the Internet. NY: Springer Science & Business Media, 2012. 166 p.

Foreign Legal Doctrine in the IT Era



Alexey V. Tulikov

Postgraduate Student, Department of Theory and History of Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: alex.amissa@yandex.ru



Abstract

This Article is devoted to the theory of “digital libertarianism”; it compares this theory with the classical American Libertarianism, as well as considers the viewpoints of its proponents and opponents on the issues of state, law and human rights on the Internet. Unlike the modern American Libertarianism, which is largely based upon the doctrine of natural rights, the “digital libertarianism” pays more attention to the real social phenomena, and it is closer to the sociological positivism. One of the central ideas of the “digital libertarianism” is the sovereignty of cyberspace, which is opposed to the state sovereignty.

The state paternalists as the most vigorous critics of cyberlibertarians reject this point of view and believe that only state can secure the respect for behavioral rights on the Internet. The technological and legal aspects of cyberspace, which are stressed by cyberlibertarians, allow for users to bypass the specified requirements, and to set their own codes of behavior. In order to enforce the law, both state with its legal traditions and network communities in addition to the legal means of influence on users' behavior use mechanisms of material coercions. These mechanisms include a combination of specific technologies and legal requirements for their enforcement, which lead to the real (physical) limitation of freedom for expression and information, as well as to the limitation of privacy rights, and thus ensure the possibility for the state or self-regulating communities to secure the public and private interests.



Keywords

libertarianism, state paternalism, Internet, cyberspace, sovereignty, human rights, freedom of expression, the right to access to information, the right to privacy

Citation: Tulikov A.V. (2016) *Foreign Legal Doctrine in the IT Era*. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 235–243 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.235.243



References

Bernal P. (2014) *Internet Privacy Rights: Rights to Protect Autonomy*. Cambridge: Cambridge University Press, 328 p.

Dworkin R. (2004) *O pravakh vser'ez* [Taking Rights Seriously]. Moscow: Rossiiskaya politicheskaya entsiklopediya (ROSSPEN), 392 p.

Foucault M. (2011) *Bezopasnost', territoriya, naselenie. Kurs lektsiy, pročitannykh v Kolledzhe de Frans v 1977-1978 uch. Godu* [Security, Territory, Population. A lecture series given at the Collège de France between 1977 and 1978]. Saint Petersburg: Nauka, 544 p.

Goldsmith J.L. (1998) Against Cyberanarchy. *University of Chicago Law Review*. V. 65, pp. 1199–1250.

Hughes J. (2003) The Internet and the Persistence of Law. *Boston College Law Review*. V. 44, pp. 359–396.

Johnson D.R., Post D. (2001) Law and Borders — The Rise of Law in Cyberspace. *Crypto Anarchy, Cyberstates, and Pirate Utopias*. Peter Ludlaw (ed.). Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 485 p.

Lessig L. (1999) *Code And Other Laws Of Cyberspace*. NY: Basic Books, 320 p.

Marsden C.T. (2011) *Internet Co-Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press, 284 p.

Mayer-Schönberger V. (2003) The Shape of Governance: Analyzing the World of Internet Regulation. *Virginia Journal of International Law*. V. 43, pp. 639–669.

Murray A. (2007) *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment*. NY: Routledge, 296 p.

Netanel N.W. (2000) Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory. *California Law Review*. V.88, pp. 395–498.

Nozick R. (2013) *Anarchy, State, and Utopia*. NY: Basis Books, 592 p.

Rassolov I.M. (2009) *Pravo i Internet. Teoreticheskie problemy* [Law and the Internet]. Moscow: Norma, 384 p. (in Russian)

Rothbard M.N. (2000) *Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays*. Auburn: The Ludwig von Mises Institute, 324 p.

Warf B. (2012) *Global Geographies of the Internet*. NY: Springer Science & Business Media, 166 p.

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

XVIII Апрельская международная научная конференция «Модернизация экономики и общества»

11–14 апреля 2017 г. в Москве состоится XVIII 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.

Пленарные заседания конференции и специальные круглые столы будут посвящены наиболее актуальным проблемам экономического и социального развития страны. После пленарных заседаний и в течение последующих дней будут проводиться академические сессии с представлением научных докладов.

С основными тематическими направлениями конференции можно ознакомиться на официальном сайте: <http://conf.hse.ru>. Рабочими языками конференции являются русский и английский. Пленарные и ряд секционных заседаний будут сопровождаться синхронным переводом. Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует подавать в режиме on-line по адресу: <http://conf.hse.ru/> с **11 сентября 2016 г. до 13 ноября 2016 г.** Решение Программного комитета о включении докладов в программу конференции будет принято до 25 января 2017 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.

Участникам из стран СНГ и Восточной Европы, приглашенным выступить с докладами, может быть предоставлен грант Представительством Всемирного банка в Москве с целью компенсации расходов по участию в конференции. Заявки на получение гранта должны быть направлены до **13 февраля 2017 г.** по адресу interconf@hse.ru.

В рамках конференции планируется организовать серию семинаров для докторантов и аспирантов (с возможностью предоставления грантов на проезд и проживание для отобранных докладчиков). Информация об условиях участия в этих семинарах будет доступна на официальном сайте <http://conf.hse.ru/>

Заявки на участие в конференции без доклада принимаются в режиме on-line с **14 ноября 2016 г. до 18 марта 2017 г.** по адресу: <http://conf.hse.ru/>. Информация о размерах и возможностях оплаты организационных взносов доступна на официальном сайте по адресу <http://conf.hse.ru/>.

С программами и материалами I–XVII международных научных конференций (2000–2016 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2015/history>.

Оргкомитет конференции

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

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 *Беззубцев В.С.*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 15.09.2016. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 15,5. Тираж 600 экз.