

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

3/2018



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

Н.А. Богданова (МГУ имени М.В. Ломоносова, Российская Федерация)
Н.Ю. Ерпылева (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
В.Б. Исаков (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
А.Н. Козырин (НИУ ВШЭ, Российская Федерация)
Г.И. Муромцев (РУДН, Российская Федерация)
В.Д. Перевалов (Уральская государственная юридическая академия, Российская Федерация)
В.А. Сивицкий (Конституционный Суд Российской Федерации)

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2018

Правовая мысль: история и современность

О.А. Степанов

О проблеме конкретизации права в условиях цифровизации общественной практики 4

М.В. Антонов

Нормативность и фактичность в защите религиозных свобод 24

Л.Р. Сюкияйнен

Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права 50

A. Manasyan

The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought 81

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

D.L. Komyagin

Charity in Russia: from Alms to “Tax For the Poor” and Back 99

Ю.В. Трунцевский, И.В. Осипов

Законодательное закрепление количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности: закономерности и методика подсчета 122

Л.А. Чиканова, Л.В. Серегина

Правовая защита граждан от безработицы в условиях информационных технологических новаций в сфере труда и занятости 149

Право в современном мире

Г.Г. Шинкарецкая

Евразийский экономический союз и некоторые вопросы правопреемства международных организаций 172

Л.В. Терентьева

Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса 195

B. Stražišar

Alternative Dispute Resolution 214

Д.Э. Дамиров

Проблема конфликта налоговой квалификации и ее решение на основе Модельной налоговой конвенции ООН 234

Law

JOURNAL

OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics



ISSUED QUARTERLY

Editorial Council

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

Editorial Board

N.A. Bogdanova (Moscow State
University, Russian Federation)
N.Yu. Yerpilyova (HSE,
Russian Federation)
V.B. Isakov (HSE,
Russian Federation)
A.N. Kozyrin (HSE,
Russian Federation)
G.I. Muromtsev (Russian
University of Peoples' Friendship,
Russian Federation)
V.D. Perevalov
(Ural State Law Academy,
Russian Federation)
V.A. Sivitsky
(Constitutional Court
of 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

Legal Thought: History and Modernity

O.A. Stepanov

On Concretization of Law in Conditions of Digitalization
of Public Practice 4

M.V. Antonov

Normativity and Facticity in Protection of Religious Freedom 24

L.R. Syukiyaynen

General Principles of Fiqh as Reflection of Juridical Features
of Islamic Law 50

A. Manasyan

The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional
Thought (in English) 81

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

D.L. Komyagin

Charity in Russia: from Alms to "Tax For the Poor" and Back
(in English) 99

Yu.V. Truntsevskiy, I.V. Osipov

Consolidation in the Law of Quantitative Parameters Cost Criteria
of Crimes in Sphere of Economic Activity: Regularities
and Calculation Methods 122

L.A. Chikanova, L.V. Seregina

Legal Protection of Citizens against Unemployment in Context
of Information Technology Innovations in the Field of Labor
and Employment 149

Law in the Modern World

G.G. Shinkaretskaya

Eurasian Economic Union and Issues of International
Organizations Succession 172

L.V. Terentieva

Common Law Presumption *Jura Novit Curia* and Branch
Presumption *Jura Aliena Novit Curia* in International Civil Process 195

B. Stražišar

Alternative Dispute Resolution (in English) 214

J.E. Damirov

Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based
on UN Model Tax Convention 234

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

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

О проблеме конкретизации права в условиях цифровизации общественной практики



О.А. Степанов

профессор, главный научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218 Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: o_stepanov@hotmail.ru



Аннотация

В статье анализируется феномен конкретизации права в условиях цифровизации. На примере проблемы противодействия терроризму с использованием информационно-телекоммуникационных сетей показано значение конкретизации в современных условиях. Автор рассматривает конкретизацию в качестве инструмента совершенствования правового регулирования в условиях цифровизации. Обращено внимание на то, что потребность в конкретизации правовых норм в современных условиях обусловлена их специализацией, предполагающей учет технологических особенностей цифровизации, а уровень и характер теоретического осмысления данного феномена отстает от существующих потребностей юридической практики, процессов обновления правовой материи. В статье указывается, что проблема конкретизации права применительно к сфере цифровизации сетей и технологий, связанная с противодействием терроризму в должной мере не изучена ни на теоретическом, ни на практическом уровне, хотя переход на электронное управление технологическими процессами в производстве, по мнению российских и зарубежных экспертов, являются предпосылкой для осуществления террористических актов с использованием информационно-телекоммуникационных сетей. При этом значительная часть интернет-сервисов в настоящее время взаимозависима, поскольку «облачные» технологии допускают наличие распределенных между различными юрисдикциями вычислительных мощностей, т.е. современный интернет-сервис составляет архитектурно распределенную по нескольким юрисдикциям систему правовых отношений, в рамках которых пользователи такого интернет-сервиса относятся к различным юрисдикциям. В качестве перспективного инструмента конкретизации рассматривается нормативное программирование. Отмечается, что конкретизация призвана придавать праву максимальную определенность в процессе правоприменительной деятельности на основе использования методологии концепции «минимума контактов» и риск-ориентированного подхода, а также мониторинга законодательства с применением искусственного интеллекта.



Ключевые слова

цифровизация, конкретизация права, терроризм с использованием телекоммуникационных сетей, нормативное программирование, концепция «минимума контактов», риск-ориентированный подход, мониторинг, искусственный интеллект.

Библиографическое описание: Степанов О. А. О проблеме конкретизации права в условиях цифровизации общественной практики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 4–23.

JEL:K00; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.4.23

Цифровизация сетей и технологических процессов — это не только один из векторов общественного развития, а руководство к действию, обусловленное очевидной необходимостью совершенствования правового регулирования в цифровую эпоху. Абстрактность, оценочный характер многих понятий и технико-юридических средств в условиях объективной потребности расширения сферы правового регулирования обуславливают необходимость разработки новых идей. Конкретизация права выступает одним из распространенных технико-юридических методов корректирующего воздействия на содержание и реализацию норм права в целом и вполне может рассматриваться в качестве инструмента совершенствования правового регулирования в условиях цифровизации.

Поскольку в правовом пространстве России действуют, как правило, правовые нормы общего характера, потребность в конкретизации их содержания в современных условиях обусловлена необходимостью учета технологических особенностей цифровизации. Вместе с тем нынешний уровень и характер теоретического осмысления данного феномена отстают от потребностей юридической практики, процессов обновления правовой материи. Так, в должной мере проблема конкретизации права применительно к сфере цифровизации сетей и технологий, связанная с противодействием терроризму, пока не изучена ни на теоретическом, ни на практическом уровне.

Вполне закономерно, что понятие конкретизации производно от понятия «конкретное», которое является парной категорией «абстрактного». Между тем Н.А. Власенко определяет конкретизацию как объективное свойство правового регулирования, заключающееся в переходе от неопределенности юридического предписания к его определенности¹. На это важно обращать внимание в рамках осуществления анализа цифровизации таких жизненно важных областей деятельности общества, как связь, энергетика, транспорт, финансовая и банковская сферы, оборона и национальная безопасность, работа министерств и ведомств.

Переход на электронное управление технологическими процессами в производстве, по мнению российских и зарубежных экспертов, является предпосылкой террористических действий с использованием информации

¹ Власенко Н.А. Методологические основы исследования конкретизации в праве // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: материалы IX международной конференции. М., 2015. С. 71–72.

онно-телекоммуникационных сетей. По оценкам ФСБ России, подготовка всех террористических атак на территории России в 2017 году координировалась через мессенджеры².

Некоторые исследователи полагают, что такие действия вполне объективно подпадают под ст. 205 УК РФ, в соответствии с которой «совершение взрыва, поджога или иных действий, устрашающих население и создающих опасность гибели человека, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных тяжких последствий, в целях дестабилизации деятельности органов власти или международных организаций либо воздействия на принятие ими решений, а также угроза совершения указанных действий в целях воздействия на принятие решений органами власти или международными организациями», т.е. террористические деяния с использованием информационно-телекоммуникационных сетей носят характер «иных действий», что является достаточным для правовой квалификации таких действий.

При рассмотрении конкретизации как фактора придания праву (в субъективном смысле) максимальной определенности в процессе правоприменительной деятельности, следует обратить внимание и на систему взглядов на угрозы в сфере компьютерной информации. Так, согласно ст. 16 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» меры по защите информации должны быть, прежде всего, направлены на нейтрализацию угроз, связанных с неправомерным доступом, уничтожением, модификацией, блокированием, копированием, предоставлением, распространением информации. Между тем уголовно-правовая классификация источников угроз и их проявлений по большей мере соотносится с требованиями ст. 272–274 Уголовного кодекса Российской Федерации, определяющими следующие составы преступлений: неправомерный доступ к компьютерной информации; создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ; нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети.

С принятием Федерального закона от 26.07.2017 № 187-ФЗ «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации», которым вводятся такие понятия, как государственная система обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы РФ, компьютерная атака, компьютерный инцидент, критическая информационная инфраструктура РФ, силы обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак, средства обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий ком-

² ФСБ: Террористы готовят атаки через мессенджеры [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.msk.kp.ru/daily/26814/3850911/> (дата обращения: 20.06.2018)

пьютерных атак, названные выше меры также призваны получить соответствующее осмысление с точки зрения их конкретизации.

В связи с этим уместно вспомнить, что А.Ф. Ноздрачев определяет конкретизацию как родовое понятие, означающее установление предписаний, разъясняющих или развивающих исходные нормы законов и подзаконных актов, и направленное на такую регламентацию общественных отношений, при которой достигается полнота регулирования, единство правового опосредования общественных отношений определенного вида³. Важно иметь в виду и то, что при обнаружении в сети Интернет информации террористического характера наиболее принципиальным вопросом является вопрос об определении субъекта, который является ее источником. В Китае, например, все пользователи Интернета обязаны идентифицировать себя с предъявлением удостоверения личности. Их данные фиксируются с указанием используемого компьютера и проведенного в сети времени. Указанная информация хранится несколько недель и направляется по запросу в компетентные государственные органы.

В России обязательная регистрация таких пользователей отсутствует, но законодательство предусматривает обязательность указания информации о владельцах сайтов. В связи с этим многими сайтами вводится требование идентификации пользователей с помощью процедуры «регистрация/авторизация». Однако проблема использования подобного механизма заключается в том, что информация о пользователе указывается лишь им самим, без верификации.

Поскольку конкретизация представляет собой свойство правового регулирования, то следует согласиться с М.В. Запоило, что толкование и конкретизация — это нетождественные понятия: толкование юридической нормы необходимо предшествует ее дальнейшей конкретизации⁴. Данное замечание актуально в свете обобщения практики рассмотрения дел о терроризме Пленумом Верховного Суда Российской Федерации, который в постановлении от 9.02. 2012 № 1 «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности» установил, что вопрос о публичности призывов к осуществлению террористической деятельности или оправдания терроризма (ст. 205.2 УК РФ) должен разрешаться судами с учетом места, способа, обстановки и других обстоятельств дела (обращение к группе лиц в общественных местах, на собраниях, митингах, демонстрациях; распространение листовок; вывешивание плакатов; размещение обращений в информационно-телекоммуникационных сетях

³ Ноздрачев А.Ф. Нормативные акты министерств и ведомств СССР: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1968. С. 14; Он же. Пределы конкретизации законов и подзаконных актов министерствами и ведомствами Союза ССР // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 12. М., 1968. С. 73.

⁴ Залоило М.В. Развитие отечественной юридической мысли о конкретизации в праве // Журнал российского права. 2011. № 6. С. 41–49.

общего пользования, включая Интернет, например на сайтах, форумах или в блогах; распространение обращений путем массовой рассылки электронных сообщений и т.п.).

Н.А. Гредескул обратил внимание на то, что реальной целью и истинной функцией суда является распознавание права, а именно, распознавание *in concreto*. «...Распознавание права *in concreto* есть особая и в высшей степени важная фаза в жизни права ... это критический этап на пути права от отвлеченной формулы к его практическому осуществлению или воплощению в жизнь»⁵. Так, опыт США, Польши, Израиля, где судебные органы также наделены полномочиями контроля над обеспечением безопасности в информационной сфере, показывает, что трудность обнаружения и ликвидации сетевых центров (серверов, доменов, веб-сайтов) террористических групп обусловлена особенностями технической организации Интернета, позволяющими регистрировать доменные имена сайта в одной стране, а размещать информацию в другой. Кроме того, значительная часть интернет-сервисов в настоящее время взаимозависима, поскольку «облачные» технологии допускают наличие распределенных между различными юрисдикциями вычислительных мощностей, т.е. интернет-сервис, основанный на современных информационно-телекоммуникационных технологиях, представляет архитектурно распределенную по нескольким юрисдикциям систему правовых отношений. При этом пользователи, взаимодействующие в рамках такого интернет-сервиса, относятся к различным юрисдикциям.

С учетом этого необходимо выделить позицию А.Ф. Черданцева, который считает, что «конкретизация в правоприменении состоит в индивидуализации — переводе общего и абстрактного веления нормы права в веление индивидуального характера, относящегося к индивидуальным (единичным), персонально определенным субъектам как участникам конкретного отношения, действующим в конкретной ситуации»⁶. При этом он связывает конкретизацию с природой общих и абстрактных норм, реализация которых без конкретизации (детализации) затруднена⁷.

При определении сферы действия закона в литературе, законодательстве и международной практике используется понятие «юрисдикция» (от лат. «судопроизводство»), под которым обычно понимаются полномочия, посредством которых судьи и должностные лица правоохранительных ведомств принимают к рассмотрению и решают дела. Это понятие весьма важно для понимания сферы действия права. В общей теории права катего-

⁵ Гредескул Н.А. Современные вопросы права. Харьков, 1906. С. 15–16.

⁶ Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права / Применение советского права. Вып. 30. Свердловск. 1974. С. 35.

⁷ Там же. С. 21–22.

рия юрисдикции, как правило, используется для обозначения компетенции, подведомственности, подсудности или круга дел, на которые распространяются полномочия государства, т.е. юрисдикция обозначает сферу действия государственной власти.

С системных позиций проблема определения юрисдикции предполагает рассмотрение вопросов о том, в рамках каких конкретных отношений находится местоположение серверов, а также о том, каким образом организована адресация и маршрутизация информации (через какие юрисдикции она проходит при передаче данных, в каких юрисдикциях к ней возможен доступ и в какой форме). Например, информация террористического характера может быть размещена на интернет-сервисе, который можно однозначно отнести к одной юрисдикции, а выражена на языке, который не имеет государственного статуса, используемого в рамках данной юрисдикции. Такой сервис следует скорее рассматривать как ориентированный на аудиторию, для которой данный язык является основным. С учетом этого требуется определить, чье законодательство, в какой степени и с какими последствиями может применяться к пользователю такого интернет-сервиса.

Между тем сущность правовой проблемы определения юрисдикционной деятельности заключается в том, что архитектура глобальной информационно-телекоммуникационной сети предполагает международный характер взаимодействия. Это обуславливает трудности определения применимого права, связанные как с местом разрешения спора и иными обстоятельствами юридического характера в Интернете, так и с обязанностями субъектов перед регулирующими органами.

С точки зрения общей теории права, решение данной проблемы допускает возможность экстерриториальности правовых норм применительно к контенту интернет-сайта, ориентированного на аудиторию, состоящую из населения иного государства. При этом понятие «иностранный элемент» может интерпретироваться расширительно в части возможности применения права одной правовой системы к отношениям, в которых один или более субъектов относятся к другой правовой системе. Особое значение это обстоятельство имеет при разрешении вопросов о юридической ответственности за действия террористического характера. Однако современное правовое регулирование, а равно его судебная и доктринальная интерпретации не позволяют говорить о перспективах совершенствования такой деятельности в условиях цифровизации с учетом компетенции органов, осуществляющих уголовное преследование, на основании которых такое преследование осуществляется в различных странах. При этом оперативная коммуникация между этими органами выходит на новый уровень.

В качестве перспективной организационной формы такой коммуникации допустимо рассматривать нормативное программирование, связанное

с разработкой символично-цифровых конструкций, обеспечивающих развитие правовой гармонизации на международном уровне.

Такая гармонизация предполагает универсализацию средств правовой регуляции в рамках процесса действия права. Поскольку с информационной точки зрения процессы действия права характеризуются получением, передачей, переработкой и использованием информации, идея такой универсализации может быть интерпретирована на основе кибернетической модели «черного ящика», которая предполагает выделение сигналов, подаваемых на «вход системы» с одновременной фиксацией эффектов на «выходе» из нее. При этом вне рамок анализа остается рассмотрение процессов, протекающих внутри самой модели, т.е. без проникновения в глубинную суть таких процессов допускается возможность получения сведений лишь о конкретных последствиях внешних воздействий. Подавая на «вход» правовую информацию, мы фиксируем на «выходе» конечный эффект ее реализации в обществе, отвлекаясь от процесса установления правовых отношений. Применение такого подхода при решении проблемы конкретизации средств правовой регуляции вполне возможно, так как в юридической норме заложена информационная модель поведения субъектов права, которая проявляется в индивидуальном поведении в качестве социальной программы, обеспечивающей отождествление индивидуальных и общественных ценностей.

В рассматриваемом случае не потеряла актуальности позиция К. Маркса: «Если вы отрицаете различие существенно различных видов одного и того же преступления, то вы отрицаете самое преступление, как нечто отличное от права, вы уничтожаете самое право, ибо всякое преступление имеет одну общую сторону с правом»⁸.

Поскольку норма сообщает своим адресатам, что требует от них право, то важно знать, что в процессе действия права (как в процессе движения информации) можно выделить генераторов (законодатели, разработчики) и рецепторов (физические и юридические лица) устанавливающих, воспринимающих и перерабатывающих правовую информацию, которая призвана оказывать информационное воздействие, направленное на ее сознание личности и усвоение ее конкретных правовых программ действия.

Развитие идеи нормативного программирования через призму конкретизации права допустимо связывать с разработкой новых нормативных конструкций, которые способны активизировать интегративные возможности национальных правовых систем. Если исходить из того, что такие возможности позволяют глубже оценивать ситуацию, то характер сближения национальных правовых систем может определяться как вертикальными (рецепция принципов, норм, исключаящая прежние правовые ориентиры), так

⁸ Маркс К., Энгельс Ф. Дебаты шестого рейнского ландтага / Соч. Т. 1. М., 2014. С. 136.

и горизонтальными (изложение одних и тех же предписаний по-разному) и временными (адаптация к изменениям, нововведениям) рамками. При этом соотношение вертикальных и горизонтальных взаимодействий в существенной мере определяется именно временным фактором — такие взаимодействия могут реализоваться не только в течение коротких интервалов времени, но и за относительно большие временные периоды⁹. В связи с этим возможно возникновение противоречия между требованиями стабильности и гибкости форм данного взаимодействия.

С одной стороны, важно сохранение на более длительном интервале времени структурных пропорций вертикального и горизонтального взаимодействия, а с другой необходимо обеспечение гибкости параметров регулирования, позволяющих должным образом стимулировать мотивацию субъектов права через использование нововведений. Необходимо обеспечить разумное сочетание вертикальных и горизонтальных начал взаимодействия национальных правовых систем, позволяющее увязывать макроцели правового регулирования с воздействием на поведение конкретных субъектов права.

Вместе с тем один из узловых теоретических вопросов заключается в установлении того, насколько предполагаемые тенденции развития права могут определяться особенностями национальных правовых систем в условиях использования возможностей современных механизмов социальной коммуникации в рамках сетевого информационно-электронного пространства. Результаты такого рода могут быть связаны с эволюцией права, которая предполагает обретение нормами новых качеств, обеспечивающих развитие процессуальных связей между национальными правовыми системами в условиях использования современных механизмов социальной коммуникации.

Интеграция политической и экономической жизни, обусловленная цифровизацией, делает все более очевидной необходимость наполнения национальных правовых систем стандартами, призванными естественным образом приобретать иную степень совместимости в рамках формирования макросреды правового регулирования. В настоящее время правовые установления в различных правовых системах по большей мере сформулированы на разных языках, используют разную юридическую технику и создаются для общества разными структурами. Однако процесс цифровизации общественной практики предполагает включение компонентов отдельных правовых систем в более сложную наднациональную систему. В данном случае именно специфика «наднационального» фактора в нормооценке критически важных событий призвана наложить отпечаток универсализации на

⁹ Кудрявцев Ю.В. Нормы права как социальная информация. М., 1981. С. 125.

правовые системы отдельных стран. Поскольку нормооценка осуществляется с позиций упорядоченности, организованности социальных отношений на основе логики долженствования, то такая преемственность может выражаться в принятии (или осуществлении через принятие) более совершенных правовых образцов функционирования национальных правовых систем.

Сама по себе правовая информация является инвариантной: одно и то же содержание может быть выражено разными способами, например, запрет на совершение определенных действий — словами или дорожным знаком (при условии знания символики восприятие и понимание права от этого не страдает). Информационное действие права на сознание человека связано с усвоением им нормативного предписания или нормативной программы поведения.

Благодаря человеческой способности к абстрактному мышлению и превращению абстрактных понятий в конкретные образы нормативное программирование может выражаться и в символично-цифровой (кодовой) системе отражения объективной реальности. С позиций конкретизации права использование такой системы обеспечивает особые возможности при его передаче по каналам связи, в том числе в части оптимизации процессуального взаимодействия правоохранительных органов разных стран.

Различают разные кодовые системы (материальные, идеальные, естественные, искусственные), основанные на речи и письменности. Их применение в общественной практике давно позволяет выражать самые сложные и многообразные по своей структуре явления с помощью простых и понятных большинству сочетаний вне зависимости от языка их общения (например, посредством денежных знаков, фиксирующих вещи как меру стоимости). Применение такого подхода при решении проблемы конкретизации права на международном уровне возможно при введении в юридическую практику категорий «нормообраза действия» (как сигнальной правовой формы) и «правового содержания события» (как ориентирующей правовой формы), призванных обеспечивать международную сопоставимость юридически значимых действий. При этом право будет рассматриваться как явление, в рамках которого символично-цифровой код может ассоциироваться с интегративным результатом нормативного поведения человека, обеспечивая связь различных систем права. С учетом этого нормообразы действия могут быть интерпретированы как выражение функциональных внешних связей субъектов права с использованием информационного кода, отражающего алгоритм действия таких субъектов.

Поскольку любая правовая форма отражает связь права с иными социальными явлениями и позволяет осуществлять их юридическое моделирование, то, выполняя функцию уведомления, подачи сигнала, нормообраз

действия призван вступать в качестве важного компонента всякой нормативной ситуации, к которой причастны как правоохранительные органы различных государств, так и пользователи Интернета. Выполняя функцию уведомления, подачи сигнала, нормообраз призван обеспечивать информационное тождество с лингвистической правовой формой, сохраняя однозначное нормативное содержание события в различных правовых системах.

Разработка кодовых комбинаций до настоящего времени не связывалась с проблемами права. Кодирование предполагает не только преобразование информации. Сохраняя ее количество, код меняет качественную природу сигнального сообщения. При этом код призван нести в себе нормативную информацию, отражающую подобие исходной юридически значимой ситуации. В связи с этим важно соблюдение одного из главных требований кодирования — требования однозначности, согласно которому необходимо обеспечивать, с одной стороны, однозначное соответствие кодового образа фиксируемому образу, а с другой возможность обратного однозначного перехода, т.е. декодирования от кодового образа к действиям.

С учетом данного обстоятельства структура идентификатора нормообраза действия может быть представлена буквенно-цифровым кодом фиксированной длины, который несет в себе и нормативную информацию, отражающую большее или меньшее подобие исходной юридически значимой ситуации и дополнительную информацию о стране-заявителе. Такой идентификатор, в частности, может состоять из трех компонентов: 1) компонент, содержащий сведения о стране и органе-заявителе (два латинских буквенных знака RU, GB, US согласно принятой международной классификации и одну цифру, идентифицирующую орган, который сообщает о событии: 1 — прокуратура, 2 — МВД, 3 — орган национальной безопасности, 4 — другой правоохранительный орган); 2) базовый компонент, который с помощью пяти цифровых знаков (XX. X. XX) характеризует правовое содержание события; 3) цифровой знак подтверждения правильности информации, например, RU1-14.0.01-2 или GB2-15.1.07.-7.

Структура базовой составляющей идентификатора нормообраза действия составляется на основе сочетания трех комплексных показателей: третий комплекс (вид поведения) включает два знака, второй комплекс (группа действия) — три знака, первый комплекс (класс направленности деятельности) включает пять знаков, т.е. каждый следующий комплекс за исключением первого агрегируется непосредственно с предыдущим, дополняя его содержание.

При таком подходе сложные причинно-следственные связи, расчлененные на более простые, обеспечивающие объединение фактов в одной системе через их общую сущность, позволяют отождествлять действия по следам, устанавливая их принадлежность к группе и классу. Например, 14.0.01 (14 —

криминальная деятельность в сфере телекоммуникаций, направленная на нанесение ущерба личности; 0 — действия на национальном уровне; 01 — снятие денежных средств с чужого счета) или 15.1.23 (15 — криминальная деятельность в сфере телекоммуникаций связи; 1 — действия на международном уровне; 23 — блокирование работы информационно-электронных систем, обеспечивающих жизнедеятельность объектов).

Вид поведения определяется сочетанием двух групп цифровых обозначений. Первая цифра в обозначении (0, 1, 2) отражает объект нанесения ущерба: 0 — ущерб, нанесенный личности; 1 — ущерб, нанесенный организации, группе людей; 2 — ущерб, нанесенный обществу, государству. Вторая цифра (0, 1, 2, 3, 4, 5), характеризует нанесенный вред: 0 — нанесение физического, психического, социального вреда; 1 — финансовые, экономические потери; 2 — блокирование, нарушение работы связи, транспорта; 3 — вывод из строя систем безопасности, жизнедеятельности, жизнеобеспечения; 4 — нарушение рабочего цикла, авария энергетических систем; 5 — изменение в режиме функционирования космических объектов, систем вооружения. Например: 01 — ущерб, нанесенный личности, который связан с финансово-экономическими потерями.

Класс направленности криминальной деятельности определяется путем комбинации цифровых обозначений. Например: 14 формируется исходя из 1 (коммуникационные взаимодействия) и 4 (интересы личности), а 15 — из 1 (коммуникационные взаимодействия) и 5 (безопасность общества, государства). К инструментарию для формирования класса направленности криминальной деятельности, вида поведения и уровня базовой составляющей нормообраза действия следует отнести цифровые эквиваленты используемых буквенных обозначений (0; 1; 2; 3; 4; 5; 6; 7; 8; 9) для расчета знака подтверждения: A=1; B=2; C=3; D=4; E=5; F=6; G=7; H=8; I=9; J=10; K=11; L=12; M=13; N=14; O=15; P=16; Q=17; R=18; S=19; T=20; U=21; V=22; W=23; X=24; Y=25; Z=26).

При этом инструментарий формирования класса направленности криминальной деятельности и уровня базовой составляющей идентификатора нормообраза действия предлагается определять с учетом следующих цифровых обозначений класса направленности криминальной деятельности: 1 — коммуникационные взаимодействия; 2 — научные эксперименты 3 — жизнь, здоровье личности; 4 — интересы личности; 5 — безопасность общества, государства; 6 — терроризм; 7 — наркотики, оружие; 8 — работорговля; 9 — культурное наследие; 0 — иная направленность, а уровень криминальной деятельности: 0 — национальный; 1 — международный.

Кроме того, как отмечено выше, индикатор нормообраза действия в обязательном порядке включает в себя один цифровой знак подтверждения, который размещается после базовой составляющей и отделяется от нее с

помощью тире. Этот знак предназначен для уменьшения ошибок и гарантии целостности буквенно-цифрового кода, составляемого пользователем нормообраза действия.

Вычисление знака подтверждения производится сложением всех цифровых значений каждого из буквенно-цифровых знаков идентификатора. При этом цифровое значение каждого из знаков находится между 0 и 9 для цифровых показателей и между 1 и 26 для буквенных знаков. Если после первой операции при сложении цифр получается двузначное число, то общая сумма должна рассчитываться далее путем сложения оставшихся знаков. В итоге расчета окончательная сумма будет выражена только одной цифрой. Например, знак подтверждения кода RU1-15.1.23. вычисляется следующим образом: 1) первое действие — $18+21+1+15+1+23=79$; 2) второе действие — $7+9=16$; 3) третье действие — $1+6=7$.

С учетом этого идентификатор нормообраза действия имеет следующий вид: RU 1-15.1.23-7, который отражает факт, что прокуратура России выступает в качестве заявителя по поводу криминальных действий, связанных с блокированием работы информационно-электронных систем, обеспечивающих жизнедеятельность объектов на национальном уровне, и это подтверждается.

Информационное действие права в связи с использованием нормообразов допустимо оценивать в рамках их восприятия субъектами права, исходя из того, что «общеидеологическое воздействие права по существу не знает границ»¹⁰ и того, что «поступки людей определяются объективно существующими ценностями человеческого существования, отраженными в психических процессах, протекающих в голове конкретного индивида»¹¹. В данном случае речь идет об учете такого качества права, как его информационная емкость, под которым следует понимать разность между снятой и оставшейся неопределенностью у адресатов права после получения ими правовой информации в виде буквенно-цифровой логики построения правовых конструкций.

Алгоритм разработки нормообразов действия позволяет реализовать субъектам международного взаимодействия свою компетенцию гораздо динамичнее по сравнению с традиционной правовой формой взаимодействия государств. Учет этого обстоятельства при анализе проблемы правовой конкретизации, как отмечалось выше, предполагает введение в юридическую практику наряду с категорией «нормообраза действия» категории «правового содержания события», призванной дополнять содержательный аспект нормообраза действия конкретизирующим информационным аспектом ориентирующего характера.

¹⁰ Гойман В.И. Действие права. М., 1992. С. 108.

¹¹ Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань, 1982. С. 129.

Данная категория обеспечивает отражение качественной окраски действий субъектов права с учетом параметров уровня уязвимости общественной безопасности (низкий, средний, высокий), ранга ущерба здоровью человека (минимальный, существенный, смертельный), а также фактора негативности воздействия на общественные отношения (незначительная, значительная, весьма значительная) и риска повторения угрозы (маловероятный, вероятный, наиболее вероятный).

В данном случае правовое содержание нормообраза RU 1-15.1.23-7 дополняется информацией о событии, которое связано с высоким уровнем уязвимости общественной безопасности, с существенным рангом ущерба здоровью человека, характеризующимся весьма значительным негативным воздействием на общественные отношения и наиболее вероятным риском повторения угрозы для общества.

Практическое использование указанных категорий позволит существенно повысить оперативность таких юридически значимых действий, как сбор и оформление доказательств, производство ареста или исполнение решения суда, допрос свидетелей, подозреваемых, производство обысков, осмотров правоохранительными органами различных стран «за счет придания праву максимальной определенности в процессе правоприменительной деятельности»¹². При этом основная проблема будет сводиться к определению места совершения того или иного правонарушения и к возможности привлечения к юридической ответственности того или иного лица, действовавшего посредством информационно-телекоммуникационных сетей в целях осуществления противоправной деятельности, которое может являться гражданином одного государства (и действовать с его территории), нанося ущерб безопасности другого государства.

На сегодняшний день общепринятые научные подходы к разрешению проблемы определения юрисдикции на уровне национального законодательства отсутствуют. При этом допустимо выделить современную тенденцию, намечающуюся в различных правовых системах и связанную с реализацией концепции «минимума контактов», ориентированной на квазимежгосударственный характер взаимодействия государств в вопросах разграничения их юрисдикции¹³. В рамках реализации этого подхода для применения права какого-либо государства к определенным отношениям, связанным с их использованием, требуется доказать, что деятельность соответствующего субъекта такого правоотношения была направлена на территорию этого государства.

¹² Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 92.

¹³ Барнашев А. Экстерриториальная юрисдикция в США: доктрина «минимальных контактов» // Российская юстиция. 2000. № 5. С. 46–47.

Данный подход вполне пригоден как инструмент противодействия угрозам использования информационно-телекоммуникационных сетей в целях террористической деятельности, поскольку по техническим и экономическим причинам взаимозависимые интернет-сервисы зачастую находятся в различных юрисдикциях. При этом они основаны на распределенных информационно-телекоммуникационных технологиях, обеспечивающих возможность трансграничного взаимодействия широкого круга пользователей. В качестве же минимальных контактов, необходимых для установления юрисдикции, признается наличие электронных коммуникаций между сторонами. Высокая степень интенсивности контактов демонстрирует ориентированность деятельности ответчика на государство, суд которого рассматривает дело; за основу берется не закон государства, в котором находится ответчик, а фактическая связь рассматриваемого отношения с правопорядком государства суда.

Поскольку в качестве одного из определяющих признаков терроризма по большей части называют именно незаконное насилие, то это позволяет рассматривать террористический акт как преступление, совершаемое конкретными лицами на основании личного преступного побуждения. Данное обстоятельство предполагает сосредоточение внимания на возможности наказания лиц, осуществивших такую деятельность. Поэтому стратегия противодействия терроризму должна базироваться на идее того, что в глобальной системе цифровых отношений обеспечить безопасность силами отдельно взятого государства невозможно. При этом нормативный акт может эффективно применяться только если в его основу положены ценностные ориентации (нормы деятельности и поведения). Вместе с тем, Н.Н. Вопленко указывает, что конкретизацию в процессе правоприменения прежде всего необходимо рассматривать через призму толкования права¹⁴.

Формирование на международной арене универсальных (с точки зрения наступления ответственности) юридических конструкций, предполагающих неотвратимость и суровость наказания лиц, причастных к использованию информационно-телекоммуникационных сетей в целях террористической деятельности, вполне может опираться на опыт реализации концепции «минимума контактов».

Поскольку реализация данной концепции связана с отношением «*субъект — объект*», то при разработке нового подхода противодействию угрозам использования информационно-телекоммуникационных сетей в целях осуществления террористической деятельности не менее важным является отношение «*субъект — субъекты*». При этом национальные и международные уголовно-правовые средства противодействия террористической деятельности важно рассматривать в их единстве и взаимосвязи.

¹⁴ Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 20–21.

Исходя из комплексного характера проблемы отношений «*субъект — субъекты*», в качестве перспективной составляющей методологии соответствующего научного подхода допустимо использовать методологию *риск-ориентированного* подхода¹⁵, связанного с организацией и осуществлением соответствующими субъектами государственного контроля (надзора) исходя из отнесения объекта информационной инфраструктуры к определенной категории риска либо определенному классу (категории) опасности. При этом применение риск-ориентированного подхода предполагает выявление, анализ и прогнозирование террористических опасностей, оценку риска и возможных масштабов последствий терактов на наиболее значимых (опасных) объектах для оптимизации необходимых организационно-технических мер предупреждения терактов, недопущения угроз их осуществления.

В рамках ориентации на использование методов риск-ориентированного подхода в качестве основных функциональных задач важно рассматривать анализ и прогнозирование опасностей финансирования терроризма, а также оценку возможных масштабов последствий такой деятельности. Исходя из межсистемного характера отношений «*субъект — объект — субъекты*», речь может идти об интегральном подходе противодействия угрозам использования информационно-телекоммуникационных сетей в целях террористической деятельности.

Применение такого подхода позволяет с позиций конкретизации права учитывать различные отношения, обуславливающие многообразие возможных вариантов событий, связанных с объектом. Кроме того, интегральный подход допускает объединение в себе различных точек зрения на объект анализа в целях его целостного, разностороннего представления. При этом реализация конкретизации права происходит в процессе толкования, в частности, путем нормативного разъяснения правовых предписаний¹⁶.

Составные части интегрального подхода на основе объединенной методологии концепции «*минимума контактов*» и *риск-ориентированного* подхода, являются уже не простой совокупностью методов — они охватываются общей идеей конкретизации права, позволяющей представлять взаимосвязь и взаимозависимость элементов системы «*субъект — объект — субъекты*» при анализе и локализации событий, связанных с террористическим воздействием на объект.

В.В. Ершов разграничивает конкретизацию права как процесс выработки на основе абстрактного, менее определенного права более конкретного

¹⁵ Экономические аспекты регионального развития [Электронный ресурс]: // URL: <http://xn--8sbmmlgncfbgqis7m.xn--p1ai/news/risk-orientirovannyy-podkhod-menyat-sistemu-goskontrolya/> (дата обращения: 20.06.2018)

¹⁶ Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М., 1962. С. 120.

и определенного права¹⁷, но, по мнению Н.А. Власенко, оценочные понятия обобщают в себе лишь типичные признаки правозначимых явлений с расчетом на то, что в процессе применения их содержание раскроют сами субъекты (правоприменители) с учетом особенностей ситуаций¹⁸. Поэтому интегральный подход с инструментальной точки зрения можно охарактеризовать не только как действенный инструмент оценки угроз использования информационно-телекоммуникационных сетей в террористических целях, но и оценки действующего уголовного законодательства на предмет охвата составами содержащихся в нем деяний, связанных с обнаружением, предупреждением и ликвидацией последствий компьютерных атак террористического характера.

Таким образом, реализация интегрального подхода, ориентированная на установление механизмов взаимосвязи *субъекта — объекта — субъектов*, направлена на разработку и реализацию функционально обоснованных для конкретного *объекта* террористического воздействия рекомендаций и мероприятий, связанных с уменьшением уровня риска его безопасности. При этом, если конкретизацию права рассматривать как свойство правового регулирования, то управление таким риском призвано опираться на нормативную базу, определяющую правила функционирования *объекта*. Как отметил на Всемирном экономическом форуме в Давосе в 2016 году его основатель и президент немецкий экономист К. Шваб, «индустрия 4.0 представляет собой серьезный вызов международному сообществу. Эта очередная технологическая революция изменит цепочку создания прибавочной стоимости, исчезнут многие традиционные отрасли экономики, и компании по всему миру должны быть к этому готовы»¹⁹.

Концепция четвертой промышленной революции связана с внедрением «киберфизических систем» в заводские процессы, что приведет к слиянию технологий и размочет границы между физической, цифровой и биологической сферами. Основными факторами изменений станут «облачные» технологии, развитие способов сбора и анализа информации. В этих условиях к правовым реформам принуждает не столько необходимость улучшения правовой системы, сколько угроза общественной безопасности. Важнейшую роль при этом призваны играть такие правовые факторы, как состояние правового регулирования, качество отдельных правовых норм, действенность юридических санкций и др., среди которых определяющие значение

¹⁷ Ершов В.В. Конкретизация права / Конкретизация права: теоретические и практические проблемы... С. 47.

¹⁸ Власенко Н.А. Неопределенность как позитивное свойство права / Судебное правоприменение: проблемы теории и практики. М., 2007. С. 43.

¹⁹ Индустрия 4.0: как России не пропустить технологическую революцию [Электронный ресурс]: // URL: <http://digital-russia.rbc.ru> (дата обращения: 25.06.2018)

имеют: степень соответствия правовых норм общественным отношениям, интересам и потребностям общества; полнота урегулирования общественных отношений; степень ясности, четкости, доступности правовых предписаний; наличие (отсутствие) противоречий между нормами права и морали.

С позиций осуществления конкретизации права заметим, что анализ прямой и обратной информационной связи между законодателем и исполнителями закона, призванный выявлять погрешности законодателя, ошибки правоприменителя и создавать условия для защиты достоинства человека, его прав и свобод, тесно связан с мониторингом права.

В условиях развития «цифровой» экономики нельзя не обратить внимания на то, что серьезный потенциал заложен в использовании нейросетевых технологий, которые определяют новые перспективы в модернизации правовых актов. Использование потенциала нейросетевых технологий позволит в рамках мониторинга права не только учитывать потребности обеспечения безопасности общественной практики при разработке правовых положений, но и откроет новые возможности для модернизации нормативной правовой базы, в рамках которой следует учитывать различные риски в достижении целевых индикаторов правоохранительной деятельности.

Человек и компьютер как самостоятельные явления, дополняя друг друга и разделяя между собой нагрузку, могут образовывать высокопродуктивную систему, которая способна выработать решения не в обычном 4–5-мерном человеческом пространстве, а в 400–500-мерном пространстве в течение короткого промежутка времени. Необходимость такого мониторинга в условиях построения «цифровой» экономики остро чувствуется в процессе его реализации в правоприменительной практике. При этом мониторинг права может рассматриваться и как инструмент постоянного отслеживания всего жизненного цикла нормативного правового акта.

Если в качестве субъектов мониторинга права рассматривать сотрудников правоохраны, то такой мониторинг будет связан с их деятельностью по сбору, обобщению и анализу информации о состоянии и практике применения нормативных правовых актов, регулирующих сферу функционирования правоохранительных органов, с целью оценки эффективности их реализации и выработки предложений по ее совершенствованию. Такой мониторинг может рассматриваться как инструмент постоянного отслеживания всего жизненного цикла нормативного правового акта. При этом вполне допустима постановка вопроса о реализации государством возможности возврата итогов правового регулирования (сведений о его результативности) по каналам обратной связи в сферу правотворчества.

Следовательно, в рамках мониторинга права допустимо вести речь о цикличности правового регулирования, которая схематично сводится к ряду стадий, характеризующих содержание правового регулирования. Так, на

первой стадии с привлечением возможностей искусственного интеллекта должно оцениваться фактическое состояние правового регулирования, на второй — устанавливаться цели правового регулирования, определяющие параметры развития цифровизации общественной практики, на третьей — осуществляться корректировка нормативных положений с учетом результатов указанного развития, т.е. обеспечиваться анализ результатов такого развития и определяться новые цели правового регулирования²⁰. В силу этого цикл правового регулирования может характеризоваться как система взаимосвязанных процессов.

Использование возможностей нейросетевой системы в рамках решения проблемы конкретизации права позволит своевременно выявлять пробелы в правовом регулировании и моделировать предложения по их возможному устранению, т.е. по сути адресно формировать правотворческую инициативу и правовую политику в области правового регулирования правоохранительной деятельности в «цифровую» эпоху.



Библиография

Барнашев А. Экстерриториальная юрисдикция в США: доктрина «минимальных контактов» // Российская юстиция. 2000. № 5. С. 46–47.

Власенко Н.А. Неопределенность как позитивное свойство права / Судебное правоприменение: проблемы теории и практики: Сборник статей. Иваново: Изд-во Ивановского гос. ун-та, 2007. С. 42–53.

Власенко Н.А. Методологические основы исследования конкретизации в праве / Конкретизация права: теоретические и практические проблемы: материалы IX международной конференции. М.: Изд-во РГУП, 2015. С. 71–72.

Вопленко Н.Н. Официальное толкование норм права. М.: Юрид. лит., 1976. 118 с.

Гойман В.И. Действие права. М.: Академия МВД России, 1992. 182 с.

Гредескул Н.А. Современные вопросы права. Харьков: Брейтигам, 1906. 53 с.

Ершов В.В. Конкретизация права // Конкретизация права: теоретические и практические проблемы. Материалы IX Международной конференции. М.: Изд-во РГУП, 2015. С. 38–51.

Залоило М.В. Развитие отечественной юридической мысли о конкретизации в праве // Журнал российского права. 2011. № 6. С. 41–49.

Зейдер Н.Б. Судебное решение по гражданскому делу. М.: Юрид. лит., 1966. 190 с.

Кудрявцев Ю.В. Нормы права как социальная информация. М.: Юрид. лит., 1981. 144 с.

Лазарев В.В. Социально-психологические аспекты применения права. Казань: Изд-во Казанского гос. ун-та, 1982. 144 с.

Маркс К., Энгельс Ф. Дебаты шестого рейнского ландтага. Соч. Т. 1. М.: Директ-Медиа, 2014. С. 135–158.

²⁰ Там же. С. 46–47.

Ноздрачев А.Ф. Пределы конкретизации законов и подзаконных актов министерствами и ведомствами Союза ССР // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 12. М., 1968. С. 71–86.

Пиголкин А.С. Толкование нормативных актов в СССР. М.: Госюриздат, 1962. 166 с.

Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: Сборник. Вып. 30. Свердловск: Изд-во Свердловского юридического ин-та, 1974. С. 15–37.

On Concretization of Law in Conditions of Digitalization of Public Practice



Oleg A. Stepanov

Professor, Chief Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: o_stepanov@hotmail.ru



Abstract

The article analyzes the phenomenon of concretization of law in the conditions of digitalization. An example of the problem of countering terrorism with the use of telecommunications networks shows the significance of concretization in modern conditions. The author considers concretization as a tool for improving legal regulation in conditions of digitalization. Attention is drawn to the fact that the need for concretization of legal norms in modern conditions is conditioned by their specialization, which takes into account the technological features of digitalization, and the level and nature of the theoretical comprehension of this phenomenon lags behind the existing needs of legal practice, the processes of updating legal matter. The article points out that the problem of specifying the law with regard to the sphere of digitalization of networks and technologies related to counteracting terrorism has not been adequately studied at either the theoretical or the practical level, although the transition to electronic management of technological processes in production, according to Russian and foreign experts, are a prerequisite for the implementation of terrorist activities using information and telecommunications networks. At the same time, a significant part of Internet services are now interdependent, because “cloud” technologies allow the availability of distributed computing powers between different jurisdictions, i.e. the modern Internet service represents the system of legal relations, architecturally distributed across several jurisdictions, within the framework of which the users of such Internet service belong to different jurisdictions. Regulatory programming is considered as a promising tool for specifying. It is noted that the specification is intended to give the law maximum certainty in the process of law enforcement activities on the basis of the methodology of the concept of “minimum contacts” and a risk-oriented approach and monitoring of legislation using artificial intelligence.



Keywords

digitalization, the specification of law, terrorism using telecommunications networks, normative programming, the concept of “minimum contacts”, a risk-oriented approach, monitoring, artificial intelligence.

Citation: Stepanov O.A. (2018) On Concretization of Law in Conditions of Digitalization of Public Practice. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 4–23 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.4.23



References

Barnashev A. (2000) Eksterritorial'naya yurisdiksiya v SShA: doktrina «minimal'nykh kontaktov» [Extraterritorial Jurisdiction in the US: the Doctrine of “Minimal Contacts”]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 5, pp. 46–47.

Cherdantsev A.F. (1974) Pravovoe regulirovanie i konkretizatsiya prava [Legal Regulation and Specification of Law]. *Primenenie sovetskogo prava* [Application of Soviet Law], vol. 30, pp. 21–22, 35 (in Russian)

Ershov V.V. [2015] Konkretizatsiya prava [Concretization of Law]. *Konkretizatsiya prava: teoreticheskie i prakticheskie problemy*. Materialy IX Mezhdunarodnoy konferentsii [Concretization of Law: Theoretical and Practical Issues. Papers of the IX International Conference] Moscow: RPMU Press, p. 47 (in Russian)

Goyman V.I. (1992) *Deystvie prava* [Action of Law]. Moscow: Academy of Internal Ministry, 182 p. (in Russian)

Gredeskul N.A. [1906] *Sovremennye voprosy prava* [Modern Issues of Law]. Kharkov: Braitygam, pp. 15–16 (in Russian)

Kudryavtsev Yu.V. (1981) *Normy prava kak sotsial'naya informatsiya* [Norms of Law as Social Information]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 125 p. (in Russian)

Lazarev V.V. (1982) *Sotsial'no-psikhologicheskie aspekty primeneniya prava* [Socio-Psychological Aspects of the Application of Law]. Kazan: University, 144 p. (in Russian)

Marx K., Engels F. (2014) *Debaty v shestom reinskome landtage*. Soch. T.1. [The Debates at 6th Rhine Landtag. Collection of Essays. Vol.1]. Moscow: Direct-Media, p. 136 (in Russian)

Nozdrachev A.F. (1968) *Normativnye akty ministerstv i vedomstv SSSR: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Normative Acts of the Ministries and Departments of the USSR. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, p. 14.

Pigolkin A.S. (1962) *Tolkovanie normativnykh aktov v SSSR* [Interpretation of Normative Acts in the USSR]. Moscow: Gosyurizdat, 120 p. (in Russian)

Vlasenko N.A. (2007) Neopredelennost' kak pozitivnoe svoystvo prava [Uncertainty as a Positive Property of Law]. *Sudebnoe pravoprimenenie: problemy teorii i praktiki: Sbornik statey* [Judicial Enforcement: Issues of Theory and Practice. Collection of Essays]. Moscow: RGUP Press, p. 43 (in Russian)

Vlasenko N.A. (2015) Metodologicheskie osnovy issledovaniya konkretizatsii v prave [Methodological Bases of Study in Concretization in Law]. *Konkretizatsiya prava: teoreticheskie i prakticheskie problemy...* [Concretization of Law: Theoretical and Practical Issues...]. Ivanovo: University, pp. 71–72.

Voplenko N.N. (1976) *Ofitsial'noe tolkovanie norm prava* [Official Interpretation of Legal Norms]. Moscow: Juridicheskaya literatura, pp. 20–21 (in Russian)

Zaloilo M.V. (2011) Razvitie otechestvennoy yuridicheskoy mysli o konkretizatsii v prave [Development of National Legal Thought about Specification in Law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 6, pp. 41–49.

Zeyder N.B. (1966) *Sudebnoe reshenie po grazhdanskomu delu* [Judgment in Civil Matters]. Moscow: Juridicheskaya literatura, 92 p. (in Russian)

Нормативность и фактичность в защите религиозных свобод¹

 **М.В. Антонов**

доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Санкт-Петербургского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 198099, Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Промышленная, 17. E-mail: mantonov@hse.ru

Аннотация

В работе рассматривается философско-правовая проблематика соотношения фактичности и нормативности в регулировании религиозных свобод в российском правовом порядке. Изучается разрыв между нормативным содержанием и смыслом соответствующих норм Конституции и законодательства и их применением в судебной и правоприменительной практике, в ракурсе соотношения фактичности и нормативности. Перенесенные из западных правовых порядков либеральные нормы оказались плохо подходящими к символическому пространству постсоветской России, которое все более ориентируется на идентичность и где религия выступает в качестве идентифицирующего признака национального единства и часто используется как один из основных элементов государственной идеологии. В связи с этим конституционные и законодательные нормы о свободе совести наполняются на практике содержанием, противоречащим их очевидному смыслу. Из-за отсутствия культуры толерантности в российском обществе многие нетрадиционные религиозные исповедания и практики рассматриваются в качестве социально неприемлемых и по этой причине в обществе создается социальный настрой, который ориентирует общественное мнение против этих нетрадиционных религий. Формально подчиненные только букве закона, судьи и правоприменители фактически оказываются под воздействием множества факторов, среди которых можно назвать разного рода программные заявления и декларации руководителей государства и представителей органов власти и давление со стороны общественного мнения. Это приводит к тому, что вероучения «традиционных» религий постепенно фактически стали частью российского правового порядка, что особенно отчетливо проявляется в недавних законодательных поправках о защите чувств верующих и в практике применения антиэкстремистского законодательства. С философско-правовой точки зрения ситуация демонстрирует неоднозначность взаимосвязи нормативных правоположений о свободе совести и фактических рамок их применения в российском правовом порядке. Пример этой неоднозначности соотношения фактичности и нормативности применительно к защите религиозных свобод дает основания для предположения об актуальности изучения взаимодействия различных форм фактичности и нормативности также и в других сферах правового регулирования.

¹ Статья подготовлена в результате исследования № 18-IP-01, поддержанного НИУ ВШЭ — Санкт-Петербург.



Ключевые слова

религиозные свободы, правовое регулирование, нормативная сила фактического, методология правопознания, правоприменительная практика, нормативность, фактичность, права человека, судебское усмотрение.

Библиографическое описание: Антонов М.В. Нормативность и фактичность в защите религиозных свобод // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 24–49.

JEL:K00; УДК:340, 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.24.49

Введение

Юридическая практика нередко предполагает возможность выхода на такие философско-правовые вопросы, как природа и источники нормативности, пределы и условия юридического познания, критерии истинности (корректности) юридических высказываний, границы толкования и т.д. В этом философско-правовом контексте особую значимость приобретает проблематика соотношения фактичности и нормативности в правовом регулировании: при каких условиях набор социальных и/или психологических фактов может привести к формированию обязательных для соблюдения предписаний или к изменению содержания уже существующих предписаний (норм). Это и есть проблема взаимосвязи фактичности и нормативности в праве.

В целом выделяются два основных подхода к этой проблематике. С одной стороны, укажем на традицию, утверждающую независимость сферы нормативного регулирования от мира фактичности — такая традиция в истории философии была наглядно заложена философией И. Канта с ее учением о двух мирах (должного и сущего), а в философско-правовой мысли нашла классическое воплощение в чистом учении о праве Г.Кельзена. С другой стороны, можно упомянуть социологические и психологические учения о праве, которые утверждают единство нормативных и фактических отношений, из чего делался вывод, что из определенного сочетания фактов или эмоций непосредственно следует их обязывающий характер, что Г. Еллинек удачно назвал «нормативной силой фактического». Подобный строй идей нашел обоснование у таких авторов, как О. Эрлих или Л. Петражицкий и их последователей, а также у многочисленных сторонников правового реализма и смежных направлений.

В настоящей работе мы рассмотрим соотношение фактичности и нормативности в регулировании религиозных свобод в российском правовом порядке. Этот ракурс позволяет дополнительно (наряду с другими причинами

социального, политического и иного характера) объяснить разрыв, который наблюдается между нормативным содержанием и смыслом соответствующих норм Конституции Российской Федерации и законодательства, и применением, которое эти нормы находят в судебной и правоприменительной практике. Перенесенные из западных правовых порядков либеральные нормы плохо подходят к символическому пространству постсоветской России, которое все более ориентируется на разного рода идентитарные дискурсы, где религия выступает в качестве идентифицирующего признака и символа национального единства и часто используется как один из основных элементов государственной идеологии. Такое противодействие символического порядка нормативному вмешательству вполне может привести к искажению самих норм².

В то же самое время отсутствие культуры толерантности приводит к тому, что следование многим нетрадиционным религиозным исповеданиям и практикам рассматриваются обществом в качестве «нарушения нормы». При этом отсутствует четкое понимание того, где проходит водораздел между различными формами социальной нормативности: правовой, религиозной, этической. По этой причине в обществе создается настрой, который ориентирует общественное мнение против этих нетрадиционных религий. Формально подчиненные только букве закона, судьи и правоприменители фактически оказываются под воздействием множества факторов, среди которых прежде всего назовем идеологическое давление (чаще всего косвенное) государственных властей (разного рода программные заявления и декларации руководителей государства и деятелей органов власти) и давление общественного мнения³.

В этой перспективе прослеживаются влияния, под действием которых суды и правоохранительные органы изменяют правовые тексты либеральной направленности в сторону их более консервативного прочтения. В этом же направлении развивается и законодательство, в рамках которого вводятся и обосновываются такие дискриминационные положения, которые

² Bourdieu P. The Force of Law: Toward a Sociology of the Judicial Field // *Hastings Law Journal*. 1987. № 38. P. 805–853; Latour B. *La fabrique du droit: Une ethnographie du Conseil d'Etat*. Paris, 2002.

³ Такая проблематика существует не только в российской юриспруденции. См., напр., аналогичные исследования американских правоведов: *Idleman S.* The Role of Religious Values in Judicial Decision-Making // *Indiana Law Journal*. 1993. № 2. P. 433–487; *Sisk G. et al.* Searching for the Soul of Judicial Decision-Making: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions // *Ohio State Law Journal*. 2004. № 65. P. 421–614; *Feldman S.* Empiricism, Religion, and Judicial Decision-making // *William & Mary Bill of Rights Journal*. 2006. № 15. P. 43–57; *Bornstein B., Miller M.* Does a Judge's Religion Influence Decision Making? // *Court Review: The Journal of the American Judges Association*. 2009. P. 112–115; *Griffen W.* The Case for Religious Values in Judicial Decision-Making // *Marquette Law Review*. 1998. № 81. P. 513–521; *Lipez K.* Is There a Place for Religion in Judicial Decision-Making? // *Touro Law Review*. 2015. № 1. P. 133–148.

противоречат как конституционным принципам и гарантиям, так и международно-правовым обязательствам. То, что эти законодательные нововведения могут облекаться в форму таких пропозиций, которые формально не являются дискриминационными, но ввиду неконкретности и идеологической нагрузки на практике неизменно оказываются репрессивными к меньшинствам⁴, сути дела не меняет.

Ниже мы рассмотрим некоторые аспекты правового регулирования религиозных свобод, которые позволяют сделать вывод о влиянии социальных настроений, традиционного менталитета и идеологических установок на фактическое изменение содержания соответствующих правовых норм и принципов при их истолковании и применении. Эти выводы о влиянии такого фактического контекста на нормативную сферу не должны рассматриваться как обоснование или как осуждение соответствующих практик. Приводимые в настоящей статье соображения призваны лишь продемонстрировать опасность подмены формально-правовых предписаний всякого рода аксиологическими или идентитарными дискурсами, из которых их авторы могут выводить нормативные следствия, лишаящие или ограничивающие юридическую силу положений законодательства или конституционных гарантий.

Некоторые методологические соображения

Религиозная вера охватывает широкий круг проявлений человеческого духа, а сами религиозные верования характеризуются бесконечным многообразием форм, включая и различные понятия о допустимой степени религиозной свободы. Создать в этой области разумные, предсказуемые и эффективные правила и подчинить действию этих правил религиозное поведение — это задача, реализация которой очень трудна, если возможна⁵. Более того, сама по себе идея правового нормирования религиозных свобод не бесспорна. В идеологеме либеральной философии любое регламентирующее вторжение государства и создаваемых государством норм в дела человеческой совести и духовной жизни может рассматриваться как нечто недопустимое⁶.

⁴ В качестве типичного примера такого законодательного «фарисейства» можно привести законодательный запрет на пропаганду нетрадиционных сексуальных отношений среди несовершеннолетних, который на практике означает запрет любых публичных акций в защиту прав гомосексуалистов и лесбиянок. Ср. аргументацию ЕСПЧ в решении от 20.06.2017 по делу Баева и других против России (заявления № 67667/09, 44092/12, 56717/12) // СПС Гарант.

⁵ Дворкин Р. Религиозная свобода // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 6. С. 113–132.

⁶ См. обзор этой проблематики в работах: Вовк Д.А., Погребняк С.П., Уварова Е.А. Верховенство права и религиозная свобода: проблемы равенства // Известия вузов. Правоведение. 2015.

Вместе с тем религиозная вера является одним из основных проявлений духовности, значимым для поддержания порядка в общественной жизни, поэтому регламентация этих проявлений является важным элементом в механизме социального контроля, в том числе и для защиты самой религиозной свободы от нетерпимости⁷. В любом обществе есть фактические рамки, которые формируют пределы осуществления религиозных свобод, даже если позитивное право (законодательство, прецедентное право и проч.) не содержит четких рамок религиозного поведения. Более того, нередки ситуации, когда фактические рамки задают иные параметры поведения, чем нормы официального права, в которых декларируются абстрактные принципы и формальные права, на практике не соблюдаемые. В таких ситуациях имеет место диалектика нормативности и фактичности в правовом регулировании, которая требует внимательного философско-правового анализа.

Особые трудности возникают в странах, которые формировались вне центра западной правовой традиции (к которому обычно относят страны Западной Европы и Северной Америки) и поэтому могут не разделять принципов религиозной толерантности, которые складывались в Западной Европе начиная с XVII века — после окончания Тридцатилетней войны. Именно эти принципы лежат в основании современного западного понимания права с его акцентом на незыблемости индивидуальных прав и свобод. В последнее время становится очевидным, что в некоторых странах Восточной Европы, которые формально переняли западные правовые стандарты, закрепив их в конституциях и законах, но в которых западная правовая культура пока укоренилась непрочно и поверхностно, все чаще возникает напряжение между разными видами нормативного регулирования пределов и форм вероисповедания, между правовыми текстами либеральной направленности и их консервативной интерпретацией в юридическом сообществе и в обществе в целом⁸.

С одной стороны, могут существовать официальные нормы права, провозглашающие свободу совести, запрет дискриминации религиозных меньшинств или иные возвышенные принципы. С другой, этим нормам могут противостоять нормы «живого права», т.е. фактический порядок социального взаимодействия в обществе, который включает то, как официальные нормы интерпретируются и применяются судьями и другими правоприменителями, в каком политическом и культурном контексте происходит это

№ 6. С. 91–112; *Маркова Е.Н.* О (не)возможности ограничения внутренней свободы религии (forum internum) // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 10. С. 26–33.

⁷ См. удачные рассуждения об этом «парадоксе толерантности»: *Энгель К.* Право как необходимое условие религиозной свободы // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 6. С. 151–172.

⁸ См. о состоянии дел с религиозными свободами в России: *Пчелинцев А.В., Загребина И.В., Лункин Р.Н.* Свобода совести в современной России. М.: Сова, 2017.

истолкование. В так называемых «переходных» обществах эти неофициальные нормы нередко основаны на коллективистской ментальности с консервативной тенденцией к предпочтению интересов социального целого перед индивидуальной свободой выбора⁹. В этом отношении доминирующая религия часто рассматривается как одна из основ социального единства и стабильности, а борьба за права религиозных меньшинств — как угроза этому единству. Возможна и обратная ситуация, при которой судебные органы расширяют пределы религиозных свобод за счет расширительного истолкования правовых норм или применения надпозитивных правовых принципов¹⁰. Нет ничего удивительного в том, что такое «живое право» («право в действии») может оказывать влияние на формирование интерпретационных сообществ в рамках того или правопорядка и в конечном счете привести к перетолковыванию некоторых норм «права в книгах» вопреки их буквальному смыслу¹¹.

С точки зрения этого «живого права» религиозный плюрализм далеко не всегда может найти правовую защиту в судах, даже если формально такой плюрализм признается и гарантируется официальным правом¹². Поэтому реальное содержание и пределы религиозной свободы в обществе на самом деле зависят от того, как сочетаются официальное право и живое право, в каком контексте принимаются решения политических лидеров, законодателей, судей и других участников правопорядка. Содержание этого социального контекста может формулироваться с отсылкой на такие конструкции, как, например, «конституционные ценности» или «живая конституция», которые выступают в качестве приемов аргументации при ограничении прав, закрепленных позитивным законодательством. Так фактические социальные связи и ситуации могут посредством подобных приемов аргументации трансформироваться в нормативные конструкции (вводящие правовые запреты, разрешения или предписания), что приводит к их косвенной интеграции в правопорядок.

⁹ Ср.: *Kharakhordin O. The Collective and the Individual in Russia: A Study of Practices. Berkeley, 1999.*

¹⁰ См., в частности, практику ЕСПЧ по защите религиозных свобод: *Мердок Дж. Защита права на свободу мысли, совести и религии в рамках Европейской конвенции о защите прав человека. Воронеж, 2014.*

¹¹ См. о проблематике конфликта правомочий и обязанностей, создаваемых в современных обществах через правовое и религиозное регулирование: *Цукка Л. Право versus религия // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 6. С. 173–195.*

¹² *Ричардсон Дж. Социальное конструирование правового плюрализма // Государство, религия, церковь в России и за рубежом. 2013. № 2. С. 40–62; Merry S. Legal Pluralism and Legal Culture: Mapping the Terrain / B.Z. Tamanaha et al. (eds.). Legal Pluralism and Development: Scholars and Practitioners in Dialogue. Cambridge, 2012. P. 66–82.*

Историко-социальный контекст

Следует остановиться на кратком описании историко-социального контекста, в котором сформировались и действуют правовые нормы и принципы, касающиеся религиозных свобод в России. Как известно, в императорской России Православная Церковь после 1721 года стала частью государственного аппарата (Святейший Синод), а церковное право составляло часть официального права, которое от имени государства регулировало многочисленные вопросы, включая семейное и наследственное право. Православное вероисповедание входило в число гражданских обязанностей государственных служащих (за исключением некоторых «инославных» чиновников), было критерием лояльности и одной из основ официальной идеологии: вспомним формулу графа Уварова «православие, самодержавие, народность», где православие стояло на первом месте. Это затрудняло свободный религиозный выбор и выражение мнений по религиозным вопросам, ограничивая права тех, кто к доминирующей религии не принадлежал¹³.

До начала XX века российское право практически не признавало религиозной свободы. Лишь в 1905 году Указом «Об укреплении начал веротерпимости» было признано право перехода из православия в другие конфессии, и тем самым введена ограниченная свобода вероисповедания. Манифест 17 октября 1905 г. «Об усовершенствовании государственного порядка» среди других конституционных гарантий прав подданных провозгласил свободу совести¹⁴. Но это не смогло подорвать доминирующего положения Православной церкви и уравнять в правах религиозные конфессии. Вскоре настала эпоха контрреформ, а потом революционные события 1917 года поставили вопрос о свободе совести в совершенно иной контекст.

Несмотря на провозглашение свободы совести в Советской России¹⁵, религиозная вера с точки зрения коммунистической идеологии рассматривалась как пережиток прошлого и как идейный противник советской власти¹⁶. Так, в 1919 году в программе большевиков подчеркивалось, что «партия

¹³ Onasch K. *Grundzüge der russischen Kirchengeschichte*. Göttingen, 1967. S. 88–125.

¹⁴ Сафонов А.А. Свобода совести и правовое государство в контексте реформ государственно-конфессиональных отношений в позднеимперской России // *Гражданское общество в России и за рубежом*. 2015. № 2. С. 34–38.

¹⁵ Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 20 января 1918 г. «О свободе совести, церковных и религиозных обществах» // *Декреты Советской власти*. М., 1957. Т. 1. С. 373–374; ст. 13 Конституции РСФСР (принята V Всероссийским съездом Советов 10 июля 1918 г.) // *Собрание узаконений РСФСР*. 1918. № 51. Ст. 582; Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 23 января 1918 г. «Об отделении церкви от государства и школы от церкви» // *Собрание узаконений РСФСР*. 1918. № 18. Ст. 263.

¹⁶ Ср.: Ленин В.И. Об отношении рабочей партии к религии / Ленин В.И. Полн. собр. соч. М., 1968. Т. 17. С. 415–426.

стремится к полному разрушению связи между эксплуататорскими классами и организацией религиозной пропаганды, содействуя фактическому освобождению трудящихся масс от религиозных предрассудков и организуя самую широкую научно-просветительскую и антирелигиозную пропаганду»¹⁷. В последующем это отношение советской власти к религии, несмотря на колебания между воинствующим атеизмом и более прагматическим отношением к религии, не претерпело существенных изменений. В 1954 году было подтверждено, что «коммунистическая партия воспитывает советских людей в духе научного материализма и ведет идейную борьбу с религиозной идеологией как с антинаучной идеологией»¹⁸. Те же самые выводы делались и в период застоя¹⁹.

Таким образом, религиозные свободы в Советской России находились в двусмысленном положении. С одной стороны, они были юридически признаны, но с другой стороны в ракурсе коммунистической идеологии они рассматривались как весьма вредные и опасные. В этом отношении двоемыслие советского права²⁰ проявлялось особенно отчетливо: формально религиозные верования и обряды были не запрещены, но фактически священники и верующие в годы сталинских репрессий подвергались массовым репрессиям за свое вероисповедание²¹. После сталинских чисток и хрущевской антирелигиозной кампании массовые преследования прекратились, но напряженность в отношениях между религией и государством сохранялась до 1990 года, когда был принят Закон СССР «О свободе совести»²², за которым вскоре последовал аналогичный закон РСФСР²³.

¹⁷ Программа Российской коммунистической партии (большевиков), принятая на VIII съезде (18–23 марта 1919 г.) // Стенограмма VIII съезда РКП(б). М., 1919.

¹⁸ Постановление ЦК КПСС от 10.11.1954 «Об ошибках в проведении научно-атеистической пропаганды среди населения» // О религии и церкви. Сборник документов. М.: Политиздат, 1965. С. 77.

¹⁹ Иванов А.И., Лобазов П.К. Политика Советского государства по вопросам религии и церкви. М., 1973; Luchterhandt O. Der Sowjetstaat und die Russisch-Orthodoxe Kirche. Eine rechtshistorische und rechtssystematische Untersuchung // Abhandlungen des Bundesinstituts für ostwissenschaftliche und internationale Studien. 1976. Bd. 30.

²⁰ Некоторые исследователи указывают на параллельное существование в советском праве официального законодательства, относительно эффективно применявшегося в судах для защиты прав, и фактического применения законов по усмотрению (указанию) властей в особых случаях, что создавало «дуалистическую систему права и террора». См.: Sharlet R. Stalinism and Soviet Legal Culture / R. Tucker (ed.) Stalinism: Essays in Historical Interpretation. New York, 1977. P. 168–178.

²¹ Савельев В.Н. Свобода совести: история и теория. М., 1991.

²² Закон СССР от 1 октября 1990 г. № 1689-1 «О свободе совести и религиозных организациях» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1990. № 41. Ст. 813.

²³ Закон РСФСР от 25 октября 1990 г. № 267-1 «О свободе вероисповеданий» // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1990. № 21. Ст. 240.

Конец советского режима ознаменовал рост популярности религии в российском обществе. Религия была идеологическим противником режима (несмотря на предполагаемое сотрудничество церковного руководства и некоторых священников с секретными службами) и после его падения смогла воспользоваться временным отсутствием государственной идеологии. В отличие от Западной Европы и США, где борьба за права человека изначально шла прежде всего в контексте борьбы за свободу совести, в постсоветской России (как, впрочем, и в Польше, и в других восточноевропейских странах) борьба за права человека не основывалась на принципах секуляризма²⁴. Скорее наоборот, принципы секуляризма и светского государства ассоциировались у многих россиян с антирелигиозными кампаниями большевиков, воинствующим атеизмом и другими практиками, которые нарушали права человека. Более того, некоторые религиозные организации активно боролись с коммунистической идеологией и выступали за либеральные реформы — показательным примером стала позиция Католической церкви в Польше в 1980–1990-х годах. Этим же можно объяснить то, что Русская Православная Церковь (далее — РПЦ) также изначально включилась в дискуссии о правах человека и свободе совести, признала их частью своей идеологии, хотя в специфическом истолковании, исключающем равенство прав верующих различных конфессий²⁵.

Статья 13 Конституции России запретила создание какой-либо государственной идеологии, и в 1990-х годах этот запрет в общем и целом соблюдался²⁶, тем более что частью государственной политики во времена президентства Б.Н. Ельцина был разрыв с коммунистическим прошлым (включая идею единой государственной идеологии) и сближение с западными либеральными стандартами. В отсутствие других внятных нарративов о национальной идентичности немало россиян стало отождествлять свою национальную принадлежность через связь с религиозной традицией, которая противопоставляла себя «инославию», т.е. иным, «неверным» вероисповеда-

²⁴ Калинин С.А. Идея прав человека в православном понимании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 164–181; Краснов М.А. Права человека в понимании Русской Православной Церкви // Очерки идеологии постсоветского конституционализма. Харьков: Право, 2013. С. 122–137.

²⁵ Лухтерхандт О. Права человека, свобода вероисповедания и Русская православная церковь // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 133–181.

²⁶ В частности, эта антиидеологическая направленность проявилась в том, что, в отличие от других восточноевропейских стран, Россия не стала преследовать коммунистическую идеологию. См. аргументацию Конституционного Суда России в деле о запрете КПСС: Постановление Конституционного Суда от 30.10. 1992 № 9-П «По делу о проверке конституционности Указов Президента РФ от 23.09. 1991 № 79 ‘О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР’, от 25.08. 1991 № 90 ‘Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР’ и от 6.11. 1991 № 169 ‘О деятельности КПСС и КП РСФСР’, а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР» // СПС КонсультантПлюс.

ниям, которые, как предполагалось, являлись проявлениями иных культур и менталитетов²⁷.

Это обращение к религиозной традиции и составило основное содержание религиозного подъема в России после падения советского режима. Социологические факты указывают, что возрождение интереса к религии не привело к существенному изменению поведенческих стереотипов или образа мышления россиян, к оцерковлению сколько-нибудь значимого количества граждан²⁸. Как и во многих других странах, переживавших подобные перипетии, обращение большинства к религии означало по большей части декларирование верности одной традиции и отрицание других традиций: в данном случае — отказ от коммунистической идеологии и возврат к религиозной идеологии, характерной для дореволюционной Российской империи, к «национальной идее» России. В этом аспекте было нетрудно связать религиозность с национальной культурой, исторически основанной на православии, и сделать прагматический вывод, что православие может стать основой новой национальной идеологии (а точнее — возврата к дореволюционной идеологии).

Этим не преминули воспользоваться как государство, нашедшее основу для новой государственной идеологии в православии, так и РПЦ, получившая немалое количество льгот и привилегий (от возврата зданий и государственного финансирования ее культурных и социальных проектов до налоговых и таможенных льгот) от такой «симфонии»²⁹ с государством, несмотря на конституционный принцип равенства религиозных конфессий и запрет религиозным организациям заниматься политикой³⁰. Профес-

²⁷ Такое отношение к инославным конфессиям как к чуждым по культуре и неприемлемым для российского менталитета укоренилось еще до революции: *Верт П.* Православие, инославие, иноверие: Очерки по истории религиозного разнообразия Российской империи. М.: Новое литературное обозрение, 2012.

²⁸ Согласно социологическому опросу 2014 года, 68% россиян считает себя православными, но лишь 13% из них посещает церковь (Информационный портал «ФОМ Медиа» [Электронный ресурс]: // URL: <http://fom.ru/TSennosti/11587> (дата обращения: 21.08.2018). Это показывает, что «православность» стала отсылкой к определенной системе ценностей, традиций и поведенческих норм, а не к вероисповеданию, строго говоря. См. анализ этой проблематики: *Фурман Д., Каарийнен К.* Религиозность в России на рубеже XX—XXI столетий // *Общественные науки и современность.* 2007. № 2. С. 78–95.

²⁹ Термин византийской политической философии, означавший совместность действий императора и церкви, их обязательство по взаимной поддержке друг друга. Этот термин активно использует РПЦ для расширения влияния на государственную власть. Современное обоснование необходимости такого союза государства и церкви дано в статье политологов 1990-х: *Мигранян А., Ципко А.* Слабая власть, слабая Церковь и слабое общество могут быть сильными только вместе / *Мигранян А.* Россия. От хаоса к порядку? (1995–2000 гг.). М., 2001. См. о концепции «симфонии»: *Hovorun С.* Is the Byzantine “Symphony” Possible in Our Days? // *Journal of Church and State.* 2017. № 2. P. 280–296; *Седых Т.Н.* Теория «симфонии властей»: история и современность // *Вестник Московского университета. Серия 12. Политические науки.* 2008. № 4. С. 31–37.

³⁰ Следуя этой логике, в 2004 году Конституционный Суд России поддержал запрет на создание религиозных политических партий: Постановление Конституционного Суда Российской

сор Б.А. Страшун в 2003 году охарактеризовал этот процесс как «ползучую клерикализацию»³¹. Такое положение сохраняется и сегодня³², вполне устраивая и государство, и доминирующие («традиционные») религиозные объединения, которые находят компромисс во второстепенных вопросах (аборты, школьное образование, религиозные символы в публичной сфере, и т.п.) за счет согласия в основном — в противопоставлении себя «иному», т.е. «Западу», его культурной, идеологической и политической экспансии³³.

Особенно показательно согласие государства и РПЦ в вопросах о пределах защиты прав и свобод человека. Согласно п. III.2 Основ учения РПЦ о достоинстве, свободе и правах человека 2008 года, «слабость института прав человека в том, что он, защищая свободу выбора, все менее и менее учитывает нравственное измерение жизни и свободу от греха... Права человека не могут быть выше ценностей духовного мира. Поэтому недопустимым и опасным является истолкование прав человека как высшего и универсального основания общественной жизни, которому должны подчиняться религиозные взгляды и практики»³⁴. Это понимание превосходно гармонирует с консервативной государственной политикой и нередко используется для легитимации этой политики³⁵. Швейцарский исследователь П. Фишер объемно выразил эту неявную стратегию в названии своей статьи 2007 года: «В поисках своей идентичности многие русские открывают для себя православию, которое отмежевывается от Запада»³⁶. Таков культурный контекст,

Федерации от 15.12.2004 № 18-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона «О политических партиях» в связи с запросом Коптевского районного суда города Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации 'Православная партия России' и граждан И.В. Артемова и Д.А. Савина» / СПС Гарант

³¹ *Страшун Б.А.* Десять лет конституционных прав и свобод // Журнал российского права. 2003. № 11. С. 33–42. В качестве примера такого срастания государства и Церкви в «общественном сознании» отметим, что несколько лет назад социологи подметили интересную закономерность: вариации рейтинга поддержки деятельности Президента России зависят от одобрения россиянами деятельности РПЦ и ее священников. См.: Рейтинг Президента падает из-за патриарха // Ведомости. 24.10.2012 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/332531/kakofoniya_vlastej (дата обращения: 21.08.2018)

³² *Исаева А.А.* Конституционный секуляризм в России: поэзия принципов и проза правоприменения // Вестник Томского государственного университета. Серия «Право». 2012. № 4. С. 43–50.

³³ *Верховский А.* Религиозные организации и возможности идеологического проектирования в путинской России / Двадцать лет религиозной свободы в России. Под ред. А. Малащенко и С. Филатова. М., 2009. С. 160–189.

³⁴ Основы учения Русской Православной Церкви о достоинстве, свободе и правах человека. М., 2010. С. 15.

³⁵ *Mälksoo L.* The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church and Its Patriarch Kirill I: A Critical Appraisal / European Yearbook on Human Rights. 2013. P. 403–416; *Stoekl K.* The Russian Orthodox Church and Human Rights. London, UK: Routledge, 2014.

³⁶ *Fischer P.* Auf der Suche nach Identität entdecken viele Russen eine Orthodoxie, die sich vom Westen abgrenzt // Neue Züricher Zeitung. 3.08.2007. S. 5.

применительно к которому формировались и развивались формальные нормативно-правовые механизмы защиты религиозных свобод в российском правовом порядке.

Нормативные гарантии религиозных свобод и фактические сдержки

Основы правового регулирования религиозных свобод сформулированы в Конституции 1993 года и конкретизированы в Законе о свободе совести³⁷. Согласно ст. 28 Конституции России, каждому гарантируется свобода совести, свобода вероисповедания, включая право исповедовать индивидуально или совместно с другими любую религию или не исповедовать никакой, свободно выбирать, иметь и распространять религиозные и иные убеждения и действовать в соответствии с ними. Дополнительно в ст. 29 Конституции гарантируется свобода мысли: никто не может быть принужден к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них, что, по мнению большинства комментаторов, распространяется и на религиозные убеждения³⁸.

Обилие конституционных гарантий в области религиозных свобод даже привело некоторых авторов к констатации того, что Конституция России, по сравнению с конституциями других государств, проявляет особенно либеральный характер в области религии³⁹. Действительно, российская Конституция содержит важные гарантии, типичные для конституции либерального государства. Они хоть и имеют формальный характер (в том смысле, что на практике эти гарантии нередко нарушаются и нет эффективных механизмов правовой защиты против таких нарушений⁴⁰), но показывают общий нормативный смысл регулирования религиозных свобод в России. Дополнительно к названным выше гарантиям, Конституция признает идеологическое многообразие (ст. 13) и гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от отношения к религии, запрещает любые формы ограничения прав граждан по признакам религиозной принадлежности (ст. 19).

Также ст. 14 Конституции провозглашает, что Россия является светским государством и что никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной, что все религиозные объединения рав-

³⁷ Федеральный закон от 26.09.1997 № 125-ФЗ «О свободе совести и религиозных объединениях» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 39. Ст. 4465.

³⁸ Напр.: Пчелинцев А.В. Свобода вероисповедания и религиозные объединения в Российской Федерации (Конституционно-правовое исследование): дис... д. ю. н. М., 2012. С. 84.

³⁹ Нисневич Ю.А. Государство XXI века: тенденции и проблемы развития. М., 2012. С. 43.

⁴⁰ Ср.: Свобода убеждений, совести и религии в современной России / под ред. С.А. Бурьянова и Н.В. Костенко. М.: Московская Хельсинкская группа, 2007.

ны перед законом. Впрочем, некоторые российские исследователи принцип равенства религий перед законом парадоксально толкуют как допускающий дискриминацию. Так, И.В. Понкин полагает, что «принцип равенства религиозных объединений перед законом отнюдь не диктует построения отношений государства с ними как с равнозначимыми... В то же время при равенстве основных прав государство и общество могут оказывать религиозным объединениям поддержку или не оказывать таковой на избирательной основе»⁴¹. И.А. Куницын и вовсе предлагает проводить различие между равенством и равноправием, утверждая, что «вопреки устоявшемуся мнению, речь идет не о равноправии религиозных объединений, а о равенстве перед законом. Разница между ними весьма существенна. Равноправие — наделение законом того или иного субъекта равным объемом прав по сравнению с другими. Равенство перед законом означает, что деятельность всех религиозных объединений, независимо от их конфессиональной принадлежности, должна осуществляться на основании и в соответствии с законодательными актами Российской Федерации»⁴². По этой парадоксальной логике для реализации конституционного принципа равенства достаточно, что разные религиозные организации станут равны перед таким законом, который дискриминирует одни религии перед другими.

В интерпретации РПЦ и иных признаваемых государством «традиционных» религиозных организаций религиозная свобода предполагает не религиозное равенство, а, наоборот, фактическое неравноправие. Так, в принятых в 2000 году Основах социальной концепции РПЦ применительно к принципу свободы совести утверждается (ст. III.6), что он «свидетельствует об утрате обществом религиозных целей и ценностей, о массовой апостасии и фактической индифферентности к делу Церкви и к победе над грехом». На основании такого апокалиптического диагноза делается вывод, что «Церковь должна указывать государству на недопустимость распространения убеждений или действий, ведущих к ... нанесению ущерба культурно-духовной самобытности народа», и что Церковь вправе ожидать, что «государство при построении своих отношений с религиозными объединениями будет учитывать количество их последователей, их место в формировании исторического культурного и духовного облика народа»⁴³. По повседневному опыту нетрудно заметить, что такие призывы все больше находят отклик в современной политике российского государства.

⁴¹ Понкин И.В. Правовые основы светскости государства и образования. М.: Про-Пресс, 2003. С. 129.

⁴² Куницын И.А. Правовой статус религиозных объединений в России. М., 2000. С. 128–129.

⁴³ Русская православная церковь [Электронный ресурс]: // URL: <https://mospat.ru/ru/documents/social-concepts/> (дата обращения: 21.08.2018). Интересно отметить, что эти положения были почти дословно перенесены в главу 10 Социальной концепции российского иудаизма 2003 года ([Электронный ресурс]: // URL: <http://рос-мир.рф/node/2498> (дата обращения: 21.08.2018)

Есть в Конституции России также и такие гарантии, которые по своему духу являются либеральными, но получают репрессивное истолкование на практике. В частности, в силу ст. 29 Конституции не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающие религиозную ненависть и вражду, запрещается пропаганда религиозного превосходства. Этот вполне разумный запрет послужил обоснованием для введения и обоснования репрессивного законодательства, направленного против «религиозного экстремизма», который на практике истолковывается так, что к экстремизму приравниваются все высказывания религиозных меньшинств о том, что их верования и догматы лучше, чем верования доминирующих религиозных конфессий⁴⁴.

То же самое касается закрепленного в ст. 30 Конституции России права на объединение, которое означает, что никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем. Немалое количество судебных решений о запрете деятельности объединений религиозных меньшинств основано на мнимом нарушении этого права. Такое нарушение выражается в том, что люди отказываются от привычного образа жизни и погружаются в религиозную практику, что, по мнению судов, свидетельствует о том, что такие лица подверглись суггестивному влиянию и вступили в религиозные организации под психологическим давлением, т.е. недобровольно. Это видно на примере запрета «Свидетелей Иеговы» в Москве, когда российские суды сослались на нарушение права граждан на свободу совести ввиду оказания на них психологического давления, а также применения к ним методов «контроля над сознанием и тотально властной дисциплины»⁴⁵.

Религиозная свобода или свобода совести по своему смыслу прежде всего касается внутренних мировоззренческих убеждений человека (*forum internum*), но совместные коллективные практики образуют другую, не менее важную составляющую религиозных свобод. Российские законы и практика их применения преимущественно рассматривают свободу сове-

⁴⁴ Этот довод был одним из основных в рассмотренном в 2017 году деле о запрете «Свидетелей Иеговы» как экстремистской организации. Решением Верховного Суда России от 20.04.2017 заявление Министерства юстиции России было удовлетворено и «Свидетели Иеговы» были запрещены. Определением Апелляционной коллегии Верховного Суда России от 17.07.2017 № АПЛ17-216 это решение оставлено в силе.

⁴⁵ П. 128–129 Постановления Европейского суда по правам человека от 10.06.2010 Дело «Религиозная община свидетелей Иеговы в Москве против Российской Федерации» (жалоба № 302/02). При этом фактов со ссылкой на конкретных лиц суды не приводили. Расценивая эту аргументацию российских судов, ЕСПЧ отметил, что «то, что было воспринято российскими судами как «принуждение к разрушению семьи», на самом деле являлось разочарованием, испытанным членами семьи, не являющимися свидетелями Иеговы, вследствие разногласий по поводу образа жизни, избранного их родственниками-свидетелями в согласии со своими религиозными принципами, и вследствие их возрастающей изоляции ввиду неучастия в жизни Общины, к которой принадлежат их родственники-свидетели» // СПС Гарант.

сти через призму индивидуального права лица на невмешательство в дела его веры. Однако деятельность религиозных организаций контролируется жестко, поскольку она предположительно затрагивает национальные интересы и безопасность⁴⁶. На примере регулирования публичных религиозных практик (шестивий, богослужений и т.п.) с особой четкостью проявляются фактические сдержки (в плане господствующей ментальности, идеологии и проч.), которыми на деле формируются пределы совместного осуществления религиозных практик — если публичные мероприятия традиционных церквей наподобие крестных ходов, крещенских купаний, освящения церковнослужителями зданий и иных объектов и т.п. не встречают какого-либо противодействия властей и по сути не требуют согласований на практике, то с нетрадиционными конфессиями дело обстоит иначе.

Это можно продемонстрировать на примере религиозных шествий. До 2012 года в российском праве действовало строгое правило, согласно которому все религиозные собрания, шествия или ритуалы рассматривались как имеющие публичный характер, если проводились вне стен церкви и иных богослужебных мест. Это требовало прохождения процедуры уведомления и согласования таких мероприятий с органами местной власти. Такой подход поддерживался и судебной практикой⁴⁷, что создавало существенные трудности, особенно значимые для тех религиозных групп, практики которых не предполагают наличия специальных зданий для богослужений.

В 2012 году Конституционный Суд России рассмотрел дело о религиозном шествии в Татарстане и пришел к выводу, что такой подход (распространение порядка проведения публичных мероприятий на все без исключения религиозные собрания) является «неправомерным вмешательством государства в сферу свободы совести»⁴⁸. Суд постановил, что в зависимости от характера религиозного мероприятия должен различаться и порядок их согласования, так что уведомление требуется только при необходимости принятия мер общественного порядка и безопасности, тогда как остальные религиозные мероприятия могут проводиться в свободном порядке, без согласований. При этом Конституционный Суд не предложил каких-либо четких критериев и не установил, как можно разделить эти две разновидности

⁴⁶ См.: Султанов А.Р. Защита свободы совести, распространения убеждений через призму постановлений Европейского Суда по правам человека. М.: Статут, 2013.

⁴⁷ Напр., Постановление Верховного Суда России от 26.02.2010 № 11-АД10-2; Постановление Верховного Суда России от 4.03.2010 № 11-АД10-1 // СПС Гарант.

⁴⁸ Постановление Конституционного Суда России от 5.12. 2012 № 30-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и пункта 5 статьи 19 Закона Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации» // СПС Гарант.

религиозных собраний. Поэтому на практике значимость этого Постановления была не слишком велика: в большинстве случаев власти все равно требуют уведомления и согласования, поскольку теоретическую возможность нарушения общественного порядка почти никогда нельзя исключить. Судьба этих нормативных разъяснений Конституционного Суда показательна с точки зрения сочетания нормативного и фактического аспектов защиты религиозных свобод: выявленный «конституционный смысл» соответствующих норм оказался фактически недействующим в социально-политическом контексте применения этих норм.

Статус традиционных и «нетрадиционных» религий

Закон 1997 года о свободе совести стал, в определенном смысле, шагом назад по сравнению с предшествующим законодательством, поскольку закрепил ведущую роль православия и ввел деление религиозных вероисповеданий на традиционные и нетрадиционные, которое отсутствовало в Законе 1990 года. В Преамбуле Закона о свободе совести 1997 года делается ссылка на «особую роль православия в истории России, в становлении и развитии ее духовности и культуры» и на уважение «христианства, ислама, буддизма, иудаизма и других религий, составляющих неотъемлемую часть исторического наследия России». Это, по мнению многих специалистов, заложило потенциальный конфликт между Законом, с одной стороны, и антидискриминационными принципами Конституции России и международно-правовых актов в этой области (особенно ст. 9 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод), с другой⁴⁹. В некоторой степени речь может идти о противоречии Преамбулы положениям самого Закона (который в п. 3 ст. 3 фиксирует, что установление преимуществ, ограничений или иных форм дискриминации в зависимости от отношения к религии не допускается), а также конституционным положениям о равенстве всех религий перед законом (ст. 14 Конституции). Впрочем, появление таких фраз в Законе не стало неожиданностью. Более того, выбранные формулировки были намного мягче тех, что предлагала РПЦ в рамках обсуждения зако-

⁴⁹ Так, в 1999 году российский омбудсмен О.О. Миронов указал на ряд положений Закона 1997 года, которые потенциально противоречат Конституции России и международному праву, включая и положения Преамбулы Закона 1997 года (Заключение Уполномоченного по правам человека в России «О проверке соответствия Федерального закона ‘О свободе совести и о религиозных объединениях’ международно-правовым обязательствам Российской Федерации» // Российская газета. № 77. 22.04. 1999). Ряд российских правоведов и сегодня требует пересмотреть формулировку Преамбулы, считая ее неконституционной, напр.: *Алебастрова И.А.* Процессы секуляризации и клерикализации в современном мире: поиски конституционного баланса // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 5. С. 117–136.

нопроекта, настаивая на том, что «подлинное равноправие наступит тогда, когда осуществится законодательное признание роли РПЦ и других традиционных религий»⁵⁰.

Это было не первой попыткой РПЦ закрепить в законе свою привилегированную роль. Впервые РПЦ предприняла такую попытку во время конституционного кризиса 1993 года и конфликта между президентом Б.Н. Ельциным и Верховным Советом РСФСР. Воспользовавшись ситуацией, РПЦ провела через оппозиционный Президенту парламент законопроект о поправках к Закону «О свободе вероисповеданий», согласно которому все религиозные исповедания в России делились на «традиционные», которым гарантировалась государственная поддержка, и «иностранные». В самом законопроекте не указывалась РПЦ, а давалась общая отсылка к религиям, которые «сохраняют и развивают исторические традиции и обычаи, национально-культурную самобытность и иное культурное наследие народов». Ельцин не стал подписывать законопроект, а вскоре расстрелял из танков мятежный парламент, и о законопроекте забыли на несколько лет. В последующие годы политики не раз возвращались к этой идее. Например, в 2013 году депутат Государственной Думы Е.Б. Мизулина предложила внести в Преамбулу Конституции положение о том, что «православие является основой национальной и культурной самобытности России»⁵¹. Пока подобные попытки не увенчались успехом, хотя этот подход реализуется государственными властями на практике.

Вместе с тем РПЦ постепенно стала стратегическим партнером государства на федеральном уровне, а на региональном уровне в качестве таких партнеров выступают либо епархии РПЦ, либо соответствующие духовные управления мусульман, либо буддистские религиозные организации (в зависимости от того, какое вероисповедание исповедуется большинством или значимой частью населения региона)⁵². С середины 1990-х годов субъекты федерации стали принимать местные законы, в которых устанавливали привилегии доминирующих конфессий (РПЦ, мусульманства, буддизма) и

⁵⁰ Послание Архиерейского Собора боголюбивым пастырям, честному иночеству и всем верным чадам РПЦ, принятое на заключительном заседании Архиерейского Собора РПЦ 19.02.1997 // СПС Консультант Плюс.

⁵¹ BBC news [Электронный ресурс]: // URL: http://www.bbc.co.uk/russian/russia/2013/11/131122_mizulina_orthodox_constitution.shtml (дата обращения: 21.08.2018). Это предложение было поддержано группой депутатов, но в качестве законопроекта не было сформировано («Состоялось заседание Межфракционной депутатской группы Государственной Думы в защиту христианских ценностей». Государственная Дума [Электронный ресурс]: // URL: http://www.duma.gov.ru/news/273/479687/?sphrase_id=1122085 (дата обращения: 21.08.2018)

⁵² 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.

ограничивали деятельность «нетрадиционных религий», обязывая их к разного рода регистрациям и согласованиям⁵³.

Эту структуру и отразила Преамбула Закона о свободе совести, на основании которой был заключен ряд партнерских соглашений между РПЦ и федеральными министерствами⁵⁴. Та же самая структура сложилась в отношениях между региональными властями и другими «традиционными» религиозными конфессиями. Так, органы власти в мусульманских республиках России признают, как правило, только одно региональное духовное управление мусульман, рассматривая все остальные мусульманские религиозные объединения в качестве потенциальных рассадников ваххабизма⁵⁵.

Отношение к свободе совести со стороны доминирующих вероисповеданий является скорее прагматическим: важно невмешательство государства в вероисповедные дела, с одной стороны, и возможность для религии стоять над государственной идеологией (по сути, быть основой и высшим принципом этой идеологии), с другой, а также получать от государства поддержку в борьбе с другими, конкурирующими конфессиями. Введение нормативно-правового регулирования по защите чувств верующих и складывающаяся практика применения этих норм отражает тот баланс нормативности правовых предписаний и фактичности политических, идеологических и культурных ограничений в области религиозных свобод.

Законодательство о защите чувств и противодействии экстремизму

В отличие от законодательства ряда европейских стран, российские законы не содержат норм об ответственности за такие поступки, как богохульство или святотатство. До 2012 года подобные неблагоприятные поступки наказывались как обычные правонарушения или преступления через такие составы, как «хулиганство», «вандализм», «повреждение памятников куль-

⁵³ Так, например, согласно ст. 4 Закона Республики Бурятия от 23.12. 1997 «О религиозной деятельности на территории Республики Бурятия» для осуществления благотворительной деятельности религиозная организация обязана была получить специальное разрешение Министерства юстиции Республики, оплатив предварительно пошлину. В региональных законах было закреплено немало подобных нелогичных требований к деятельности религиозных организаций.

⁵⁴ Например, Соглашение о сотрудничестве между Министерством здравоохранения и социального развития Российской Федерации и Русской православной церковью от 15. 04. 2005; Соглашение о сотрудничестве между Московской Патриархией Русской православной церкви и Федеральной архивной службой России от 18.12. 2003 // СПС Гарант.

⁵⁵ Например, Закон Республики Дагестан от 22.09.1999 № 15 «О запрете ваххабитской и иной экстремистской деятельности на территории Республики Дагестан». См.: Ислам в России: Взгляд из регионов / под ред. А.В. Малашенко. М., 2007.

туры» и т.п.⁵⁶ Только в Кодексе об административных правонарушениях Российской Федерации была ст. 5.26 о нарушении законодательства о свободе вероисповедания с минимальным штрафом. Скандальный панк-молебен, проведенный группой *Pussy Riot* в центральном московском Храме Христа Спасителя в марте 2012 года, показал правовую незащищенность символической сферы религии, столь важной для государства и его идеологии. Участницы группы *Pussy Riot* были наказаны по уголовной статье за хулиганство. В приговоре суд расценил церковные правила и каноны как часть социального порядка, значимую для всего общества, чтобы обосновать ответственность за хулиганство, которое определяется в ч. 2 ст. 213 УК РФ как «грубое нарушение общественного порядка с открытым неуважением к обществу»⁵⁷.

Приговор был оставлен в силе (с небольшими изменениями)⁵⁸, и быстро, в начале 2013 года, был принят пакет законов о защите чувств верующих, включая новую редакцию ст. 148 УК РФ⁵⁹. В пояснительной записке к законопроекту указывалось, что оскорбление религиозных чувств «нарушает традиционные и религиозные нормы, выработанные обществом на протяжении многих веков, его нравственные устои, противоречит морали, влечет тяжкие последствия и носит яркую антисоциальную направленность»⁶⁰. Эта логика демонстрировала намерение включить религиозные нормы РПЦ и других «традиционных» религий в государственный правопорядок, так как защищать чувства верующих возможно только через отсылку к понятиям, в которые они верят, и к религиозным нормам, которые указывают, как веровать (исполнять обряды, относиться к святыням и т.п.), но никак не к самим субъективным эмоциям («чувствам»)⁶¹. В изначальном тексте законопроекта было прямо сформулировано, что защита обеспечивается только чувствам верующих тех «религиозных объединений, которые исповедуют религии, составляю-

⁵⁶ Между 1993 и 1996 годами существовала уголовная ответственность за оскорбление чувств верующих (ст. 143 УК РСФСР с наказанием до одного года лишения свободы), но в УК РФ 1996 года эту статью не включили.

⁵⁷ Приговор Хамовнического районного суда Москвы от 17.08. 2012 по делу Н.А. Толоконниковой, Е.С. Самуцевич и М.В. АLEXИНОЙ.

⁵⁸ Послевынесения 17.07.2018 Постановления ЕСПЧ по жалобе М.В. АLEXИНОЙ и других против России (HUDOC [Электронный ресурс]: // URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%3A%5B%5C%22001-184666%5C%22%5D%7D>) (дата обращения: 1.06. 2018); приговор, возможно, будет пересмотрен.

⁵⁹ Федеральный закон от 29.06. 2013 № 136-ФЗ «О внесении изменений в статью 148 Уголовного кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях противодействия оскорблению религиозных убеждений и чувств граждан» // СЗ РФ. 2013. № 26. Ст. 3209.

⁶⁰ Пояснительная записка к проекту закона № 142303: [Электронный ресурс]: // URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=142303-6](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=142303-6) (дата обращения: 21.08.2018)

⁶¹ См. философский анализ проблематики правовой защиты чувств: *Микиртумов И.Б.* Риторика оскорбленных чувств // РАЦИО.ru. 2016. № 2. С. 80–101.

щие неотъемлемую часть исторического наследия народов России». В ходе обсуждения эта явно антиконституционная оговорка была убрана, хотя на истолковании и применении новых норм это почти не сказалось⁶².

Законодательство о защите чувств верующих сразу привело к многочисленным дебатам среди правоведов, поскольку «чувства верующих» в буквальном истолковании отсылают к *forum internum* каждого человека⁶³. Но в превалирующей практике под «чувствами верующих» стали пониматься не эмоциональное отношение (такое отношение с трудом можно конструировать как объект правовой защиты), а религиозные нормы и культы, к которым верующие испытывают эмоциональную привязанность. Применения этого законодательства свидетельствует, что правовая защита чувств верующих фактически стала механизмом защиты религиозных убеждений и верований большинства против критики и сомнения со стороны меньшинства. По сути эти новые законы косвенно ввели наказание за богохульство и святотатство по отношению к предметам почитания в традиционных религиях. Примечательно, что в истолковании РПЦ, предметом защиты по ст. 148 УК РФ являются догматы религии, личности и деяния святых, а также священные изображения и тексты, иные предметы религиозного назначения, места религиозного почитания (паломничества), а сама ответственность наступает за «неуважительный отзыв, грубое высмеивание религиозных догм и канонов»⁶⁴.

С другой стороны, борьба с религиозным экстремизмом стала, пожалуй, наиболее эффективным механизмом государственного контроля над религиозной сферой. Этот механизм был заложен еще в 2002 году, когда был принят Закон о противодействии экстремизму⁶⁵. Статья 10 этого Закона позволяет приостанавливать или запрещать в судебном порядке деятельность религиозных организаций, в отношении которых установлен факт занятия экстремистской деятельностью. Сам экстремизм в силу ст. 1 Закона понимается очень широко и включает 13 разных оснований для признания организации экстремистской: от воспрепятствования законной деятельности государственных учреждений до клеветы на государственных служащих,

⁶² В 2016 году профессор О.В. Мартышин охарактеризовал законодательство о защите религиозных чувств верующих как одно из средств необоснованного установления привилегированного положения традиционных религий. См.: *Мартышин О.В.* Закон о защите чувств верующих в историко-правовом контексте (статья вторая) // Государство и право. 2016. № 2. С. 22–31.

⁶³ *Кульнев А.С.* Защита чувств верующих: как не переступить черту? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 2. С. 25–28.

⁶⁴ Закон об уголовной ответственности за оскорбление религиозных чувств верующих. Комментарий юридической службы Московской патриархии: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.patriarchia.ru/db/text/3093568.html> (дата обращения: 21.08.2018)

⁶⁵ Федеральный закон от 25.07.2002 № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности» // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3031.

включая также и утверждение превосходства своего вероисповедания над другими как проявление «религиозного экстремизма».

В разных регионах России чрезмерно рьяная борьба с экстремизмом приводила к случаям запрета отдельных текстов из Корана, Бхагавад-гиты и других священных текстов. В результате Президент России в 2015 году инициировал внесение поправок в Закон 2002 года, в который была введена новая ст. 3.1., согласно которой цитаты из Библии, Корана, Танаха и Ганджура не могут быть признаны экстремистскими материалами⁶⁶.

Наиболее часто религиозные организации и их священные тексты признаются экстремистскими по такому основанию, как «пропаганда исключительности, превосходства либо неполноценности человека по признаку его социальной, расовой, национальной, религиозной или языковой принадлежности или отношения к религии». Поскольку практически каждая религиозная конфессия утверждает, что путь к спасению лежит через присоединение к числу ее сторонников и верование в истинность ее вероучения, тогда как все остальные вероисповедания вводят в заблуждение по поводу тех или иных сторон вероучения или обряда, то механизм ст. 10 Закона является безотказным способом для ликвидации почти любой религиозной организации. Это подтверждается как разъяснениями Верховного Суда России⁶⁷ и Конституционного Суда России⁶⁸, так и преваляющей судебной практикой⁶⁹. Как с иронией заметил один исследователь, все священные тексты основных религий подпадают под определение религиозного экстремизма⁷⁰. Антиэкстремистское законодательство фактически стало еще одним

⁶⁶ Федеральный закон от 23.11.2015 № 314-ФЗ «О внесении изменения в Федеральный закон «О противодействии экстремистской деятельности»» // СЗ РФ. 2015. № 48 (часть I). Ст. 6680.

⁶⁷ Постановление Пленума Верховного Суда России от 28.06. 2011 № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности» // Российская газета. 2011. № 142.

⁶⁸ Определение Конституционного Суда России от 2.07.2013 № 1053-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кочемарова Владислава Сергеевича на нарушение его конституционных прав положениями пунктов 1 и 3 статьи 1 и части третьей статьи 13 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности»; Особое мнение судьи Г.А. Гаджиева к Определению Конституционного Суда от 16.07.2015 №1787-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы местной религиозной организации Свидетелей Иеговы в городе Биробиджане на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 3 статьи 1 и статьей 13 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности»».

⁶⁹ *Найда А.А.* Практические аспекты применения Закона о противодействии экстремистской деятельности. Религиозный экстремизм / Практика применения закона о противодействии экстремистской деятельности. М., 2016. С. 6–12; *Султанов А.Р.* Признание религиозных книг экстремистскими посредством экспертиз / Там же. С. 16–25.

⁷⁰ *Оганесян С.С.* Об экстремизме текстов Торы, Нового Завета и Корана (Опыт лингвистического, психолингвистического и уголовно-правового осмысления) // Современная коммуникативистика. 2015. № 5. С. 15–22.

инструментом защиты религиозных убеждений большинства (последователей традиционных религий).

Заключение

Религия практически во всех обществах является не только делом личной совести верующих, но и предметом правового регулирования, пределы и направленность которого зависит не только от текстов законов, но и от социального контекста их применения. Поэтому религиозные свободы не могут быть абсолютными (неограниченными), а в тех правовых порядках, в которых этим свободам формально предоставляется максимальная защита, кажущаяся недопустимой в свете государственной идеологии (существенно изменившейся со времен принятия Конституции России и Закона о свободе совести) и с точки зрения общественного мнения, в действие вступают механизмы «социального контроля» по ограничению этих прав и свобод до принятых в обществе границ⁷¹.

Такая ситуация складывается и в российском правовом порядке. Как и во многих других аспектах, в области регулирования религиозных свобод сохраняется противоречие между либеральными текстами Конституции и законодательства и фактической консервативной практикой их истолкования и применения. Многие исследователи объясняют это противоречие через использование государством религии и, наоборот, через прагматический расчет «традиционных» религиозных конфессий на выгоды от сотрудничества с государством⁷². Не отрицая этого объяснения, также укажем на социальный контекст, в котором формируются интерпретационные практики судей и других юристов, применяющих нормы закона, и на сложную взаимосвязь фактичности и нормативности. Эта связь проявляется в том, что Г. Кельзен назвал «динамическим аспектом правового порядка», т.е. в создании индивидуальных норм права (правоприменительных актов), через которые общие нормы права наполняются реальным содержанием и создают права и обязанности для адресатов. Очевидно, что выбор средств и определение пределов защиты такого рода свобод в правоприменительной практике не всегда определяются строго рационально и ввиду только формально установленных норм права — такой выбор может зависеть от множества аспектов социокультурной обстановки, в которой действуют судьи и иные правоприменители⁷³.

⁷¹ Финнис Дж. Почему религиозная свобода является особым, важным и ограниченным правом // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 6. С. 133–150.

⁷² См. напр.: *Раркова I. The Orthodox Church and Russian Politics. New York, 2011.*

⁷³ Белов С.А. Способен ли рациональный дискурс обосновать ценностный выбор в праве? // Известия вузов. Правоведение. 2014. № 5. С. 224–236.

По разным причинам этот фактический контекст в российской истории всегда был неблагоприятен для утверждения религиозного равенства и защиты религиозных свобод. Это положение сохранилось и в современном российском обществе, которое, как показывают социологические опросы, отличается высокой степенью религиозной нетерпимости к «нетрадиционным» религиозным культам⁷⁴, которые получили общее название «сект»⁷⁵, подчеркивающее их оторванность от социального целого и потенциальную опасность. Нетрудно понять, что этот социальный настрой транслируется на то, как в интерпретационном сообществе воспринимаются права религиозных меньшинств. В то же самое время вероучения «традиционных» религий постепенно фактически стали частью российского правового порядка, что особенно отчетливо проявляется в недавних законодательных поправках о защите чувств верующих и в практике применения антиэкстремистского законодательства. Это демонстрирует неоднозначность взаимосвязи нормативных правоположений о свободе совести и фактических рамок применения этих правоположений в российском правовом порядке, актуальность изучения взаимодействия различных форм фактичности и нормативности в правовом регулировании.



Библиография

Алебастрова И.А. Процессы секуляризации и клерикализации в современном мире: поиски конституционного баланса // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 5. С. 117–136.

Верт П. Православие, инославие, иноверие: Очерки по истории религиозного разнообразия Российской империи. М.: Новое литературное обозрение, 2012, 280 с.

Двадцать лет религиозной свободы в России / под ред. А. Малашенко и С. Филатова. М.: РОССПЭН, 2008. 398 с.

Дворкин Р. Религиозная свобода // Известия вузов. Правоведение. 2015. № 6. С. 113–132.

Калинин С.А. Идея прав человека в православном понимании // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 164–181.

Краснов М.А. Права человека в понимании Русской Православной Церкви // Очерки идеологии постсоветского конституционализма. Харьков: Право, 2013. С. 122–137.

Лухтерхандт О. Права человека, свобода вероисповедания и Русская православная церковь // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2012. № 1. С. 133–181.

⁷⁴ Например, 80% россиян поддерживают запрет деятельности «Свидетелей Иеговы» в России, хотя большинство не знает, в чем заключаются основные положения данного вероучения (Левада-центр [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.levada.ru/2017/07/13/svideteli-iegovy/> (дата обращения: 21.08.2018); такой же процент (79%) поддерживают идею лишать родительских прав сектантов, которые приобщают своих детей к религии (ВЦИОМ [Электронный ресурс]: // URL: <https://wciom.ru/index.php?id=236&uid=116573>) (дата обращения: 21.08.2018)

⁷⁵ Дворкин А.Л. Сектоведение. Тоталитарные секты. М., 2012.

Понкин И.В. Правовые основы светскости государства и образования. М.: Про-Пресс, 2003. 416 с.

Пчелинцев А.В., Загребина И.В., Лункин Р.Н. Свобода совести в современной России. М.: Сова, 2017. 200 с.

Свобода убеждений, совести и религии в современной России / под ред. С.А. Бурьянова и Н.В. Костенко. М.: Московская Хельсинкская группа, 2007. 272 с.

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

Фурман Д., Каарияйнен К. Религиозность в России на рубеже XX—XXI столетий // Общественные науки и современность. 2007. № 2. С. 78–95.

Mälksoo L. The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church and Its Patriarch Kirill I: A Critical Appraisal // European Yearbook on Human Rights. 2013. P. 403–416.

Sisk G.C. et al. Searching for the Soul of Judicial Decision Making: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions // Ohio State Law Journal. 2004. № 65. P. 421–614.

Stoeckl K. The Russian Orthodox Church and Human Rights. London: Routledge, 2014. 158 p.

Normativity and Facticity in Protection of Religious Freedom



Mikhail Antonov

Associate Professor, Department of Theory and History of Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg campus), Candidate of Juridical Sciences. Address: 17 Promyshlennaya Str., Saint Petersburg 198099, Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



Abstract

The paper considers the legal and philosophical issue of the correlation between facticity and normativity in the aspect of regulation and protection of religious freedoms in the past contemporary Russian law. The paper suggests considering in this aspect the gap between the normative content and the meaning of the corresponding norms of Russian constitution and statutory law and the implementation of these norms in court and law-enforcement practice. The author argues that the liberal norms transplanted from Western legal orders into Russian law do not fit well the symbolic sphere of the post-Soviet Russia where religion itself serves as one of the cornerstones of national identity and as a major constituent element of the state ideology. In factual court practice, constitutional and statutory norms about freedom of conscience are shaped contrary to their *prima facie* meaning. The lack of tolerance in Russian society leads to the fact that many non-traditional religious denominations are considered as socially unacceptable, and for this reason there emerges a societal attitude against the non-traditional religious denominations. Being formally under the authority of the law, judges and other adjudicators are in fact under the influence of many factors among which one can mention different programs and declarations by the political leadership and by state officials, as well as the public opinion. In author's opinion, this leads to the integration of the religious conceptions of the «traditional» denominations into Russian legal order, which is illustrated in the recent statutory amendments concerning the protection of «religious feelings» and in the practice of enforcement of the anti-extremist legislation. From the legal and philosophical

standpoint, this situation shows the ambiguity of the interrelation between the normative propositions that guarantee the freedom of conscience and the factual frameworks of application of these propositions in Russian law. In author's opinion, this example of this ambiguity of the facticity/normativity divide in what concerns the protection of religious freedoms justifies also addressing this divide and its implications in other fields of legal regulation.



Keywords

religious freedoms, legal regulation, normative force of the factual, methodology of legal thinking, law-enforcement practice, normativity and facticity, human rights, judicial discretion.

Citation: Antonov M.V. (2018) Normativity and Facticity in Protection of Religious Freedoms. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 24–49 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.24.49



References

Alebastrova I.A. (2016) Protsessy sekulyarizatsii i klerikalizatsii v sovremennom mire: poiski konstitutsionnogo balansa [Secularization and Clericalism in the Modern World: in Search of Balance]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 5, pp. 117–136.
Bur'yanov S.A. i Kostenko N.V. (eds.) (2007) *Svoboda ubezhdeniy, sovesti i religii v sovremennoy Rossii* [Freedom of Opinion, Conscience and Religion in Modern Russia]. Moscow: Moskovskaya Khel'sinskaya gruppa, 272 p. (in Russian)

Dvorkin R. (2015) Religioznaya svoboda [Religious Freedom]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no 6, pp. 113–132.

Furman D., Kaariainen K. (2007) Religioznost' v Rossii na rubezhe XX—XXI stoletii [Religion in Russia at the Turn of 20 and 21st Centuries]. *Obshchestvennye nauki i sovremennost'*, no 2, pp. 78–95.

Kalinin S.A. (2012) Ideya prav cheloveka v pravoslavnom ponimanii [Concept of Human Rights in Orthodoxy]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 164–181.

Krasnov M.A. (2013) Prava cheloveka v ponimanii Russkoy Pravoslavnoy Tserkvi [Human Rights in the Interpretation by Russian Orthodox Church]. *Ocherki ideologii postsovetskogo konstitutsionalizma: Sbornik nauchnykh trudov* [The Essays on the Ideology of Post-Soviet Constitutionalism]. Khar'kov: Pravo, pp. 122–137 (in Russian)

Lukhterkhandt O. (2012) Prava cheloveka, svoboda veroispovedaniya i Russkaya pravoslavnaya tserkov' [Human Rights, Freedom of Conscience]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 133–181.

Malashenko A., Filatov S. (eds.) (2009) *Dvadtsat' let religioznoy svobody v Rossii* [20 Years of Religious Freedom in Russia]. Moscow: ROSSPEN, 398 p. (in Russian)

Mälksoo L. (2013) The Human Rights Concept of the Russian Orthodox Church and Its Patriarch Kirill I: A Critical Appraisal. *European Yearbook on Human Rights*, pp. 403–416.

Pchelintsev A.V., Zagrebina I.V., Lunkin R.N. (2017) *Svoboda sovesti v sovremennoy Rossii* [Freedom of Conscience in Modern Russia]. Moscow: Sova, 200 p. (in Russian)

Ponkin I.V. (2003) *Pravovye osnovy svetskosti gosudarstva i obrazovaniya* [Legal Pillars of Secularized State and Education]. Moscow: Pro-Press, 416 p. (in Russian)

Sisk G.C. et al. (2004) Searching for the Soul of Judicial Decision Making: An Empirical Study of Religious Freedom Decisions. *Ohio State University Law Journal*, no 65, pp. 421–614.

Stoeckl K. (2014) *The Russian Orthodox Church and Human Rights*. London, UK: Routledge, 158 p.

Sultanov A.R. (2013) *Zashchita svobody sovesti, rasprostraneniya ubezhdeniy cherez prizmu postanovleniy Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka* [Protecting Freedom of Conscience, Spread of Opinion in Context of the European Court of Justice]. Moscow: Statut, 544 p. (in Russian)

Vert P. (2012) *Pravoslavie, inoslavie, inoverie: Ocherki po istorii religioznogo raznoobraziya Rossiyskoy imperii* [Orthodoxy, Unorthodoxy, Heterodoxy: Essays on the History of Religious Diversity in the Russian Empire]. Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie, 280 p. (in Russian)

Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права*



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

В российском правоведении преобладает оценка исламского права как синонима шариата, который представляет собой совокупность предписаний Корана и Сунны, означающей образ жизни Пророка Мухаммеда, зафиксированный в хадисах (преданиях) его сподвижников. Сводимое к шариату исламское право рассматривается в качестве комплекса различных социальных норм, в котором юридические правила принципиально не отделены от религиозных предписаний. Однако углубленный анализ позволяет заключить, что на основе нормативной части шариата сформировалось исламское право как юридическое явление. Ключевую роль в этом сыграл фикх. Под ним исламская мысль понимает как науку о шариатских правилах внешнего поведения людей, так и сами указанные нормы. Среди этих предписаний имеются отвечающие юридическим критериям и поэтому являются нормами исламского права в научном значении. Фикх не ограничился выработкой отдельных частных правил правовой направленности, а сформулировал развернутую систему принципов, которые и являются основным аргументом в пользу существования исламского права как юридического явления в собственном смысле. Современная исламская мысль предлагает различные классификации общих принципов фикха. Наиболее удачным в правовом отношении является выделение нескольких тематических групп таких предписаний, стержнем которых выступают ключевые самостоятельные принципы. Большинство из них в концентрированном виде выражает юридическую природу исламского права. Их появление — заметный вклад фикха-доктрины в его развитие и одновременно в мировую правовую культуру. Данные принципы по их содержанию являются правовыми и не имеют непосредственно религиозного характера. Они предопределяют юридическую природу исламского права, которое может быть названо таковым не потому, что в нем воплощается божественное откровение, а на основании данных принципов. Именно принципы фикха открывают перед исламским правом возможность взаимодействовать с иными правовыми культурами на основе общности многих их юридических характеристик.

* Публикация подготовлена в ходе исследования «Исламское право — самостоятельная правовая система» (№ 18-01-0026) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2018–2019 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».



Ключевые слова

ислам, шариат, Коран, Сунна, фикх, правовая доктрина, исламское право, принципы фикха, Маджалла, законодательство, источник законодательства, конституция.

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л. Р. Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 50–80.

JEL: K00; УДК:340

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.50.80

В российской правовой науке сложились различные взгляды на исламское (мусульманское) право. Преобладает позиция, согласно которой оно неразрывно связано с религией ислама¹. Поэтому при анализе данного феномена акцент делается на его религиозных корнях, а юридические характеристики остаются в тени. В рамках такого общего подхода выдвигаются несовпадающие оценки исламского права как социально-нормативной системы.

Природа исламского права: разнообразие оценок

Можно отметить два крайних подхода к трактовке ключевого вопроса о взаимодействии в исламском праве религиозного и юридического начал. Согласно одному из них исламское право, под которым подразумевается шариат, не является юридическим феноменом или в крайнем случае является собой смесь права с религией и нравственностью. Причем в этом конгломерате право по существу не отделено от иных социальных регуляторов и даже занимает подчиненное по отношению к ним место. Не случайно сторонники такого понимания подчеркивают, что сам термин «мусульманское право» используется лишь по традиции, поскольку в действительности он обозначает не юридическое в точном смысле, а более широкое социальное явление. В русле такой логики мусульманское право они называют «недифференцированным», поскольку в нем юридические элементы якобы не получили значительного обособленного функционирования².

Другая позиция формально исходит из существования исламского права в юридическом смысле. Об этом недвусмысленно говорит то, что ему отводится самостоятельное место в ряде исследований по теории права и практически во всех работах по сравнительному правоведению и правовым си-

¹ См., напр.: Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. СПб., 2007. С. 3–7.

² См., напр.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 115.

стемам (семьям) современного мира³. Очевидно, такой подход предполагает признание юридического характера исламского права. В противном случае его анализ в рамках юриспруденции выглядит нелогичным.

При всей внешней противоположности обоих взглядов на исламское право у них есть одна принципиальная общая черта: их адепты не делают попыток выявить суть данного явления, серьезно обосновать или опровергнуть наличие у него признаков права. Противники отнесения исламского права к юридическим феноменам ссылаются на то, что оно опирается на религиозные источники и распространяется на мусульман. Этого, по их мнению, достаточно для вывода, что так называемое исламское право не существует как юридическое явление, а составляет неотъемлемую часть религии ислама⁴.

Исследователи, которые априорно исходят из юридической природы исламского права, также не утруждают себя изучением его качеств как права. Раскрывая его особенности, они обращаются не к анализу собственно юридических характеристик указанного феномена, а к специфике шариата. Таким образом, предмет изучения подменяется: вместо права им становится религия. В итоге стремление описать исламское право в качестве юридического явления невольно приводит к обратному — фактическому доказательству того, что оно правом не является⁵. Между прочим, такая же непоследовательность пронизывает работы практически всех крупных западных специалистов по сравнительному праву⁶.

Действительно, если исламское право полностью сводить к шариату, сомнения в его юридической природе трудно опровергнуть. Ведь взятый в целом шариат — прежде всего и преимущественно религиозное явление. Даже его нормативная составляющая в точном смысле выступает в виде религиозных предписаний. Это относится и к шариатским правилам мирского поведения, которые так называемая голландская школа изучения исламского права без достаточных оснований считает юридическими⁷.

Если характеристика шариата как неотъемлемого элемента религии вполне очевидна, то определение природы правил фикха не столь однозначно.

³ См., напр.: Общая теория права / отв. ред. А.С. Пиголкин. М., 1994; Теория государства и права. Саратов, 1995. С. 148–149; Общая теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 2010. С. 372–373; Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М., 2008. С. 509–521.

⁴ См., напр.: Раянов Ф.М., Гилязутдинова Р.Х. Юридическая природа мусульманского права / Шариат: теория и практика. Уфа, 2000; Гилязутдинова Р.Х. Природа мусульманского права. Уфа, 2003.

⁵ См., напр.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. Основные правовые системы современности. М., 2007. С. 387–401.

⁶ См., напр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 308–330; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М., 2010. С. 246–264; Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право. М., 2011. С. 300–309.

⁷ См., напр.: *Snouck C. Selected Works.* Leyden, 1957.

Напомним, что под фикхом исламская мысль понимает как науку о шариатских правилах внешнего поведения, так и сами указанные нормы. Среди этих предписаний имеются такие, которые отвечают юридическим критериям и поэтому являются нормами исламского права в точном научном значении. Иными словами, исламское право не сводится к шариату, а образует ту часть норм фикха, которые имеют правовой характер.

Вместе с тем одного указания на место исламского права в его соотношении с шариатом и фикхом недостаточно для раскрытия его юридических характеристик. Если без всяких оговорок считать шариат стержнем религии ислама, а фикх — наукой о шариатских правилах внешнего поведения и комплексом норм, «извлеченных» из шариата, то и исламское право как часть фикха оказывается погруженным в религию, выступая неотъемлемым ее элементом. Откуда же тогда берется исламское право?

От шариата и фикха к исламскому праву

Отвечая на поставленный вопрос, отметим, что само по себе шариатское правило поведения, сформулированное в Коране или в хадисах (преданиях), которые отражают Сунну Пророка Мухаммада, не может считаться юридическим только на том основании, что оно по своему нормативному содержанию имеет внешнее сходство с правовой нормой. Ведь даже когда религиозный и юридический источники предусматривают, казалось бы, одинаковые правила, говорить о полном их совпадении вряд ли корректно. Прежде всего потому, что основания таких норм и вкладываемый в них смысл различны: правовые нормы, даже с учетом их различного понимания, ориентируются главным образом на рациональные критерии — формальное равенство, принятие или санкционирование государством, обеспеченность публичной властью и др. А религиозные постулаты воспринимаются в качестве заповедей высшей божественной справедливости.

Механизм действия этих несовпадающих по характеру норм включает разные инструменты. Правовые регуляторы в том или ином виде исходят от человека (точнее — фиксируют определенную форму отношений между людьми) и ориентированы на критерии юстициальности, а религиозные выступают в глазах верующих в качестве божественных велений и в своем действии опираются на внутренние убеждения, совесть и богобоязненность.

Юридические правила, с одной стороны, и основанные на вере предписания, с другой, по-разному воспринимаются сознанием и имеют различных адресатов: правовые нормы обращены к субъектам права, а религиозные — к верующим. Поэтому они в своем действии обеспечиваются неодинаковыми способами. Нарушение правовой нормы предполагает земную санкцию, применяемую публичной властью. Причем на практике далеко не всякое

правонарушение влечет юридическую ответственность. Отклонение от религиозного правила независимо от того, установлено ли оно земной властью или нет, означает грех. Нераскаявшегося в нем верующего неминуемо ждет божественная кара. Неизбежность потустороннего наказания для грешника совсем не одно и то же, что вероятность подвергнуться санкции для правонарушителя. И дело тут не в тяжести ответственности, а в самом ее характере.

Иными словами, внешнее совпадение словесных формулировок правовой и религиозной норм не должно заслонять глубоких различий между ними. Этот момент приобретает ключевое значение при понимании исламского права, к которому никакие нормативные предписания шариата сами по себе не относятся именно в силу их религиозного характера. Однако при определенных условиях они становятся основой, источником выводов фикха, отвечающих правовым требованиям.

Роль фикха-доктрины в переводе шариатских положений на юридический язык проявляется в нескольких формах в зависимости от характера данных религиозных постулатов. Выделяются три их основные разновидности. Одна группа включает самые общие наставления, принципиальные ориентиры шариата, которым должен следовать человек безотносительно области своего поведения. Другая также представлена общими правилами Корана и Сунны, которые касаются определенной сферы человеческих отношений, но допускают различное понимание и толкование. Наконец, имеются вполне конкретные предписания по отдельным сторонам внешнего поведения личностей. По мирским вопросам в шариате таких точных норм совсем немного, в то время как заметно преобладают многозначные правила и общие ориентиры.

Говоря о правилах шариата, важно иметь в виду, что фикх не просто включил их в свой арсенал, а дополнил многими необходимыми деталями и условиями, истолковал их нормативный смысл, дал определение содержащихся в них терминов. Тем самым, не потеряв значения религиозных заповедей, эти предписания шариата явились основой, источником норм иного свойства. Доктрина смогла осмыслить заметную их часть в правовом ключе. Конечно, отнюдь не все положения Корана и Сунны, касающиеся поведения человека, пройдя через горнило фикха-доктрины, превратились в правовые нормы. Но многие из них приобрели юридический характер и стали относительно независимыми от религиозной основы.

Крупный мусульманский правовед Абдель Ваххаб Халлаф в известной статье, посвященной отражению в шариате интересов человека, приводит показательный пример творческого отношения фикха к осмыслению шариатских предписаний. Он напоминает, что Коран устанавливает обязанность по содержанию кормящих матерей следующим образом: «Отцу же надлежит

обеспечивать мать пропитанием и одеждой все это время по доброй воле» (2:233)⁸. Буквальная формулировка данного положения в прямой форме предусматривает норму, в соответствии с которой содержание кормящей матери возлагается на отца ребенка. Одновременно взятое в таком же прямом значении данное положение косвенно указывает на другую норму, согласно которой содержание детей — долг отца и никого иного. Вместе с тем, это же кораническое предписание по своему общему прямому смыслу предполагает еще одну норму, возлагающую на отца ребенка также и расходы, связанные с лечением матери, ибо в этих услугах она нуждается не меньше, нежели в пище и одежде. Дело в том, что смысл возложения на отца указанной в Коране обязанности состоит в удовлетворении именно тех потребностей, в которых мать ребенка для выполнения своих функций в отношении ребенка нуждается в первую очередь. Поэтому кораническое предписание следует толковать расширительно, не ограничиваться его буквальной формулировкой, а принимать во внимание преследуемую им цель — обеспечение матери всем необходимым⁹.

В подобном осмыслении фикхом предписаний Корана и проявляется его роль в формулировании относительно самостоятельных норм, которые, по существу, далеко отходят от своей религиозной основы. Кстати, этот момент четко прослеживается в исламской концепции источников («указателей») фикха. Она считает конкретные положения Корана не самими правилами поведения человека, а лишь их источниками, из которых фикх «извлекает» соответствующие нормы.

Что касается общих многозначных шариатских предписаний, то в сравнении с конкретными постулатами фикх-доктрина еще свободнее толкует их нормативное содержание, вкладывает в них широкий смысл и, как правило, абстрагируется от религиозного контекста. В фикхе эти положения получают статус норм и принципов, самостоятельных по отношению к своему религиозному источнику. Причем значительная часть таких правил по своему смысловому содержанию отвечает правовым требованиям. Это же можно сказать и о тех постулатах Корана и Сунны, которые имеют вид самых широких ориентиров и нередко осмысливаются фикхом в правовом ключе.

Таким образом, роль фикха не сводится к воспроизведению предписаний шариата. Многие сформулированные фикхом-доктриной нормы приобретают относительную независимость от шариата, который является всего лишь их источником. Получается, что религиозный феномен дает жизнь правовым нормам. В этом смысле задача правовой науки заключается в

⁸ Здесь и далее Коран цитируется по изданию: Коран. Пер. с араб. и комментарий М.-Н.О. Османова. СПб., 2010. Первая цифра в скобках означает номер главы (суры), вторая — стиха (аята).

⁹ См.: Халлаф А. В. Источники исламского шариата и отражение в праве интересов человека // Маджаллат аль-Канун ва-ль-Иктисад. 1945. № 4–5. С. 255–256 (на араб. яз.).

установлении форм и механизмов, наделяющих правила фикха, которые теоретически считаются «извлеченными» из шариата (а значит, из религии), юридическими свойствами.

Конечно, фикх в целом всегда был и остается крайне тесно связанным с шариатом. Однако степень такой зависимости неодинакова и определяется характером положений последнего. Так, рамки свободы фикха оказываются наиболее узкими, когда речь идет о толковании точных и не допускающих различного понимания предписаний Корана и хадисов. В этом проявляется прямая зависимость норм фикха от религии ислама. Но это не означает, что даже указанные предписания не могут приобретать правового характера. В еще большей степени это относится к иным шариатским положениям.

Не менее, а, возможно даже более важным для установления природы исламского права является тот факт, что при отсутствии в шариате предписания по какому-либо вопросу, фикх прибегает к рациональным способам — так называемым указателям — формулирования нужного правила, к которым относится, например, аналогия (кьяс). Значение таких методов для формирования исламского права трудно переоценить в силу того, что сам шариат содержит крайне мало предписаний по мирским аспектам поведения человека. Следовательно, большинство касающихся их выводов фикх устанавливает рациональным путем. Поэтому они еще заметнее дистанцируются от религиозных предписаний шариата.

Характеризуя данную часть норм фикха, необходимо иметь в виду, что при решении мирских вопросов она следует презумпции дозволенности¹⁰, исходя из принципа «исходным началом в отношении земных дел является разрешение». Причем подход к оценке поступков человека в мирской области кардинально отличается от специфики регулирования его поведения в религиозной сфере, при исполнении им культовых обрядов.

Рассуждая на эту тему, крупнейший современный мусульманский правовед Юсуф аль-Карадави в одной из своих ранних работ подчеркивает, что исходным закрепляемым исламом принципом в отношении мирских благ и поведения человека выступает дозволение. К запрещенным поступкам относятся лишь те, что прямо предусмотрены достоверным и однозначно понимаемым текстом Корана и Сунны Пророка. Исламская традиция объясняет такую презумпцию тем, что изначально Аллах сотворил землю и в принципе предоставил все в распоряжение человека, установив только некоторые ограничения на приобщение его к отдельным объектам и благам. Таких запретов в мирской области крайне мало. Причем, если что-либо в шариате не отнесено к запрещенным Аллахом или прямо одобренным им поступкам, то оно считается дозволенным. В подтверждение этой мысли

¹⁰ См.: Ат-Туванджи А. Институт дозволения в исламском шариате. Триполи, 1993 (на араб. яз.).

ученый приводит слова Пророка Мухаммада: «Разрешенным является то, что Аллах дозволил в своей Книге, а запрещенным — то, что Он запретил; что же касается того, о чем Он умолчал, то в нем вы свободны». Иначе говоря, мусульманину достаточно знать круг запрещенных поступков, а все остальное ему разрешено. В этом смысле мирская сфера поведения человека отличается от собственно религиозных культовых действий, в отношении которых ислам установил противоположный принцип — дозволенность совершать только то, что прямо предписано божественным откровением¹¹.

Говоря словами мусульманских специалистов по фикху, если в религиозной сфере действует принцип «иттиба́» — строго следования тому, что предписано шариатом, — то по мирским вопросам надлежит следовать принципу «ибтида́» — творческого поиска решений. Если к этому добавить широко используемую фикхом концепцию интересов человека, обеспечение которых считается целью шариатских норм, то не приходится удивляться тому, что многие его решения ориентируются на потребности практики, отражают опыт межчеловеческих отношений.

Данную идею в середине прошлого века очень емко изложил Абдель Ваххаб Халлаф: «По вопросам, относительно которых в тексте Корана или Сунны имеются соответствующие точные правила, следует применять именно эти нормы. Причем они вовсе не отличаются замкнутостью, неподвижностью или отстраненностью от интересов человека. Что же касается ситуаций, по которым текст Корана или Сунны не содержит конкретных предписаний, но крупнейшие знатоки исламского шариата единогласно сформулировали определенные решения, то они и должны признаваться в качестве шариатских. Если же по какому-либо вопросу нет ни нормы в тексте Корана или Сунны, ни единодушного мнения мусульманских правоведов, то нужное правило формулируется с помощью «кья́са»¹² на основе сравнения данного вопроса с конкретным положением Корана или Сунны, либо путем обращения к исходным началам исламского шариата и его общим ориентирам. Когда использование «кья́са» или указанных принципов не отвечает интересам человека и влечет причинение ему вреда и тяготы, то следует отказаться от правила, основанного на данном шариатском источнике, и предпочесть ему иную норму или пойти на исключение из общего правила в соответствии с требованиями «истихса́на»¹³. Это и будет отвечать интересам людей.

¹¹ См.: Аль-Карадави Ю. Разрешенное и запрещенное в исламе. Бейрут-Дамаск, 1967. С. 19–22 (на араб. яз.).

¹² Кья́с (букв. «сравнение», «соизмерение») — аналогия, являющаяся одним из рациональных источников («указателей») фикха.

¹³ Истихсан (букв. «одобрение») — один из рациональных источников («указателей») фикха, предусматривающий выбор предпочтительного правила из нескольких, сформулированных по аналогии, или приоритет частной нормы перед предписанием общего характера.

По вопросам, о которых нет ни нормы в тексте Корана или Сунны, ни единогласного решения крупнейших мусульманских правоведов, нет возможности применить «кыяс» или обратиться к общим ориентирам исламского шариата, следует формулировать правовые нормы на основе «исключенных интересов»¹⁴. Но при условии, что, во-первых, речь идет об общих (а не частных), о реальных (а не воображаемых) интересах, и, во-вторых, предлагаемая норма не противоречит ни точным положениям исламского шариата, ни его общим началам. Наконец, при отсутствии нормы в тексте Корана или Сунны, единого мнения мусульманских правоведов, невозможности использовать «кыяс», «истихсан» или «исключенные интересы» в качестве шариатских источников, решение следует строить на основе презумпции дозволенности, исходя из принципа «исходным предположением в отношении вещей и действий является дозволение», что подтверждается словами Всевышнего: «Он — тот, кто сотворил для вас все, что на земле»¹⁵.

Такая методология в принципе открывает путь к формулированию фикхом-доктриной выводов, которые потенциально могут иметь правовой характер. На практике в русле этой логики на протяжении столетий в фикхе постепенно сложились концепции и подходы, отражающие правовые начала. В частности, доктрина стала исходить из того, что по большинству мирских вопросов поведение человека может оцениваться с двух позиций — религиозной и чисто юридической. На языке фикха эта идея формулируется как различие нормы, основанной на религиозных критериях (хукм ад-дийана), и правила, применяемого судом (хукм ал-када).

Кроме того, фикх-доктрина делает вывод, что правила культа, касающиеся исполнения мусульманами религиозных обязанностей, отличаются по принципу действия от норм поведения в мирской сфере отношений между людьми. Если религиозные правила обращены персонально к мусульманам, то мирские нормы реализуются преимущественно по территориальному принципу (исключения, да и то с серьезными изъятиями, касаются главным образом брачно-семейных отношений).

Разумеется, отнюдь не все выводы фикха могут быть отнесены к правовым. Формирование в его лоне юридических подходов происходило спонтанно. Мусульманские ученые, разрабатывавшие эти вопросы, ориентировались на выработанные самим фикхом правила, а не на правовые критерии. Тем не менее, многие их выводы практически шли в русле юридической логики. При этом наблюдается красноречивая закономерность: чем сильнее зависел фикх от конкретных предписаний шариата, тем дальше его выводы

¹⁴ «Исключенные интересы» (араб. «аль-масалих аль-мурсала») — один из рациональных источников («указателей») фикха, который допускает введение нормы, не противоречащей точным предписаниям шариата, отвечающей интересам людей и целям шариата.

¹⁵ Халлаф А. Указ. соч. С. 271–272.

отстояли от права. Поэтому, например, точные положения Корана и Сунны относительно семейных отношений или преступлений и наказаний очень часто не соответствуют современным правовым понятиям. И наоборот: чем менее фикх связан точными и однозначно трактуемыми шариатскими заповедями, тем заметнее он приближается к праву. Это, в частности, характерно для регулирования собственности, обязательств и порядка разрешения споров.

Таким образом, пусть и не всегда последовательно, фикх вырабатывал инструментарий, помогавший ему накапливать юридический потенциал. Причем историческая тенденция состояла во все более последовательном выделении в общем арсенале фикха его юридической составляющей — исламского права. Необходимо подчеркнуть, что этот процесс затрагивал не все области фикха, а, главным образом, только его нормы по мирским вопросам, ориентирующиеся на презумпцию дозволенности. Сугубо религиозные правила в целом не охватывались данной тенденцией (пожалуй, единственным исключением был институт закъята, касающийся обязанности состоятельных мусульман делиться частью своего имущества с теми, кто нуждается).

Разработка общих принципов фикха — знаковый момент в формировании исламского права

Трудно точно определить, какую долю в общем арсенале фикха составляют его нормы, соответствующие юридическим параметрам по своему содержанию. Но если бы проблема сводилась лишь к конкретным нормам фикха по мирским аспектам поведения человека, пусть и многочисленным, то вряд ли их можно называть исламским правом в точном смысле. Наверное, в этом случае уместнее было бы говорить о формировании только предпосылок, зачатков права. Однако фикх не ограничился выработкой отдельных частных правил правовой направленности, а сумел сформулировать развернутую систему общих принципов, которые и являются основным аргументом в пользу существования исламского права как юридического явления в точном смысле.

Разработка указанных принципов объяснялась характером фикха-доктрины, которая в течение веков предпочитала давать ответы на конкретные, частные вопросы. Кроме того, фикху всегда были присущи расхождения в позициях его нескольких школ. Одновременно плюрализм мнений сторонников данных школ и различия во взглядах последователей каждой из них между собой следует оценивать с учетом еще одной особенности фикха. В разные исторические эпохи и в различных местах мусульманского мира фикх вырабатывал не совпадающие между собой решения по одинаковым

ситуациям. Однако при этом ранее сформулированные нормы не отменялись выводами, обоснованными позднее.

В итоге с течением столетий фикх превратился в собрание огромного множества не совпадающих между собой решений, противоречивость которых усиливалась накоплением исторических слоев таких выводов по частным вопросам. В этой ситуации возникла необходимость выработки методологии и инструментария, которые бы служили ориентирами для поиска и выбора нужного решения из множества мнений, предлагавшихся различными школами фикха. Эту задачу и решали общие принципы фикха.

Исламская традиция исходит из того, что ханафитская школа фикха раньше других начала их разработку. Считается, что еще в конце III в. х.¹⁶ Абу Тахир ад-Даббас (годы жизни и смерти неизвестны) первым собрал 17 принципов, уже сформировавшихся к тому времени в лоне указанного толка. Затем Абу аль-Хасан аль-Кархи (260–340 г. х.) пополнил этот перечень, доведя его почти до четырех десятков. Через столетие Абу Зайд ад-Даббуси (ум. в 430 г. х.), автор первого в истории фикха исследования, посвященного сравнению выводов ханафитских авторов, подверг анализу 86 принципов. Спустя еще век Наджм ад-Дин Умар аль-Кархи (ум. в 537 г. х.) упоминал уже 99 таких основ фикха.

В дальнейшем формулирование общих принципов фикха продолжалось в лоне не только ханафитской, но и других школ. В частности, труд «Аль-Кава'ид» («Принципы») ханбалитского правоведа Ибн Раджаба (ум. в 795 г. х.) до сих пор считается одним из самых авторитетных по данной теме. Не меньшей популярностью пользуется произведение «Аль-Ашбах ва-н-Назаир» («Сходства и аналоги») шафиитского автора Джалал ад-Дина ас-Суйути (ум. в 911 г. х.). Он обосновал выделение из множества принципов фикха пяти основных: «дела и поступки оцениваются по преследуемым ими целям», «достоверное не устраняется сомнением», «затруднение влечет облегчение», «вред не устраняется причинением иного вреда» и «обычай имеет характер нормы».

Что же касается ханафитского толка, то самым известным трактатом по принципам фикха вплоть до сегодняшнего дня является «Аль-Ашбах ва-н-Назаир» («Сходства и аналоги») Ибн Нуджайма (ум. в 970 г. х.). В нем выделяются шесть основных принципов фикха: к тем, которые отобрал ас-Суйути, добавлен еще один — «воздаяние за доброе дело наступает только при намерении его совершить»¹⁷.

¹⁶ В.х. (г.х.) — век (год) «хиджры» (переселения) по исламскому летоисчислению, которое берет начало с момента переселения Пророка Мухаммада вместе с единоверцами из Мекки в Медину в 622 г.

¹⁷ Об истории разработки общих принципов фикха см., напр.: Ас-Сабун А. Введение в изучение исламского шариата. Ч.1. Источники права и общие принципы. Дамаск, 1981–1982. С. 262–270

Современная исламская мысль предлагает различные классификации общих принципов фикха. Наиболее удачным в правовом отношении является выделение нескольких тематических групп таких предписаний, стержнем которых выступают ключевые самостоятельные принципы¹⁸. При этом каждая из них кроме своего центрального звена включает дополняющие и конкретизирующие его принципы. Приведем некоторые из таких групп.

Общие принципы фикха — правовое осмысление нормативной стороны шариата

Важная роль принадлежит принципам фикха, касающимся форм выражения субъектом своей воли, ее толкования и реализации. Они связывают оценку поведения человека с мотивацией его действий. Ведущим в этом отношении выступает принцип «дела и поступки оцениваются по преследуемым ими целям». Мусульманские правоведы единодушны в том, что в основе этого предписания лежит знаменитое высказывание Пророка Мухаммада: «Воистину, дела оцениваются по намерениям и каждому человеку — то, что он замыслил». При этом обращает на себя внимание одна важная деталь: сформулированный фикхом принцип не воспроизводит буквально пророческие слова, заменяя упоминание намерения указанием на цели, которые человек преследует в своем поведении.

Разъясняя такое несовпадение, мусульманские юристы подчеркивают, что изречение Пророка прежде всего имеет религиозный смысл и обращено к верующему. Для действительности исполнения им своих культовых обязанностей важно само намерение совершить определенные действия. Напомним, что ас-Суйути специально выделял принцип, в соответствии с которым божественное воздаяние за добро наступает лишь при намерении человека его сделать.

Что касается судебной оценки поведения человека, то она базируется не только на учете внутреннего намерения, а именно той цели, которую преследует человек и которая может быть установлена по некоторым внешним признакам. Поэтому принцип фикха, ориентированный на оценку внешнего поведения людей, говорит не о намерении, а о цели. Тем самым религиозный по сути постулат получает новое осмысление и приобретает правовой смысл¹⁹.

(на араб. яз.); Ан-Надви А. Принципы фикха: понятие, возникновение, развитие, источники, произведения, значение и применение. Дамаск, 1998. С. 87–158 (на араб. яз.).

¹⁸ См.: Аль-Курди Ахмад аль-Хаджжи. Введение в фикх. Общие принципы и шариатское обеспечение. Дамаск, 1986–1987. С. 21–135 (на араб. яз.).

¹⁹ См.: Субхи М. Философия права в исламе. Бейрут, 1952. С. 212–216 (на араб. яз.).

Фикх четко отличает религиозный взгляд на поведение человека от оценки его судом. В частности, говоря о сакральном аспекте, мусульманские правоведы ссылаются на высказывание Пророка Мухаммада: «Воистину, я всего лишь человек, а вы пришли ко мне за разрешением вашей тяжбы. Возможно, один из вас окажется красноречивее другого в представлении своих аргументов, и я сочту, что именно он говорит правду. Но если на этом основании я присужу ему право, принадлежащее другому, то оно будет сродни языку пламени адского огня. И пусть получивший чужое возьмет его или оставит».

Подобный подход контрастирует с тем, как на внешнее поведение человека смотрит суд. В соответствии с выводами фикха намерения, лежащие в основе того или иного поступка, должны приниматься во внимание лишь при условии их внешнего подтверждения, поскольку шариатский суд в своих решениях исходит исключительно из внешней стороны рассматриваемого дела. Напомним в связи с этим исламскую максиму, приписываемую халифу Осману: «Я сужу по внешней стороне дела, ибо только Аллах ведает его скрытый смысл».

Различение религиозного и правового выразительно звучит также в высказывании халифа Омара ибн аль-Хаттаба: «Во времена Посланника Аллаха люди держали ответ за свои дела по Откровению Всевышнего Аллаха. Но ниспослание Откровения прекратилось, и посему теперь мы спрашиваем вас только по поступкам, которые для нас являются очевидными, а не по скрытому смыслу ваших деяний». Эту идею в законченном виде закрепляет принцип фикха «признаком, свидетельствующим о чем-либо скрытом, выступает нечто, проявляющееся вовне».

К таким правилам тесно примыкают принципы фикха, посвященные толкованию воли человека и ее реализации. Пожалуй, ключевыми среди них являются два — «принятие во внимание высказывания предпочтительнее его игнорирования» и «презумпцией является принятие высказывания в буквальном значении». Подчеркнем, что фикх исходит из того, что выраженная в любой форме воля человека изначально толкуется в буквальном смысле. Здесь проявляется доведенный до логического конца формальный подход: если, например, лицо дало обет никогда не входить в определенный дом, а затем въехало туда верхом на лошади, то фикх не считает его нарушившим взятое обязательство. Причем различные внешние формы выражения воли имеют одинаковую силу, что подтверждается принципом «письменное волеизъявление равносильно тому, что высказано устно».

Вместе с тем стремление в максимальной степени реализовать выраженную волю отражается в ином принципе — «если принятие высказывания в буквальном значении невозможно, то оно принимается в иносказательном смысле». Например, если в завещании в качестве наследников указываются

дети, которых на момент смерти лица нет, то его воля толкуется в пользу внуков, поскольку в иносказательном смысле их также принято называть детьми. И только когда воля не может быть реализована ни в одном из значений, она не учитывается в соответствии с принципом «если принятие высказывания в буквальном или иносказательном смысле невозможно, то оно оставляется без внимания».

Чисто юридическое мышление пронизывает также принцип «то, что невозможно в обычных условиях, равносильно тому, что является невозможным в действительности». Современные мусульманские правоведы поясняют такую норму разными примерами. Так, если достоверно установлено, что за три часа до совершения преступления в Персидском заливе лицо находилось в России, то оно не считается его исполнителем, даже несмотря на гипотетическую возможность преодоления такого расстояния по космической орбите в течение указанного срока. Данный вывод основан на том, что такое в принципе вероятно, но в обычных условиях невозможно. Несомненно, такая оценка соотношения теоретической и реальной возможностей никак не связана с религиозными заповедями, а опирается на формальную правовую логику.

В этом же русле идет своеобразный принцип, различающий устную информацию о качествах того, что доступно для прямого контакта, от заочного представления: «Словесное описание характеристик наличного при возможности непосредственного ознакомления с ним не имеет значения, а отсутствующего — принимается во внимание». К примеру, если покупатель, имея возможность ознакомиться с товаром, согласился его приобрести независимо от описания его характеристик продавцом, то от такой сделки нельзя отказаться со ссылкой на то, что он желал купить вещь с иными качествами. В частности, лицо, купившее после осмотра автомобиль красного цвета, не вправе требовать расторжения сделки на том основании, что продавец в момент заключения договора называл данную машину зеленой. Вместе с тем, если продавец обязался передать именно зеленый автомобиль, то покупатель, который во время совершения сделки не мог непосредственно его осмотреть и получил товар иного цвета, может расторгнуть сделку из-за несоблюдения согласованного условия.

Особое место в ряду общих принципов фикха занимают те, которые нацелены на исключение вреда и касаются толкования коллизии интересов. Среди них выделяется центральное предписание — «не допускается ни причинения вреда, ни нанесения ущерба в ответ на причиненный вред». Крайне важно принимать во внимание, что данная норма является редким примером закрепления в общих принципах фикха высказывания Пророка Мухаммада. Правда, приведенный выше принцип воспроизводит только начало пророческого изречения, которое заканчивается следующими слова-

ми: «Если кто-нибудь причиняет вред другому, то ему самому Аллах ответит вредом; если же кто-либо создаст трудности другому, то Аллах в ответ подвергнет его самого трудностям в день Своего суда».

Очевидно, превращение в принцип фикха пророческого высказывания не полностью, а в таком усеченном виде не является случайным. Снова мы имеем дело с примером того, как фикх наполняет правовым содержанием религиозное шариатское предписание. Для этого и берется только одна его часть, а другая, предусматривающая божественные последствия причинения вреда или затруднений, опускается.

Правовая логика, нацеленная на предупреждение причинения вреда, прослеживается в иных принципах данной группы — «уже причиненный или причиняемый вред подлежит устранению путем исключения его причин или компенсации», «причинение вреда должно предотвращаться по мере возможности». Вместе с тем фикх допускает не любые варианты предупреждения или пресечения вреда, о чем говорит ориентирующий на правовой критерий принцип «вред не устраняется путем причинения вреда другому лицу».

Отдельные принципы дают ответ на вопрос о том, как можно предупредить причинение вреда. Исходным началом мусульманские правоведы считают характерное для шариата стремление не обременять человека излишне жесткими обязательствами. Эта линия четко прослеживается, например, в стихах Корана: «Желает вам Аллах облегчения, а не затруднения» (2:185), «Он избрал вас и не наложил на вас в исполнении обрядов религии никакого затруднения» (22:78). Они ссылаются также на высказывание Пророка Мухаммада: «Если я вам запретил что-либо, то сторонитесь его; если я приказал вам что-либо, то делайте из него что можете». Приводятся и слова его жены Аиши, которая говорила об отношении Посланника Аллаха к своим единоверцам: «Если он им и велел что-либо, то наставлял совершать только такие дела, которые были им по силе».

Указанные предписания религиозного характера легли в основу принципов фикха «затруднение, препятствующее исполнению обязательства или соблюдению условия, влечет облегчение» и «если обстоятельства оказались затруднительными для точного следования норме, то проявляется снисхождение, допускающее отход от установленного правила». Вновь бросается в глаза заметная разница между религиозной заповедью и ее осмыслением фикхом в виде нормы, которая может восприниматься в правовом ключе.

Одновременно фикх предусматривает способы уменьшения размера вреда, если его причинения все же не удастся полностью избежать. Этого вопроса касаются несколько общих принципов. К ним относятся следующие: «более существенный вред подлежит исключению путем допущения причинения менее существенного вреда»; «надлежит переносить причинение

частного вреда ради предотвращения вреда общего»; «выбирается менее тяжкое из двух зол»; «при столкновении двух обстоятельств, угрожающих порчей, подлежит предотвращению то из них, которое несет больший вред, за счет допущения причинения меньшего».

Отталкиваясь от приведенных выше шариатских предписаний, рассматриваемых в качестве основы общих принципов относительно вреда, фикх обосновал концепцию злоупотребления правом и причинения вреда как основания ответственности. Речь идет о характерном примере трансформации религиозно-нравственных предписаний шариата в правовые конструкции. В качестве примера современной практики, идущей в данном направлении, приведем опыт Кувейта, где Комиссия по претворению шариата при Эмире уже разработала поправки к Гражданскому кодексу, которые в качестве основания материальной ответственности рассматривают не вину лица, а сам факт причинения им вреда.

Характерное для шариата стремление избежать любых потерь или ущерба как приоритетная ценность в сравнении с получением выгоды пронизывает принципы фикха относительно коллизии норм, устанавливающих запреты и дозволения в соответствии с шариатскими предписаниями. К ним, в частности, относится известный принцип «предотвращение порчи предпочтительнее приобретения выгоды». Кстати, именно с учетом данного принципа фикх резко ограничивает любые рискованные договоры, негативно относится к азартным играм и лотереям, а также предлагает альтернативу институту традиционного страхования.

Заметное место среди принципов фикха занимают правила выбора между взаимоисключающими нормами. Общий подход установлен принципами «при коллизии запрещающей и обязывающей норм следует соблюдать запрет» и «при коллизии запрета и дозволения следует соблюдать запрет». Однако такое решение не является абсолютным и подходящим к любому случаю. Бывают ситуации, когда оно не действует в силу необходимости, концепция которой детально разработана фикхом. Об этом говорит его принцип «необходимость дозволяет то, что запрещено».

Речь идет о том, что, необходимость предполагает обеспечение некоторых интересов, называемых целями шариата. К ним относятся сохранение религии, жизни, разума, чести и имущества. Ради защиты и обеспечения данных ценностей фикх в определенных случаях допускает совершение поступков, отнесенных шариатом к числу запрещенных. При этом указанные цели шариата рассматриваются как расположенные в иерархическом порядке — высшей ценностью признается религия, а низшей — имущество. Заботясь о сохранении высшей из названных ценностей, фикх позволяет пренебречь той, что стоит ниже. Например, несмотря на запрет посягать на имущественные права без правового основания, для сохранения жизни че-

ловека можно пожертвовать имуществом — например, расстаться с лишним грузом, чтобы поддержать плавучесть тонущего судна и тем самым спасти жизнь пассажиров.

Вместе с тем, ориентируясь на правовые критерии, фикх устанавливает точные границы необходимости, позволяющей совершить запрещенные действия. Этому служит принцип «необходимость, позволяющая то, что запрещено, определяется своей мерой, не выходящей за пределы исключения риска и удовлетворения конкретного интереса». Так, в описанной выше ситуации допускается пожертвовать грузом только в размере, достаточном для спасения людей. Одновременно следует учитывать принцип «то, что допускается по конкретному основанию, становится неправомерным с его прекращением». В данном примере это означает: если угроза кораблекрушения миновала, теряет силу правовое основание, допускающее уничтожение груза ради сохранения судна на плаву.

При оценке пределов, в которых разрешается совершить запрещенное действие, важно учитывать права и интересы других лиц. В обоснование такого подхода фикх ссылается на высказывание Пророка Мухаммада: «Ваша кровь и ваше имущество являются для вас запрещенными». Оценивая эту идею с учетом принципа фикха, допускающего нарушение запрета в состоянии необходимости, важно отличать правомерное лишение права (например, в качестве санкции) от вынужденного его нарушения. Этот момент прямо предусматривает принцип «то, что совершено в состоянии вынужденной необходимости, не отменяет прав других лиц, которые при этом могут быть нарушены». В частности, лицо, которое ради сохранения собственной жизни или здоровья было вынуждено нарушить имущественные права другого лица, обязано компенсировать причиненный материальный ущерб. Такой принцип является правовым осмыслением самого общего исходного религиозного предписания.

К правилам, толкующим последствия вынужденного нарушения права в состоянии необходимости, примыкают общие принципы фикха о материальной ответственности за повреждение или уничтожение имущества, а также несении расходов на его содержание, составляющих суть исламского правового института «дамán» (буквально — гарантия, обеспечение). Пожалуй, центральным среди них является принцип, который текстуально воспроизводит слова Пророка Мухаммада: «Получение дохода или пользы обусловлено даманом».

Фикх понимает этот шариатский постулат в правовом смысле как обязанность лица, извлекающего материальную выгоду из имущества, нести потери в связи с его повреждением или уничтожением вместе с расходами на его содержание. Аналогичное правило устанавливают принципы «кто несет ущерб в связи с использованием имущества, тот получает и выгоду, приносимую данным имуществом» и «доходы, получаемые от использования иму-

щества, — против расходов, понесенных в связи с использованием данного имущества, а расходы — против доходов, приносимых данным имуществом».

Например, если лицо арендовало помещение за определенную плату, то ущерб от его повреждения несет арендодатель, который получает указанный доход. Но если арендатор использует помещение в форме, не предусмотренной договором, и извлекает из этого материальную выгоду без специальной платы собственнику, то на него ложится и ответственность за причиненный имуществу ущерб. Это прямо предусмотрено принципом «даман и оплата не сочетаются».

Ряд принципов фикха посвящен распределению ответственности за причинение материального ущерба. В частности, установлено, что, если вред возник в результате совместных действий как лица, чье поведение послужило непосредственной его причиной, так и лица, содействовавшего этому, ответственность за возмещение причиненного ущерба несет первое из них двоих. При этом принимаются во внимание принципы «лицо, непосредственно причинившее своими действиями вред другим лицам, несет ответственность за его возмещение, даже если оно действовало неумышленно» и «лицо, содействовавшее причинению вреда другим лицам, несет ответственность за его возмещение только в том случае, если оно действовало умышленно».

Нетрудно заметить, насколько далеко в формулировании этих принципов фикх отошел от изначального высказывания Пророка Мухаммада о неразрывной связи бремени расходов и получения выгоды. Но и тогда, когда фикх не так свободно толкует шариатскую норму, он осмысливает ее в ином, нередко правовом, ключе.

Показательным примером является принцип «действие животного, совершенное им самим без упущения со стороны его владельца и причинившее вред, не влечет ответственности его владельца», дословно воспроизводящий изречение Пророка Мухаммада. Фикх, конкретизируя данное предписание шариата, толкует его как освобождение собственника от ответственности за материальный ущерб или вред здоровью, причиненный принадлежащим ему животным. Но это касается лишь случая, когда рядом с животным нет хозяина. Естественно, собственник, у которого животное находится под контролем (буквально «под рукой»), указанную ответственность несет. Если же собственник не находится рядом со своим животным, то он отвечает за причиненный им вред только если это произошло ночью (очевидно, потому что был обязан заранее еще до наступления темноты принять все меры для исключения причинения ущерба своим животным).

Важная группа принципов обосновывает известную концепцию фикха, касающуюся обстоятельств, которые влияют на изменение ранее зафиксированной правовой оценки. Центральная роль среди них принадлежит принципу «то, что является достоверным, не устраняется сомнением», ко-

торый мусульманские правоведы в своих классических трудах²⁰ неизменно включают в число краеугольных основ фикха. Шариатским источником данной нормы считается положение Корана: «Но не могут заменить догадки Истину» (10:36).

Указанный принцип означает, что оценка или статус чего-либо, которые в определенный момент в прошлом были установлены в качестве достоверных фактов, сохраняются неизменными вопреки сомнениям. Эта идея в развернутой форме закрепляется иными принципами фикха — «то, что утвердилось в качестве достоверного в прошлом, остается в правовом отношении неизменным до тех пор, пока нет доказательства противного», «исходным предположением в отношении отклоняющихся от общего правила случайностей является их отсутствие», «исходным предположением является отнесение события или совершения действия к ближайшему до его наступления времени в прошлом».

Аналогичной логикой пропитан принцип «исходным предположением является необременение имущественного статуса лица». Он обосновывает презумпцию отсутствия у лица имущественных обязательств, которая, как будет показано, характерна для разработанной фикхом концепции судебного доказывания ответственности.

Имущественным правам посвящена самостоятельная группа принципов фикха, которые касаются осуществления полномочий, затрагивающих интересы других лиц. Прежде всего они устанавливают общие исходные критерии, которые должны соблюдаться при распоряжении чужими правами и интересами. В частности, об этом говорит принцип «распоряжение делами зависимых или подчиненных лиц должно преследовать их интересы». Мусульманские правоведы поясняют, что это требование обращено как к властям при принятии ими решений, касающихся интересов всех граждан, так и, например, к опекуну, который может распоряжаться правами находящегося под его опекой лица только в его интересах²¹.

При коллизии полномочий по распоряжению указанными правами применяется общий принцип фикха «специальная компетенция, касающаяся имущественных или личных прав других лиц, имеет преимущество перед общей компетенцией». Например, шариатский судья обладает общей компетенцией по защите прав малолетнего лица. Но если у последнего есть опекун из числа его родственников, то он обладает преимущественным правом перед судьей, поскольку наделен специальными полномочиями опекуна.

При таком общем понимании полномочий отдельные принципы данной группы касаются частных случаев распоряжения имущественными права-

²⁰ См., напр.: Ас-Суйути Дж. Сходства и аналогии. Бейрут, 1987. С. 122–132 (на араб. яз.); Ибн Нуджайм. Сходства и аналогии. Дамаск, 1983. С. 60–83 (на араб. яз.).

²¹ См., напр.: Аль-Курди А. Указ. соч. С. 86–92.

ми, принадлежащими другим лицам. К ним можно отнести принципы «приказ о распоряжении собственностью другого лица недействителен», «никто не вправе распоряжаться собственностью другого лица без его разрешения» и «никто не может присваивать имущество другого лица без правового основания». Вряд ли можно сомневаться, что перед нами разработанные фикхом вполне правовые конструкции. Хотя они и рассматриваются исламской мыслью как «извлеченные» из предписаний шариата, в частности, из уже упомянутого изречения Пророка Мухаммада: «Ваша кровь и ваше имущество являются для вас запрещенными».

Обращают на себя внимание также общие принципы фикха, которые касаются обязательств и имущественных прав и отличаются правовой логикой. В качестве примера приведем не требующие пояснения принципы «безвозмездное одностороннее распоряжение имуществом приобретает силу только с его овладением тем лицом, в пользу которого оно сделано» и «при невозможности исполнения обязательства в исходном виде предоставляется эквивалент». Относительно трактовки включаемых в договор условий отметим также вполне очевидные принципы «соблюдение условия сделки обязательно, поскольку это возможно» и «то, что поставлено в зависимость от условия, вступает в силу с наступлением данного условия».

Значительная по количеству и крайне важная в правовом отношении часть общих принципов фикха касается концепции судебного доказывания. Их общим источником считаются шариатские постулаты, которые фикх толкует как установление исходных начал бремени доказывания и индивидуализации наказания. Так, относительно доказательства приводится знаменитое высказывание Пророка Мухаммада: «Если бы людям давалось по их претензиям, то они стали бы посягать на жизнь других людей и их имущество, но истец должен привести доказательство, а ответчику надлежит дать клятву». Кроме того, возложение ответственности лично на каждого человека фикх усматривает в предписании Корана: «И не понесет никто ноши грехов другого. И если воззовет о помощи душа, грехами обремененная, никто не возьмет на себя хоть что-то из ноши ее, будь он даже близким ее» (35:18).

С учетом этих положений шариата фикх сформулировал ключевой принцип «доказательство лежит на истце, а клятва — на том, кто отрицает правомерность иска». При этом проводится существенное различие между фактами, которые должны доказать истец и ответчик: «Любое доказательство кроме клятвы приводится для обоснования противоположного тому, что имеется, а клятва приносится для подтверждения сохранения имеющегося в неизменном состоянии».

Относительно видов доказательств действует принцип «то, что установлено на основе иных доказательств, равносильно тому, что установлено свидетельствами очевидцев». Однако между отдельными видами доказательств

имеется заметное различие, о котором говорит принцип «любое доказательство кроме признания — аргумент неограниченного действия по кругу лиц, а признание ограничено признавшимся лицом». Имеется в виду, что признание имеет силу лишь для самого признавшегося лица. Эту позицию в четкой форме отражает принцип «лицо подвергается наказанию на основании собственного признания». В то же время принятие иных доказательств не зависит от такого условия.

В своих принципах фикх трактует противоречия между доказательствами, а также ситуацию, когда уже после вынесения судебного решения стали известны доказательства, опровергающие те, на основе которых это решение было принято. По данному вопросу применяется принцип «противоречие в свидетельских показаниях препятствует их принятию в качестве доказательства и основания судебного решения, но на уже вынесенное судебное решение выявленные впоследствии противоречия в свидетельских показаниях, а также признание в даче ложных показаний или отказ от показания не влияют».

В связи с этим отметим принципы фикха, оценивающие сомнения при оценке судебных доказательств. В основу подхода к этой проблеме опять-таки положены шариатские предписания. В частности, мусульманские правоведы ссылаются на известное высказывание Пророка Мухаммада: «Дозволенное Аллахом — ясно, и запрещенное Им — ясно, а между ними находится то, что неочевидно, и неизвестно, отнести ли его к дозволенному или к запрещенному. И поэтому тот, кто остерегается неочевидного и избегает его, сохраняет в чистоте свою религию и честь». Одновременно приводятся другие слова Пророка о трактовке сомнений при установлении судебной ответственности: «Исключайте точно установленные наказания при сомнении». Учитывая такие религиозные заповеди, фикх сформулировал принцип «предположение, не имеющее под собой достаточных оснований, не принимается в качестве доказательства».

Анализ принципов фикха, относящихся к доказательствам, снова дает основание говорить о том, что религиозно-этические постулаты шариата стали для фикха исходным пунктом выработки правовых подходов. Интересно, что среди данных принципов есть и такие, которые касаются правил формулирования выводов самим фикхом. Некоторые из них убедительно говорят, что даже в рамках традиционной методологии фикх ориентируется на чисто юридические критерии. В качестве примера приведем принципы: «то, что запрещено принимать, запрещено и предоставлять», «то, что запрещено совершать, запрещено и требовать совершить», «с исчезновением препятствия, исключавшего использование права, восстанавливается то, чему оно мешало», «установленное вопреки аналогии не может быть основой для аналогии по иным случаям». Очевидно, что религиозного смысла эти максимы не несут, а их правовое значение трудно отрицать.

Наряду с ними отдельные принципы данной группы отражают собственную логику фикха, особенности его становления и развития как социально-нормативной системы. Они посвящены едва ли не центральному его институту — иджтихаду. Напомним, что под ним фикх понимает вынесение правил внешнего поведения по вопросам, по которым шариат не содержит предписаний или предлагает формулировки, требующие дополнительного разъяснения. Прежде всего иджтихад востребован при регулировании мирских отношений, поскольку Коран и Сунна Пророка Мухаммада детально не касаются этой стороны жизни человека.

Центральным здесь является принцип «не допускается иджтихад при наличии предписания в Коране или Сунне». Данное правило определяет соотношение точно установленных в шариате правил с выводами, обоснованными с помощью рациональных инструментов: закрепленное в Коране или Сунне предписание не может быть заменено нормой, сформулированной с помощью иджтихада.

Одновременно отношение фикха к самому иджтихаду закрепляет принцип «обоснованное путем иджтихада решение по конкретному делу не может быть отменено другим решением по аналогичному случаю, также сформулированным путем иджтихада». Именно данный принцип отражает тот факт, что исламскому праву не знаком судебный прецедент, а само оно развивается путем непрерывного пополнения его состава новыми решениями, которые не отменяют ранее сформулированных выводов. Одновременно он поясняет, почему для фикха характерно многообразие школ и плюрализм взглядов по сходным вопросам.

Наконец, обратим внимание на принципы фикха, которые раскрывают его отношение к обычаям. Центральным среди них является принцип «обычай имеет силу как норма». Такая оценка объясняется другим принципом — «применяемое людьми правило является аргументом, которому надлежит следовать».

Однако при обращении к обычаям следует учитывать критерии, которым они должны отвечать. Такие условия установлены принципами «обычай принимается во внимание, если он является непрерывным и преобладающим» и «значение имеет то, что является преобладающим и общераспространенным, а не редко встречающимся».

Характерно, что фикх придает особое значение обычаям делового оборота. Об этом свидетельствуют принципы «получившее признание в качестве обычая равносильно тому, что оговорено в качестве условия договора», «получившее признание в качестве обычая между купцами равносильно тому, что оговорено между ними в качестве условия сделок», «то, что точно определено обычаем, равносильно установленному текстом Корана и Сунны». Такое восприятие обычаев объясняется тем, что исламское право формиро-

валось и развивалось преимущественно как культура городских торговых центров, свод правил, отражавших свободу частных рыночных отношений.

Однако наибольший интерес для понимания характерных особенностей фикха и исламского права как юридического явления имеет принцип «не исключается изменение норм с изменением времени». Формально мусульманские правоведы связывают его с оценкой роли обычаев для иджтихада. Они считают, что по вопросам, не урегулированным шариатом с достаточной полнотой, выводы фикха могут меняться с течением времени. Причем факторами, влияющими на этот процесс, кроме времени являются также место и условия. Такие изменения отражаются в обычаях, которые и принимает во внимание фикх при формулировании своих выводов²².

Развитие фикха определяется не только эволюцией обычаев, но и развитием практики межчеловеческих отношений в мирской сфере их жизни вообще. Например, в современных условиях при разработке выводов фикх учитывает самые различные обстоятельства, включая опыт других стран и иных правовых культур. Зачастую он вынужден решать проблемы, которые никогда раньше не были известны мусульманскому обществу и никак не связаны с какими-либо обычаями. Однако и в этом случае поиск новых правил теоретически обосновывается ссылкой на указанный принцип, который тем самым открывает возможность постоянного обновления выводов фикха, а значит — исламского права.

Общие принципы фикха — неизменная основа исламского права

Оценивая рассмотренные выше принципы в целом, следует иметь в виду, что они были сформулированы фикхом на основе осмысления всех его источников и многовековой практики действия конкретных правил внешнего поведения, разработанных им. Их появление — заметный вклад фикха-доктрины в развитие шариата и одновременно в мировую правовую культуру. Данные принципы имеют правовую природу и не носят непосредственно религиозного характера, точнее, уже не являются исключительно элементом ислама как религии. Показательно, что среди них нет ни одного стиха Корана, а всего несколькими хадисам придан чисто правовой смысл. Думается, что в таком характере общих принципов прямо отражается различие религиозного и юридического начал в фикхе.

Важно также учитывать, что практически все принципы фикха по своему содержанию касаются межчеловеческих отношений в мирской сфере. Кроме того, они преимущественно посвящены вопросам собственности,

²² См.: Субхи М. Указ. соч. С. 203.

обязательств и правил рассмотрения судебных споров, что подчеркивает их юридическую направленность. В то же время весьма показательным, что среди общих принципов фикха нет таких, которые были бы непосредственно связаны с уголовным правом. Косвенно эта черта наглядно демонстрирует, какие области фикха ближе других подошли к восприятию правовых конструкций.

Следует, однако, иметь в виду, что мусульманские юристы рассматривают общие принципы фикха не в качестве норм прямого действия, а как доктринальные ориентиры. Несмотря на то, что доктрина являлась источником исламского права, принципам фикха такой статус формально не придается. Поэтому сами по себе они не могут быть достаточным основанием вынесения судебных решений. Главное, что с их помощью суду легче отыскать нужный источник для вынесения решения и сделать правильный выбор среди множества разнообразных, а порой и противоречивых выводов, предлагаемых различными школами фикха. Важно, однако, иметь в виду, что ссылка на принцип фикха достаточна для отказа от нормы, если ее применение в конкретной ситуации противоречит отмеченным выше целям шариата, которые закреплены на уровне указанных принципов²³.

Иными словами, принципы фикха лежат между осмыслением права и правоприменительной практикой, они принадлежат не только доктрине, но и самому действующему исламскому праву. Такое понимание общих принципов помогает более точно обрисовать их место среди предписаний шариата и выводов фикха, а также в структуре исламского права.

Если говорить о фикхе в целом, то в его арсенале можно обнаружить много норм, которые не просто не отвечают правовым требованиям, но и выглядят анахронизмом в современном мире, открыто противоречат общепризнанным правам человека. В мусульманском обществе всегда были и сохраняются до сих пор такие модели поведения человека и межчеловеческих отношения, которые регулируются прежде всего религиозными предписаниями как приоритетными. Поэтому по этим вопросам часто наблюдается открытый конфликт шариатских постулатов с правовыми в точном смысле нормами. Главным образом, такое противоречие затрагивает однозначные и точные предписания Корана и Сунны Пророка Мухаммада. Показательным является пример шариатских наказаний за вероотступничество. Кроме того, в последнее время широко обсуждается несоответствие правил ношения одежды мусульманками законодательству ряда европейских стран.

Однако эти расхождения, несмотря на их серьезный характер, не должны служить основанием для одностороннего вывода о том, что право чуждо исламской культуре. О восприятии ею правовых идей говорят многие по-

²³ См.: Аль-Курди А. Указ. соч. С. 12–13.

ложения фикха. Главным образом это относится к его общим принципам, которые тяготеют к отражению юридических конструкций.

Общие принципы занимают особое место в структуре фикха. Это хорошо видно при их сопоставлении с его выводами. Объединяет их то, что принципы, как и большинство конкретных решений, были выработаны доктриной в рамках иджтихада. Однако в отличие от частных правил, которые не свободны от ошибок и допускают пересмотр, общие принципы считаются постоянной неизменной частью фикха. Для мусульманского сознания это означает, что они ставятся в один ряд с точными положениями Корана и Сунны и, таким образом, приобретают статус неизменной части шариата, обеспечивающей его постоянство в любое время и при любых обстоятельствах.

Если изначально шариат играл роль религиозного источника, давшего жизнь указанным принципам, то после своего формулирования фикхом они сами превратились в элемент шариата, более того, составили его сердцевину. Тем самым принципы фикха, имеющие юридический смысл, оказались включенными в шариат как религиозный феномен, отражая тесное сочетание в нем божественного откровения с рациональным осмыслением правовой действительности.

Конечно, такая трактовка соотношения указанных принципов с шариатом не во всем совпадает с исламскими представлениями. Нельзя забывать, что общие принципы фикха вырабатывались мусульманским религиозным сознанием. Это не может не накладывать глубокого отпечатка на их восприятие исламской культурой, которая смотрит на все относящееся к шариату сквозь призму религии. С таких же позиций она воспринимает фикх и его принципы, связывая их с шариатом.

Все же общие принципы фикха по своей природе — это отнюдь не то же самое, что и предписания Корана и Сунны Пророка Мухаммада. И дело как раз в их юридическом содержании. На наш взгляд, принципы фикха в мусульманской культуре являются главным образом правовыми конструкциями, но сформулированные и оцениваемые религиозным в целом мировоззрением. Они выступают свидетелями того, как религиозное мусульманское сознание воспринимает право. Главным образом, речь идет о профессиональном правосознании, которое чисто религиозное отношение к внешнему поведению человека четко отличает от его юридической оценки с позиций фикха. Современное юридическое толкование шариата как источника законодательства является показательным примером данного различия.

Таким образом, общие принципы фикха предопределяют юридическую природу исламского права, которое может быть названо таковым не потому, что в нем якобы воплощается божественное откровение, а на основании данных принципов. Они — связующее звено между религиозными постула-

тами и исламским правом. Именно принципы фикха открывают перед ним возможность взаимодействовать с иными правовыми культурами на основе общности многих их юридических характеристик. Современное мусульманское правоведение прямо сопоставляет данные принципы с нормами римского права и европейским законодательством²⁴.

Одновременно они позволяют выявить характерные особенности исламского права как самостоятельной правовой системы (семьи). В частности, общие принципы фикха обосновывают вывод, что ведущим источником исламского права является доктрина, а правило судебного прецедента не действует. Они также объясняют, почему исламское право развивалось путем накопления конкретных норм, сформулированных в разное время и не совпадающих друг с другом. В общих принципах фикха отражаются специфические институты исламского права — например, институт вреда и его причинение как основание ответственности, специфическое значение условий в обязательственном праве, возможность исключения действия императивной нормы, особая роль суда (вплоть до признания судебной власти ведущей в сравнении с нормотворческой и исполнительной).

Общие принципы фикха и законодательство

Правовая природа общих принципов фикха подтверждается их формальным закреплением в обязательной юридической форме. Это произошло в ходе реформ правовой системы Османской империи в XIX в.: в 1869–1876 гг. была принята так называемая Маджалла — свод норм по вопросам гражданского и судебного права, ставший первой официальной кодификацией выводов фикха. Вступительная глава данного акта после определения фикха содержит несколько десятков указанных принципов, которые приводятся в конце настоящей статьи.

Для характеристики общих принципов фикха как неотъемлемой и неизменной части исламского права существенное значение имеет также их включение в современное законодательство мусульманских стран, правовые системы которых продолжают испытывать влияние шариата. Приведем несколько примеров, подтверждающих этот вывод.

Так, иракский Закон о доказательствах (1979) закрепляет ряд известных принципов фикха:

«Исходным предположением является необременение имущественного статуса лица»;

«Доказательство лежит на истце, а клятва — на том, кто отрицает правомерность иска»;

²⁴ См.: Субхи М. Указ. соч. С. 199–270.

«Исходным предположением является сохранение в настоящем состояния, которое было в прошлом»;

«То, что утвердилось в качестве достоверного в прошлом, остается в правовом отношении неизменным до тех пор, пока нет доказательства противного»;

«Исходным предположением в отношении отклоняющихся от общего правила случайностей является их отсутствие»;

«Исходным предположением является отнесение наступления события или совершения действия к ближайшему до его наступления времени в прошлом»;

«Признание является достаточным доказательством и ограничивается признавшимся лицом».

Многие из указанных положений включает и суданский Закон о доказательствах (1994), который, кроме того, упоминает и другие принципы:

«Обычай принимается во внимание, если он является непрерывным и преобладающим»;

«Молчание не принимается в качестве высказывания, однако сохранение молчания в случае необходимости волеизъявления считается таковым и рассматривается как согласие»;

«Настойчивый отказ лица от прежних действий в стремлении добиться их отмены с целью приобретения какого-либо права обращается против него и не может быть основанием признания за ним каких-либо прав»;

«В случае сомнения применение точно установленных шариатом мер ответственности исключается».

Более двух десятков общих принципов фикха включено в суданский Кодекс гражданских правоотношений (1984). Среди них имеются практически все из отмеченных выше норм, а также некоторые другие, например:

«Не исключается изменение норм с изменением времени»;

«Необходимость дозволяет то, что запрещено»;

«Необходимость определяется своей мерой»;

«Доход или пользу от имущества получает тот, на ком лежит обязанность возмещать ущерб и риск гибели или порчи данного имущества»;

«Приказ о распоряжении собственностью другого лица недействителен»;

«Не допускается иджтихад по вопросам, по которым имеется норма шариата».

По числу закрепленных общих принципов фикха выделяется принятый в ОАЭ в 1985 г. Кодекс гражданских правоотношений, в котором можно обнаружить более 40 таких предписаний. От него не сильно отстает йеменский Гражданский кодекс (2002). Даже суданский Закон о личном статусе мусульман (1991) включает около полутора десятков общих принципов фикха.

Особая роль, отводимая указанным принципам, подтверждается не только их закреплением в отдельных нормативно-правовых актах, но и прак-

тикой применения положений конституций. В частности, Верховный конституционный суд Египта в многочисленных решениях дал толкование ст. 2 Конституции (1971), которая после изменения, внесенного по итогам референдума 1980 г., признала принципы шариата ведущим (приоритетным) источником законодательства. Со ссылкой на доклад Комиссии по изменению статей Конституции, одобренный Парламентом, египетский орган конституционного контроля пришел к выводу, что указанное конституционное положение обращено к законодателю и придает принципам шариата статус не юридического, а материального источника права.

При этом Конституционный суд буквально воспроизвел часть указанного доклада, где содержится разъяснение смысла новой редакции ст. 2 Конституции: «В поиске необходимой нормы законодатель обязан обращаться к положениям исламского шариата и в случае их наличия не может прибегать к иным источникам. Если же он не находит в исламском шариате очевидного правила, то предусмотренные им способы формулирования норм с помощью иджтихада дают возможность законодателю прийти к таким нужным нормам, которые не противоречат корням (исходным началам) и общим принципам исламского шариата»²⁵.

Следует пояснить, что исламская мысль относит к «корням шариата» не только «указатели» фикха и «установленные шариатские методы» формулирования норм, но и общие принципы фикха. Поэтому приведенное выше толкование ст. 2 Конституции Египта означает, что указанные принципы рассматриваются в качестве материального источника законодательства. Иными словами, в таком понимании принципы фикха выступают как элемент шариата и одновременно как правовой институт. При этом в данном контексте они приобретают более широкий смысл по сравнению с их обычным пониманием: если традиционная исламская мысль видела в них лишь доктринальные максимы, используемые при применении выводов фикха, то теперь они адресуются также и к законодателю как ориентиры при формулировании правовых норм.

В итоге во многих современных мусульманских странах принимается законодательство, которое ориентируется на европейские образцы и в то же время учитывает общие принципы фикха. Более того, современное исламское законодательство порой закрепляет статус общих принципов фикха даже в качестве формального юридического источника. Примером может служить принятый в Бахрейне Закон № 19 о семье (2009), который в ст. 3 предусматривает, что в случае отсутствия в нем необходимой нормы судья обращается к известным выводам маликитской школы фикха. Если этого оказывается недостаточным, то необходимо искать решение в положениях иных суннитских толков, а при их пробельности надлежит применять об-

²⁵ См.: Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Решения, вынесенные судом в период с января 1984 г. по декабрь 1986 г. Каир, 1987. С. 221 (на араб. яз.).

щие принципы фикха, известные шариату. Такое предписание лишней раз подчеркивает юридическую природу исламского права, стержнем которого являются указанные принципы.



Библиография

- Аль-Карадави Ю. Разрешенное и запрещенное в исламе. Бейрут-Дамаск: Аль-Мактаб аль-Ислами, 1967 (на араб. яз). 297 с.
- Аль-Курди А. Введение в фикх. Общие принципы и шариатское обеспечение. Дамаск: Джамият Димашк, 1986–1987 (на араб. яз.). 268 с.
- Ан-Надви А. Принципы фикха: понятие, возникновение, развитие, произведения, источники, значение и применение. Дамаск: Дар аль-Калам, 1998 (на араб. яз.). 567 с.
- Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Часть Третья. Решения, вынесенные судом в период с января 1984 г. по декабрь 1986 г. Каир: Аль-Хайа аль-Амма ли Шуун аль-Матаби аль-Амирийа, 1987 (на араб. яз.). 282 с.
- Ас-Сабуни А. Введение в изучение исламского шариата. Ч. 1. Источники права и общие принципы. Дамаск: Джамият Димашк, 1981–1982 (на араб. яз.). 318 с.
- Ас-Суйути Дж. Сходства и аналоги. Бейрут: Дар аль-Китаб аль-Араби, 1987 (на араб. яз.). 831 с.
- Ат-Туванджи А. Институт дозволения в исламском шариате. Триполи: Куллийят ад-Дава ал-Исламийа, 1993 (на араб. яз.). 150 с.
- Гиязутдинова Р.Х. Природа мусульманского права. Уфа: ТРАНСТЭК, 2003. 187 с.
- Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1997. 400 с.
- Ибн Нуджайм. Сходства и аналоги. Дамаск: Дар аль-Фикр, 1983 (на араб. яз.). 542 с.
- Керимов Г.М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. СПб.: ДИЛЯ, 2007. 512 с.
- Коран. Пер. с араб. и комментарий М.-Н.О. Османова. СПб.: ДИЛЯ, 2010. 576 с.
- Раянов Ф.М., Гиязутдинова Р.Х. Юридическая природа мусульманского права / Шариат: теория и практика. Материалы Межрегиональной научно-практической конференции. Уфа, 26–28 сентября 2000 г. Уфа: ТАУ, 2000. С. 24–31.
- Субхи М. Философия права в исламе. Бейрут: Дар аль-Кашшаф, 1952 (на араб. яз.). 198 с.
- Халлаф А. Источники исламского шариата и отражение в праве интересов человека // Маджаллат аль-Канун ва-ль-Иктисад. 1945. № 4–5. С. 251–272 (на араб. яз.).

General Principles of Fiqh as Reflection of Juridical Features of Islamic Law



Leonid R. Syukiyaynen

Professor, Department of Theory of Law and Comparative Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: Lsyukiyaynen@hse.ru



Abstract

The prevailing in Russian legal science view understands Islamic law as synonymous with Sharia which is a system of prepositions of Quran and Sunna that is the mode of life of Prophet Muhammad fixed in so called hadiths (sayings) of his fellows. Being reduced to Sharia Islamic law is approached to as complex of different social norms in which legal rules are not separated in principle from religious commands. However, an in-depth analysis enables us to conclude that on the basis of normative part of Sharia Islamic law as a legal phenomenon emerged. It was Fiqh that played a key role in this process. The Islamic thought understands Fiqh as a science dealing with Sharia rules of human behavior together with these norms themselves. Within such prescriptions there are such rules which meet juridical criteria and therefore may be recognized as norms of Islamic law in scientific meaning of the term. Fiqh was not limited by elaboration of particular and separate norms of legal character but it succeeded in formulation of detailed system of its general principles. They are the main argument for the benefit of existing of Islamic law as legal phenomenon in proper sense. The modern Islamic thought puts forward different classifications of the general principles of Fiqh. The most appropriate one is that which distinguishes a few groups of such principles devoted to concrete themes. Each of these groups has its core including a key independent principle. Most of these principles are a concentrated manifestation of legal nature of Islamic law. Their emergence is the remarkable contribution of Fiqh understood as a legal doctrine in the development of Islamic Law as well as in the world legal culture. These principles are legal by their contents and do not bear direct religious features on themselves. They determine legal nature of Islamic law which is a juridical phenomenon because of the mentioned principles and not for being based on religious revelation. That is the principles of Fiqh which let Islamic law to cooperate with other legal cultures on the basis of many joint juridical characteristics shared by them.



Keywords

Islam, Sharia, Quran, Sunna, Fiqh, legal doctrine, Islamic law, principles of Fiqh, Majalla, legislation, source of legislation, constitution.

Citation: Siukiyaynen L.R. (2018) *General Principles of Fiqh as Reflection of Judicial Features of Islamic Law. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–80 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.50.80



References

Al'-Qaradawi Y. (1967) *Razreshennoye I zapreshennoye v islame* [Permitted and Prohibited in Islam]. Beirut-Damascus: Al'-Maktab al'-Islami, 297 p. (in Arabic)

Al'-Kurdi A. (1986–1987) *Vvedeniye v fikh. Obshniye printsipi i shariatskoye obespecheniye* [Introduction to Fiqh. General Principles and Sharia Guaranties]. Damascus: Jamiat Dimashk, 268 p. (in Arabic)

An-Nadwi A. (1998) *Printsipi fikha: ponyatiye, vozniknoveniye, razvitiye, proizvedeniya, istochniki, znachenkiye i primeneniye* [Fiqh Principles: Notion, Emergence, Development, Manuscripts, Sources, Importance and Implementation]. Damascus: Dar al'-Qalam, 567 p. (in Arabic)

Arab Republic of Egypt (1987) Supreme Constitutional Court. Part Three. Decisions Adopted by the Court from January 1984 till December 1986. Cairo: Al-Haya al-Amma li Shuun al-Matabi al-Amiriyya, 282 p. (in Arabic)

As-Sabuni A. (1981–1982) *Vvedeniye v izucheniye islamskogo shariata. Istochniki prava i obshniye printsipi* [Introduction to Studying of Islamic Sharia. Sources of Law and General Principles]. Damascus: Jamiat Dimashk, 318 p. (in Arabic)

As-Suyuti J. (1987) *Skhodstva i analogi* [Similarities and Analogies]. Beyrut: Dar al'-Kitab al'-Arabi, 831 p. (in Arabic)

At-Tuwanji A. (1993) *Institut dozvoleniya v islamskom shariate* [Institution of Permission in Islamic Sharia]. Tripoli: Qulliyat ad-Dawa al-Islamiyya, 150 p. (in Arabic)

Gilyazutdinova R.K. (2003) *Priroda islamskogo prava* [The Nature of Islamic Law]. Ufa: TRANSTAK Press, 187 p. (in Russian)

David R., Jauffret-Spinozi C. (1997) *Osnovniye pravoviye sistemi sovremennosti* [Main Systems of Contemporary Law]. Moscow: Mezhdunarodniye otnosheniya, 400 p. (in Russian)

Ibn Nujaim (1983) *Skhodstva i analogi* [Similarities and Analogies]. Damascus: Dar al'-Fikr, 542 p. (in Arabic)

Kerimov G.M. (2007) *Shariat: Zakon Zhizni Musulman* [Sharia as a Main Law for Muslims' Life]. Saint Petersburg: DILYA Press, 512 p. (in Russian)

Khallaf A. (1945) *Istochniki islamskogo shariata i otrazheniye interesov cheloveka v prave* [Sources of Islamic Sharia and Resemblance of Human Interests in the Law]. *Majallat al-Qanunwa al-Iqtisad* [Journal of Law and Economics]. Vols. 4–5, pp. 25–272 (in Arabic)

Quran (2010) Koran. Saint Petersburg: DILYA Press, 576 p. (in Russian)

Rayanov F.M., Gilyazutdinova R.K. (2000) *Yuridicheskaya priroda musul'manskogo prava* [Legal Nature of Islamic Law]. *Shariat: teoriya i praktika* [Sharia: Theory and Practice]. *Materiali mezhhregional'noy konferentsii* [Papers of Inter-Regional Conference]. Ufa: TAU Press, pp. 24–31 (in Russian)

Subhi M. (1952) *Filosofiya prava v islame* [Philosophy of Law in Islam]. Beyrut: Dar al'-Kashshaf, 198 p. (in Arabic)

The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought



Anahit Manasyan

Associate Professor, Chair of Constitutional Law, Yerevan State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Pirumyanner Str., Yerevan 0054, Armenia. E-mail: a_manassian@yahoo.com



Abstract

The constitutional identity is the originality, individuality and uniqueness of the given constitutional system, which includes not just the originally existing features, providing the given system with a quality of uniqueness, but also the features of larger systems, which are borrowed by the constitutional system and with which the latter starts to identify itself. Because of it, the constitutional identity should be perceived not as a feature, initially belonging to a given social system, but a feature, which is formed and transformed as the result of social interactions. At the same time, all the newly formed peculiarities, including the ones are borrowed from other systems, also become features, defining originality and individuality of the given system. Hence, while borrowing constitutional-legal peculiarities of international and supranational institutions or of any other state, it should be taken into account that mechanical import or not accepting and artificially preserving the mechanically imported features will not in any way contribute to finding a balance between peculiarities of a concrete constitutional system and features borrowed from the mentioned systems. This, in its turn, will lead to the complete distortion of the idea of constitutional identity. At the contemporary stage of development of constitutional law doctrine it is preferable to discuss the notions of “state identity” and “constitutional identity” not as a correlation of correspondingly the whole and the part, but from the viewpoint of different levels, though in some cases they can have points of coincidence. The reason is that within the framework of the mentioned doctrine notions “Constitution”, “Constitutional stability” should per se be perceived not just from the aspect of the written text of the Constitution, but from the viewpoint of constitutional values and their implementation in real social development.



Keywords

constitutional identity; constitutional systems; national identity; state identity; international commitments; Constitution.

Citation: Manasyan A. (2018) The Idea of Constitutional Identity in the Modern Constitutional Thought. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 81–98 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.81.98

Introduction

One of the most significant ideas from the viewpoint of constitutional stability and stable democracy is constitutional identity. There are different definitions of it employed in the literature, but each of them perceives constitutional identity just from this or that particular criterion. As the result, both in Armenian and foreign legal thought there is no unanimous approach towards the discussed notion and its content.

Laurence Tribe, for instance, defines “constitutional identity” as follows: “The very identity of ‘the Constitution’ — the body of textual and historical materials from which fundamental constitutional norms are to be extracted and by which their application is to be guided ...”¹. To Gary Jacobsohn’s mind, a constitution acquires an identity through experience, its identity neither exists as a discrete object of invention nor as a heavily encrusted essence embedded in a society’s culture, requiring only to be discovered. Identity emerges dialogically and represents a mix of political aspirations and commitments that are expressive of a nation’s past, as well as the determination of those within the society who seek, in some ways, to transcend that past².

Michel Rosenfeld, while studying peculiarities of constitutional reforms and the process of development of the Constitution, also analyzes the notion “identity”. He considers the latter as originality, uniqueness of internal and external factors, conditioning the necessity of constitutional amendments, as well as socio-economical, social-political, spiritual-cultural peculiarities of each state³. Mr. Rosenfeld distinguishes five main constitutional models — French, German, American, Spanish and the model of the European Union⁴. Herewith, the necessity of differentiating national and supranational identities is emphasized (for instance, identity of EU and identity of EU member-states).

The presented definitions lead us to a conclusion that there is no unanimous approach to the term “constitutional identity” and its content. Moreover, it is obvious that in the context of analyzing the discussed issue notions “constitutional identity” and “national identity” are considered as identical⁵. At the same time, as the

¹ See *Tribe L.* A Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role // *Harvard Law Review*, 1983, vol. 97, pp. 433–440.

² See: *Jacobsohn G.* Constitutional Identity // *The Review of Politics of University of Notre Dame*. 2006, vol. 3, pp. 361–397.

³ See: *Rosenfeld M.* The Problem of “Identity” in Constitution-Making and Constitutional Reform // Working Paper. 2005, no 143, p. 24.

⁴ See: *Rosenfeld M.* Constitution-making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example // *Cardozo Law Review*. 1998, vol. 19, p. 1891.

⁵ See: *Ispolinov A.* (2017) Prioritet prava Evropeyskogo Soyuzha i natsional'naya (konstitutsionnaya) identichnost' v resheniyakh Suda ES i konstitutsionnykh sudov gosudarstv — chlenov EC [The Priority of

presented definitions regarding constitutional identity indicate, the approach to the issue whether identity is a phenomenon, initially belonging to a constitutional system, or it is formed over time, parallel to the development of social characteristic for the given system, is not unanimous, too.

Hence, in this context we consider necessary to analyze the following issues: Are the notions “national identity” and “constitutional identity” actually identical? What content does the idea “constitutional identity” have? Is identity a phenomenon, originally belonging to a constitutional system, forming its essence and being its basis or is it being formed over time, parallel to the development of social relations? What kind of role can identity play for guaranteeing constitutional stability and ensuring normal course of constitutional development?

Constitutional Identity: Definition and Axiological Description

According to encyclopedic formulation the term “identity” is defined as “being itself”, “being unique”, “complex of typical peculiarities”, “existence”, “essence”, “originality”, “individuality”.

Hence, we believe that all manifestations of identity firstly presuppose “uniqueness”, “originality”, “individuality” of the concrete phenomenon. Analogically, in its general sense constitutional identity is the originality, individuality of the concrete constitutional system, everything that differentiates the given system from the others.

It is emphasized in literature that identity is not a feature, originally belonging to a person, but a relationship, which is formed, formulated and transformed just during social interactions. Herewith, in its literal sense identity can be typical just for individuals, as just individuals can be characterized by subjectivity and, correspondingly, just individuals can ascribe themselves with concrete features and definitions. Hence, identity can be attributed to groups just in allegorical, metaphorical sense⁶.

Identity can be differentiated into two layers — individual (internal) and social (external). In comparison with individual identity, which is the complex of typical peculiarities, providing an individual a quality of uniqueness, social identity is the result of an individual’s self-identification with expectations and norms of his/her social environment. At the same time, it is emphasized in literature that the mentioned two layers cannot be differentiated in absolute sense, as an individual’s comprehension about himself/herself, which is perceived as his/her own and indivisible from his/her identity, is also a result of interiorization of social norms. At

EU Law and National (Constitutional) Identity in the Decisions of EU Court and Constitutional Courts of EU Member States]. Available at: https://zakon.ru/publication/prioritet_prava_evropejskogo_soyuza_i_nacionalnaya_konstitucionnaya_identichnost_v_resheniyah_suda_e (accessed: 18.04.2018)

⁶ See: *Novaya filosofskaya entsiklopediya* [New Philosophical Encyclopedia]. Available at: https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_philosophy/419 (accessed: 18.04.2018)

the same time, individual's own norms and comprehension not always coincide with norms and roles accepted by him/her during social interrelations. Hence, individual "myself" is formed in the result of finding a certain balance between individual and social identity. Social identity, in its turn, is classified into various types — professional, ethnic, regional, political, national etc..

The above-mentioned leads us to a conclusion that constitutional identity *per se* is a feature typical to an individual and can be used as a group peculiarity just in conditional sense. Hence, taking into account the fact that in this context we analyze constitutional identity as a category typical for a concrete social community, it is obvious that we use the discussed term in conditional sense.

Taking into account the provided analysis, we argue that constitutional identity characterizes originality, individuality and uniqueness of concrete constitutional system. The individual dimension of the latter is the complex of typical peculiarities, providing the concrete constitutional system with a quality of uniqueness, whereas, the social dimension is the result of self-identification of a constitutional system with peculiarities of comprising it larger systems. Moreover, it is important to take into account that, as mentioned above, the features of a constitutional system can in some cases not coincide with the peculiarities borrowed during interrelations with comprising it larger systems. At the same time, identity is formed in the result of finding certain balance between the mentioned two dimensions.

Hence, constitutional identity is the originality, individuality and uniqueness of the concrete constitutional system, which includes not just the originally existing features, which provide the given system with a quality of uniqueness, but also the features of the larger systems, which are borrowed by the constitutional system and with which the latter starts to identify itself.

The above-mentioned leads us to a conclusion that constitutional identity should be perceived as not a feature, initially belonging to the given social system, but a feature, which is formed and transformed as the result of social interactions. At the same time, it should be noted that all the newly formed peculiarities, including the ones which are borrowed from other systems, also become features, defining originality and individuality of the given system.

Hence, in this case the general conclusion is that there are constant interrelations between equivalent systems, as well as between the latter and larger systems, comprising them. Moreover, as the identity of the concrete system is formed in the result of finding a certain balance between individual and social identities, we believe that during this process the following important circumstances should be taken into consideration: 1. Such peculiarities should be borrowed, which can be acceptable for the concrete system, 2. Those borrowed peculiarities, with which the concrete system cannot identify itself, should be rejected. At the same time, it should be emphasized that though various systems have interrelations also with equivalent systems, this has an impact on forming identity just so far as the pecu-

liarities borrowed from these systems become features, characterizing the uniqueness of a concrete system. Whereas, concrete systems can self-identify themselves not with equivalent systems, but with larger systems, comprising them.

We do believe that from the viewpoint of constitutional identity the above firstly concerns interrelations between various constitutional systems and international or supranational institutions, comprising them. From this aspect one should take into account that constitutional identity of a concrete constitutional system is formed in the result of finding a balance between the typical features, providing the system a quality of uniqueness, and peculiarities borrowed from other systems. Hence, while borrowing constitutional-legal peculiarities of international and supranational institutions or of any other state, one should take into consideration the above-mentioned circumstance and the fact that mechanical import or not accepting and artificial preserving the mechanically imported features will not in any way contribute to finding a balance between peculiarities of a concrete constitutional system and features borrowed from the mentioned institutions. This, in its turn will lead to the entire distortion of the idea of constitutional identity.

Discussing the issue on the example of the Republic of Armenia (henceforth — RA), we would like to mention that constitutional regulations regarding, for instance, the Armenian Apostolic Holy Church, the state symbols, the capital of the Republic of Armenia are typical peculiarities, initially providing a quality of uniqueness to the RA constitutional system. Whereas, for instance, the basic principles, underlying the limitation of fundamental rights and freedoms — proportionality, certainty, inviolability of the essence of the provisions on basic rights and freedoms — are borrowed from other constitutional systems and from international-legal practice. At the same time, it should be noted that merely the fact of their adoption per se indicates that a concrete constitutional system has found a balance between its individual and social identities, hence, has also started to identify itself with the mentioned borrowed peculiarities. In this context it should be stated that many of the values of the RA constitutional system, which are borrowed from other legal systems, for instance, constitutional regulations regarding human dignity, separation and balance of powers, right to life, guaranteeing local self-governance, etc., are already perceived as an inherent part of the RA constitutional system and as features, providing the latter a quality of uniqueness. The above-mentioned itself presupposes that the noted borrowed peculiarities have become features, characterizing individuality and uniqueness of the concrete system, in this case — the RA constitutional system, and in normal situation the latter can't perceive them differently. Otherwise, when the impossibility of self-identification of a concrete system with its borrowed peculiarities becomes obvious, the latter should reject the idea of their artificial preservation.

We believe that the above-mentioned circumstances and conclusions are the main guarantees for ensuring constitutional stability and stable democracy, as well as normal course of constitutional developments.

Respect for National-State Identities by International Organizations

In this context we consider necessary to analyze the issues related to the respect of national-state identities of member-states by various international and supra-national systems, which has an exceptional importance not just from the aspect of normal international legal relations, but also from the aspect of modern constitutional doctrine.

The main questions, arising with regard to the presented issue, are the following: Is the constitutional identity of a concrete constitutional system an absolute phenomenon? Is it practically realistic to speak about its respect by the mentioned organizations? What kind of mechanisms do we need for the normal regulation of the discussed issue and for the protection of concrete constitutional system identity?

In order to examine the above-mentioned issues we firstly consider necessary to analyze a number of particular examples, existing in international practice.

The Constitutional Court of the Russian Federation, for instance, in its Decision 12-Π/2016 of 12 April 2016 emphasized that the effectiveness of norms of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is conditioned with respect for *national constitutional identities* (our underlining — A.M.) by the European Court⁷.

Within the framework of the European Union law interrelations of the notions “national identity” and “constitutional identity” are also discussed with the purpose of presenting the issues related to the obligation of the Union to respect national identities of the Member-States. Article 6 (3) of Maastricht Treaty stipulates that ... the Union shall respect *the national identities of its Member-States* (our underlining — A.M.). The Lisbon Treaty reformulated the provision on respect for national identities of the Member-States as follows: The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government⁸. At the same time, it is important to note that almost all the Constitutional Courts of the EU Member-States admit the supremacy and primacy of the EU law over their national legislation. Whereas, the majority of these courts doesn't recognize the supremacy of the EU law over their constitutions⁹.

It is normal that the approaches regarding the issue are diverse in various constitutional systems. Not having an aim to reveal the details of each of these ap-

⁷ The Constitutional Court of the Russian Federation. Decision 12-Π/2016 of 12 April 2016. Available at: [http://doc.ksrf.ru/decision/KSRF Decision 230222.pdf](http://doc.ksrf.ru/decision/KSRF%20Decision%20230222.pdf). (accessed: 18.04.2018)

⁸ See: National Identity, Nationalism and Constitutional Change. 2009 Available at: http://www.law.ed.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0011/35939/chap1_intro.pdf (accessed: 18.04.2018); Besselink L. National and Constitutional Identity before and after Lisbon // *Utrecht Law Review*, 2010, no 3, p. 43.

⁹ See: Besselink L. *Op. cit.* P. 44–49.

proaches, we consider necessary for the purposes of this study to emphasize the following: to our mind, the basis for the analysis of these viewpoints should be the circumstance how and how much the concrete state restricts its sovereignty in favor of an international or supranational organization.

Touching upon the example of the Republic of Armenia on the discussed issue, it should be noted that, according to the RA Constitution, the Constitution shall have supreme legal force (the Constitution of the Republic of Armenia. Article 5). In case of conflict between the norms of international treaties ratified by the Republic of Armenia and those of laws, the norms of international treaties shall apply. International treaties contradicting the Constitution may not be ratified (the Constitution of the Republic of Armenia. Article 116).

The above-mentioned leads us to a conclusion that the Constitution has a peculiar status both from the viewpoint of the hierarchy of legal norms and also from the aspect of its key role in the constitutional system of the Republic of Armenia.

Taking this into account, the Constitution defined that the Constitutional Court, as prescribed by the Law on the Constitutional Court, prior to the ratification of an international treaty, shall determine the compliance of the commitments enshrined therein with the Constitution (the Constitution of the Republic of Armenia. Article 168).

This indicates that consideration of cases on conformity of commitments enshrined in the international treaty subjected to ratification with the Constitution is an example of a *preliminary mandatory* constitutional supervision and is aimed to prevent ratification by the Republic of Armenia of international treaties, defining contradicting the Constitution commitments. This circumstance, in its turn, excludes ratification of international treaties and correspondingly, taking over commitments, which distort the essence of our constitutional identity.

In this context we would like to emphasize that unlike the majority of constitutional courts, existing across the world, which don't have a rich practice of considering such cases, the RA Constitutional Court has examined a rather big number of cases related to the discussed issue. The reason, as we already mentioned, is the preliminary and obligatory nature of the noted proceedings.

Moreover, though in the result of consideration of the majority of these cases the Constitutional Court decided about conformity of the obligations enshrined therein with the RA Constitution, there are also cases in the practice of the mentioned body, when in the result of examination of these cases a negative decision was made or the Constitutional Court, declaring the commitments enshrined in the international treaty in conformity with the Constitution, expressed fundamental legal positions on their perception by the Republic of Armenia, hence also, on their such interpretation, which would be in conformity with the RA Constitution. Herewith, these legal positions became crucial for the whole further process of the respective treaties' ratification and predetermined the whole course of the latter.

In this context we would like to mention correspondingly the following examples from the RA Constitutional Court practice: Decision DCC-502 of 13 August 2004 on the case concerning the determination of the issue regarding the conformity of the obligations stipulated by the Rome Statute of the International Criminal Court (with attached Declaration) signed on 17 July 1998 in Rome with the Constitution of the Republic of Armenia and Decision DCC-850 of 12 January 2010 on the case on determining the issue of conformity with the Constitution of the Republic of Armenia of the obligations stipulated by the Protocol on the Establishment of Diplomatic Relations between the Republic of Armenia and the Republic of Turkey and by the Protocol on Development of Relations between the Republic of Armenia and the Republic of Turkey signed in Zurich on 10 October 2009.

The presented examples indicate that in all the cases when the essence of our constitutional identity was endangered, the state itself denied to take over corresponding commitments, hence also, to borrow respective peculiarities from other systems and to perceive them as features, characterizing its uniqueness.

Moreover, the regulation prescribed in the RA Constitution in the result of constitutional amendments of 6 December 2015, according to which the issues related to the accession by the Republic of Armenia to supranational international organizations, as well as those related with territorial changes of the Republic of Armenia shall be resolved through referenda, is worth mentioning. The decision on holding a referendum in these cases shall, upon recommendation of the Government, be adopted by the National Assembly, by majority of votes of the total number of Deputies (the Constitution of the Republic of Armenia. Article 205).

In this context we would also like to mention that international law is itself based on the idea of “state consent” and international law cannot bind a state without its consent. Though such a conclusion can in some sense be seemed extreme, it shows the fundamental role the institute of consent plays in international legal system. In other words, the basis of the modern international law is the principle of “state consent”¹⁰. Though in case of supranational organizations the noted principle should be discussed with some reservations, but, to our mind, the latter thoroughly applies also to the mentioned relations when we speak about the scope, format and ways of restricting the sovereignty.

The above-mentioned will show that in all cases states themselves decide the scope of restriction of their sovereignty, which can be acceptable for them from the viewpoint of their constitutional identities in interrelations with international and supranational organizations. Herewith, the mentioned concerns not just the process of taking over corresponding commitments and the possible solutions, existing for this in a concrete constitutional system, but also possible solutions for

¹⁰ See: *Guzman A. The Consent Problem in International Law. Berkeley Program in Law and Economics // Working Paper Series*, pp. 4-5. Available at: <https://escholarship.org/content/qt04x8x174/qt04x8x174.pdf> (accessed: 18.04.2018)

rejecting the borrowed peculiarities in all cases, when the concrete constitutional system cannot identify itself with them.

The above-mentioned indicates that in fact it is realistic to speak about the respect by various international or supranational organizations towards the identity of the concrete constitutional system, but in this context we should take into account an important point — the fact that the limits, the scope of respect towards the national constitutional identity are already predetermined, herewith, they are predetermined with the scope, by which a concrete constitutional system has agreed to restrict its sovereignty.

Correlation of the Ideas “National Identity” and “Constitutional Identity”

The next issue, we consider necessary to analyze in this context, is whether the terms “national identity” and “constitutional identity” are identical.

It is obvious that nation and Constitution, nation and constitutional system cannot be identical. Hence, the main point, which should be analyzed in this context, is the following: Can the notion “constitutional identity” not have an own content and be totally identical with the content of the notion “national identity”?

At first we consider necessary to analyze the approach presented in literature, according to which we are used to use the terms “state” and “nation” as synonyms, forgetting that they concern different dimensions — accordingly political and cultural¹¹. Hence, in this case a question arises whether in the given context the point concerns state or national identity.

We would like to emphasize that the terms “state” and “nation” are not synonyms and can't be identical in the sense of their content. Different nations can be united within the frames of one state and analogically, so called, “nations without states” can exist. Hence, it is obvious that the notions “state identity” and “national identity” can't be absolutely identical.

It should be noted that the term “state identity” is mainly used in Russian-language literature¹². Moreover, in Russian-language publications of recent years the idea of “state-national identity” also exists¹³. Whereas, in English-language litera-

¹¹ See: National Identity, Nationalism and Constitutional Change... Available at: http://www.law.ed.ac.uk/_data/assets/pdf_file/0011/35939/chap1_intro.pdf (accessed: 18.04.2018); *Besselink L. Op. cit.* P. 42.

¹² See, for instance: Sanina A., Pavlov A. (2015) Gosudarstvennaya identichnost': sodержanie ponyatiya i postanovka problemy [State Identity: Concept and Issue]. *Upravlencheskoe konsul'tirovanie*, no 9, pp. 30–40; Rubtsova M., Sanina A. (2012) Gosudarstvennaya identichnost' kak faktor upravlyaemosti sovremennym obshchestvom [State Identity as a Factor of Running Modern Society]. *Zhurnal sotsiologii i sotsial'noy antropologii*, no 3, pp. 86–97.

¹³ See, for instance: Bushuev V., Titov V. (2014) *Natsional'no-gosudarstvennaya identichnost' v sovremennom mire i rol' istoricheskoy politiki v ee formirovanii (teoretiko-metodologicheskii analiz)*

ture the term “state identity” is practically not used, and the questions regarding the mentioned issue are analyzed within the frames of the idea “national identity”. Moreover, in the result of the study of their content it becomes obvious that in the discussed context the point is not about national identity in its classical sense, but about national identity in case of, so called, “coincidence” of the phenomena nation and state. At the same time, we think that the reason of the mentioned not definite use of the discussed terms is also linguistic, as in English the word “state” is presented as a synonym for the word “nation”¹⁴. Meanwhile, taking into account the existing positions and analysis on *interconnections of national and constitutional identities*, we believe that in this context the terms “state identity” and “national identity” are used as synonyms. Moreover, this is also often emphasized in various scientific works¹⁵.

In the above-mentioned context the notion “national identity” is characterized as the existence of the below-mentioned three main ideas in conscience of majority of the population of the state: 1. A general past perceived positively by the social conscience and/or a general experience of statehood, 2. A complex of values common for the given social community, 3. General responsibility for the future of the state. Identity, in its turn, is characterized as self-identification of individuals or a group of people with a larger and more essential group. Moreover, “identity impacts on the self-conscience of a person, vesting him/her with a perception that the group, with which he/she identifies himself/herself, is endowed with peculiar features, differentiating it from other groups”¹⁶.

Hence, it is obvious that the terms “state identity” and “national identity” can coincide just in some situations — in cases of, so called, “coincidence” of phenomena nation and state. At the same time, they can’t be considered absolutely identical for all situations.

Taking the above-mentioned into account, we do not aim to deepen into discussion of an issue, which is not an object for the given study, analyzing the latter just from the viewpoint of correlation of constitutional identity with the mentioned notions. From this viewpoint it is obvious that if we speak about national identity in its classical sense, the latter is a too wide notion and can’t be identical with the idea of “constitutional identity”. Taking this circumstance into account, in this context we use the term “state identity” as a conditional notion, wide category

[National State Identity in the Modern World and the Role of Historical Politics in its Formation]. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/v/natsionalno-gosudarstvennaya-identichnost-v-sovremennom-mire-i-rol-istoricheskoy-politiki-v-ee-formirovanii-teoretiko> (accessed: 18.04.2018)

¹⁴ See: English Oxford Living Dictionaries. Available at: <https://en.oxforddictionaries.com/thesaurus/state> (accessed: 18.04.2018)

¹⁵ See: Kuznetsov K.A., Shchelin P.A. (2014) Natsional'naya identichnost' i ustoychivaya gosudarstvennost' [National Identity and Stable Statehood]. *Sravnitel'naya politika*, no 1, pp. 31–36.

¹⁶ *Ibid.* P. 31–32.

with the aim of characterizing the idea of self-identification of the population of the state with each other and the issues regarding this.

What about the interrelations of ideas “state identity” and “constitutional identity” in the above-noted sense, we would like to mention that, to our mind, at the modern stage of the development of constitutional law doctrine it is just preferable to discuss these notions from the viewpoint of different layers. The reason is that within the frames of the mentioned doctrine notions “Constitution”, “constitutional stability” should per se be perceived not just from the aspect of the written text of the Constitution, but from a wider viewpoint — from the one of constitutional values and their realization in real life. Hence, even if previously — in case of considering the constitutional system in the context of written text of the Constitution, one could consider the notions “state” and “constitutional system” as correlation of correspondingly the whole and the part, and in the result draw the same conclusion for the ideas “state identity” and “constitutional identity”, nowadays such an ambiguous conclusion can be problematic. In particular, it is obvious that the fundamental provisions on the main characteristics of the state — permanent population, defined territory, existence of state power, possibility to form relations with other states¹⁷, sovereignty, universal nature of the state acts¹⁸, etc., are reflected in the constitutional text. Hence, if the above-mentioned conclusion on the whole and the part can be reasonable if we discuss the issue just from the aspect of the constitutional text, the same conclusion cannot apply to the cases when we consider the Constitution and constitutional system from the viewpoint of constitutional values and their realization in real life.

Hence, we argue that state identity and constitutional identity can't be considered from the viewpoint of correlation of correspondingly the whole and the part. Moreover, though they can have concrete points of coincidence, we believe that they are notions, which belong to different layers, hence, they should also be touched upon from the aspect of different layers.

Constitutional Identity and Constitutional Developments

Constitutional identity plays an important role for the proper implementation of constitutional developments. The presented analysis shows that constitutional identity is a phenomenon, constituting the quality and axis of a constitutional system. This, in its turn, presupposes that issues regarding it should always be taken into consideration during the whole process of the development of the Constitu-

¹⁷ See: *Crawford J.* The Criteria for Statehood in International Law. Available at: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/British%20Yearbook%20of%20International%20Law-1977-Crawford-93-182.pdf> (accessed: 18.04.2018)

¹⁸ See: *Morozova L.* *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of Law and State]. Moscow: Yurist, 2010, pp. 46–47.

tion. Hence, in this context we would like to analyze also the interrelations between constitutional identity and constitutional developments.

At first, it should be noted that “stability”, “changeability” and “development” of the Constitution are not mutually exclusive terms. The essence of stability isn’t based on the idea of preserving the system from changes, but on the idea of establishing opportunities for taking the mentioned changes into account. At the same time, the above-mentioned shouldn’t presuppose a possibility to thoroughly change the “core”, “kernel”, the essence of the system. Moreover, in order to be considered as a development, amendments should have a qualitative nature, that is, there should be a transition from one qualitative condition of a system to another¹⁹, and a qualitatively new condition of a system, in this case a Constitution, should be formed. At the same time, as it was mentioned above, we should take into account that the notion “development of the Constitution” presupposes just such qualitative changes, which preserve the main quality of a system, the “core” of the Constitution. The reason is that each system has a concrete integrative quality, which forms the mentioned whole system and the initial condition, from which the transition to new positions takes place. Hence, in case of the absence of the given qualitative peculiarity the object ceases to be the discussed concrete system, in which case it is also impossible to speak about its stability or development.

In this regard it should be noted that according to Article 203 of the Constitution of Republic of Armenia Articles 1, 2, 3 and 203 of the Constitution shall not be subject to amendment.

The content of the mentioned non-amendable constitutional provisions is the following:

“Article 1. The Republic of Armenia is a sovereign, democratic, social state governed by the rule of law.

Article 2. In the Republic of Armenia, the power belongs to the people.

The people shall exercise their power through free elections, referenda, as well as through state and local self-government bodies and officials provided for by the Constitution.

Usurpation of power by any organization or individual shall be a crime.

Article 3. The Human Being, His or Her Dignity, Basic Rights and Freedoms

1. The human being shall be the highest value in the Republic of Armenia. The inalienable dignity of the human being shall constitute the integral basis of his or her rights and freedoms.

2. The respect for and protection of the basic rights and freedoms of the human being and the citizen shall be the duty of the public power.

3. The public power shall be restricted by the basic rights and freedoms of the human being and the citizen as a directly applicable law”.

¹⁹ See: *Alekseev P.V., Panin A.V. Filosofiya [Philosophy]. Moscow: AST, 2005. P. 524–525.*

Therefore, the constitutional legislator considers these provisions as the basis for social relations and the fundamental elements, constituting the constitutional identity of the concrete constitutional system, hence also, prohibiting their amendment.

With regard to the above-mentioned issue it should be noted that there are not many constitutions, which include norms regarding unchangeability of particular provisions. The technique, when certain principles of the Constitution are declared as non-amendable, is more widespread²⁰. To our mind, the latter is a more expedient approach, as it allows to preserve the initial elements, underlying the mentioned principles, simultaneously, giving an opportunity for certain changes regarding their perception, parallel to the development of the social relations. Undoubtedly, such concepts, as, for instance, “democracy”, “sovereignty”, “fundamental human rights and freedoms”, etc, have been and are continuously developing during a time. In the 21st century their perception does not thoroughly coincide with the one, which was, for instance, in 19th or 20th centuries. The perception of many terms was essentially changed even during a few decades. Hence, we believe that from this aspect the key point should be the following: the mentioned principles are subject to *dynamic interpretation*, within the frames of which there can be changes in the perception of certain elements of the latter, but at the same time, the elements, constituting the basis for these principles, should stay unchangeable. The Indian practice can be mentioned in this context. Notwithstanding the fact that the Constitution of India prescribes a possibility for the amendment of all the constitutional provisions, in one of its decisions the Supreme Court of India stated that the mentioned amendments cannot touch “the main structure and system” of the Constitution²¹.

It should also be noted in this context that besides the necessity of preservation of the main quality, the “core” of the Constitution, there are several other conditions, which should be satisfied in order to give an opportunity for considering the changes as a development.

One of the main criteria, characterizing the term “development of the Constitution” and important in this context, is the following: in order to lead to the development the changes should be directed. This means that continuity, succession, existence of an accumulative links between the previous and the future regulations should be inherent to the qualitative changes, and the formation of the new possibilities of the system and the new constitutional solutions should be implemented

²⁰ See: CDL-AD 001 (2010) Report on Constitutional Amendment, Adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11–12 December 2009). Available at: <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29001-e.pdf> (accessed: 16.05.2018)

²¹ See: Twomey A. The Involvement of Sub-national Entities in Direct and Indirect Constitutional Amendment within Federations. Available at: (<http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop11/Twomey.pdf>) (accessed: 17.05.2018)

just on this basis. This is important also from the viewpoint of the issues regarding the constitutional identity and the interrelations between the latter and constitutional developments. In particular, the process of finding a balance between the typical peculiarities, providing the system a quality of uniqueness, and the ones borrowed from other systems should be guided by the necessity of ensuring an accumulative link between the previous and future features and constitutional provisions. This is also a necessary prerequisite for considering the changes as a development.

Summarizing the above-mentioned, it should be emphasized that during the constitutional developments and while finding a balance between the typical peculiarities of the system and the borrowed ones, the main quality, the “core” of the Constitution cannot be subject to fundamental changes.

In this regard we would like to touch upon the structural solutions for preserving constitutional identity in the process of constitutional developments, defined in the result of constitutional amendments of 27 November, 2015.

In the result of the mentioned amendments Article 168 of the RA Constitution prescribed that prior to the adoption of draft amendments to the Constitution, as well as draft legal acts put to referendum, the Constitutional Court determines the compliance thereof with the Constitution. In other words, determination of the so called “constitutionality” of draft constitutional amendments became an object of a preliminary mandatory constitutional supervision, which can have a rather interesting and important role from the viewpoint of preserving constitutional identity of the concrete constitutional system, hence also, the constitutional stability and stable democracy.

It should be noted that the number of constitutional courts, possessing such an authority, isn't so large. In this context the constitutional courts of Azerbaijan, Moldova, Turkey and Ukraine can be mentioned²², each of which has its own peculiarities of the consideration of the mentioned cases.

The Constitutional Court of the Republic of Turkey, for instance, can examine and verify constitutional amendments only with regard to their form. In particular, the verification of constitutional amendments shall be restricted to consideration of whether the requisite majorities were obtained for the proposal and in the ballot, and whether the prohibition on debates under expedited procedure was observed (the Constitution of the Republic of Turkey. Article 148)²³.

According to Article 159 of the Constitution of Ukraine a draft law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine is considered by the Verkhovna Rada of Ukraine upon the availability of an opinion of the Constitutional Court of

²² See: CDL-AD 001 (2010) Report on Constitutional Amendment... Available at: <http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD%282010%29001-e.pdf> (accessed: 16.05.2018)

²³ See: The Constitution of the Republic of Turkey. Available at: https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf (accessed: 16.05.2018)

Ukraine on the conformity of the draft law with the requirements of Articles 157 and 158 of the Constitution. Hence, it is obvious that the Constitution of Ukraine defines concrete limits for consideration of those cases, in particular, the requirements of Articles 157 and 158. Article 158 of the Constitution prescribes that the Constitution of Ukraine shall not be amended, if the amendments foresee the abolition or restriction of human and citizen's rights and freedoms, or if they are oriented toward the liquidation of the independence or violation of the territorial indivisibility of Ukraine. The Constitution of Ukraine shall not be amended in conditions of martial law or a state of emergency. Article 158, in its turn, defines that the draft law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine, considered by the Verkhovna Rada of Ukraine and not adopted, may be submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine no sooner than one year from the day of the adoption of the decision on this draft law. Within the term of its authority, the Verkhovna Rada of Ukraine shall not amend twice the same provisions of the Constitution.

In this context the example of the Republic of Moldova is worth mentioning, the Constitutional Court of which adopts an *advisory opinion* in the result of the consideration of the mentioned cases (the Constitution of the Republic of Moldova. Articles 135, 141)²⁴.

The presented examples show that concrete criteria or limits are defined for determination of conformity in the mentioned cases. In other words, in this context we speak just about the conformity of the draft with concrete constitutional norms and requirements. Moreover, in Moldova the Constitutional Court adopts just *an advisory* opinion in the result of consideration of these cases.

What about the Republic of Armenia, it should be noted that Article 72 of the RA Constitutional Law "On the Constitutional Court" adopted on 17 January, 2018, prescribed the peculiarities of consideration of cases on determining the compliance of the draft amendments to the Constitution, as well as draft legal acts put to referendum, with the Constitution, defining:

“1. On the issues of the accession by the Republic of Armenia to supranational international organizations, as well as of the territorial changes of the Republic of Armenia, the National Assembly applies to the Constitutional Court prior to the adoption of the draft amendments to the Constitution, as well as draft legal acts.

2. Authorized representative of the popular initiative applies to the Constitutional Court on the draft laws submitted to referenda upon popular initiative.

3. The Constitutional Court makes a decision on the cases mentioned in the given article no latter than three months after the registration of the appeal. With a grounded procedural decision of the Constitutional Court the timeframe of the case review can be prolonged, but no longer than three months.

²⁴ See: The Constitution of the Republic of Moldova. Available at: http://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/Constitutia_engl___13.11.17.pdf (accessed: 16.05.2018)

4. In cases mentioned in this Article the Constitutional Court can make one of the following decisions:

- 1) finding the draft in conformity with the Constitution,
- 2) finding the draft fully or partially invalid and in non-conformity with the Constitution.

5. The Constitutional Court considers the cases mentioned in this Article in a written procedure, except in the cases when the Constitutional Court finds that the particular case gained a wide publicity or the verbal review will foster a more effective reveal of the circumstances of the case.

5. The procedural decision of the Constitutional Court on admission of case for consideration for review (according to Article 68) of law adopted within the procedure prescribed in this article is adopted by at least two-thirds vote of the total number of the judges of the Constitutional Court”.

On the basis of the mentioned regulations one can conclude that the law doesn't clarify the concrete criteria of assessing the constitutionality of the draft amendments to the Constitution. Whereas, we believe that consideration of the noted cases has concrete limits, and constitutionality of the discussed draft cannot be assessed from the aspect of all the norms of the Constitution. Otherwise, the whole idea of constitutional amendments, the essence of which is changing constitutional norms, can be distorted. Another question is that those changes, as already mentioned above, cannot concern the fundamental values, constituting the “core” of the Constitution and hence, the constitutional identity of the concrete constitutional system, which circumstance, to our mind, should underlie the landmark solutions for the discussed issue.

Hence, we believe that constitutionality of draft amendments to the Constitution can be assessed from the aspect of the two main criteria: 1. from the aspect of the regulations on the procedure for constitutional amendments prescribed in the Constitution, 2. from the aspect of inviolability of fundamental constitutional values, the main quality of the Constitution, which, as mentioned above, also constitute the constitutional identity of the constitutional system and find expression in non-amendable articles of the Constitution and, more compactly, in the constitutional-legal characteristics of the state.

We believe that the mentioned circumstances should be taken into account during the consideration of the noted cases, and the constitutionality of the draft amendments to the Constitution should be assessed just from the viewpoint of the above mentioned circumstances.

Conclusion

Summarizing the presented analysis, we would like to mention that constitutional identity is the originality, individuality and uniqueness of a concrete consti-

tutional system, everything that differentiates the mentioned constitutional system from the others. Moreover, constitutional identity includes not just the initially existing peculiar features, providing the system a quality of uniqueness, but also the peculiarities of the above-mentioned larger systems, which the constitutional system borrows and with which it starts to identify itself. In other words, constitutional identity of a concrete constitutional system is formed in the result of finding a certain balance between the peculiar features, providing the system a quality of uniqueness, and peculiarities borrowed from other systems.



References

- Alekseev P.V., Panin A.V. *Filosofia* [Philosophy]. Moscow: AST, 2005. P. 524–525 (in Russian).
- Besselink L. (2010) National and Constitutional Identity before and after Lisbon. *Utrecht Law Review*, no 3, pp. 36–49.
- Crawford J. (2015) *The Criteria for Statehood in International Law*. Available at: <https://www.ilsa.org/jessup/jessup13/British%20Yearbook%20of%20International%20Law-1977-Crawford-93-182.pdf> (accessed: 18.04.2018)
- Bushuev V., Titov V. (2014) *Natsional'no-gosudarstvennaya identichnost' v sovremennom mire i rol' istoricheskoy politiki v ee formirovanii (teoretiko-metodologicheskiiy analiz)* [National State Identity in the Modern World and the Role of Historical Politics in its Formation]. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/v/natsionalno-gosudarstvennaya-identichnost-v-sovremennom-mire-i-rol-istoricheskoy-politiki-v-ee-formirovanii-teoretiko> (accessed: 18.04.2018)
- Guzman A. (2011) The Consent Problem in International Law. Berkeley Program in Law and Economics. Working Paper Series. Available at: <https://escholarship.org/content/qt04x8x174/qt04x8x174.pdf> (accessed: 18.04.2018)
- Ispolinov A. (2017) *Prioritet prava Evropeyskogo Soyuza i natsional'naya (konstitutsionnaya) identichnost' v resheniyakh Suda ES i konstitutsionnykh sudov gosudarstv – chlenov EC* [The Priority of EU Law and National (Constitutional) Identity in the Decisions of EU Court and Constitutional Courts of EU Member States]. Available at: https://zakon.ru/publication/prioritet_prava_evropejskogo_soyuza_i_nacionalnaya_konstitucionnaya_identichnost_v_resheniyah_suda_e (accessed: 18.04.2018)
- Kuznetsov K.A., Shchelin P.A. (2014) Natsional'naya identichnost' i ustoychivaya gosudarstvennost' [National Identity and Stable Statehood]. *Sravnitel'naya politika*, no 1, pp. 31–36.
- Morozova L. (2010) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of Law and State]. Moscow: Yurist, pp. 46–47 (in Russian)
- National Identity, Nationalism and Constitutional Change (2009) Available at: http://www.law.ed.ac.uk/__data/assets/pdf_file/0011/35939/chap1_intro.pdf (accessed: 18.04.2018)
- Rosenfeld M. (2005) The Problem of “Identity” in Constitution-Making and Constitutional Reform. *Working Paper*, no 143, p. 25.
- Rosenfeld M. (1998) Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example. *Cardozo Law Review*, vol. 19, pp. 1891–1920.

Rubtsova M., Sanina A. (2012) Gosudarstvennaya identichnost' kak factor upravlyayemosti sovremennym obshchestvom [State Identity as a Factor of Running Modern Society]. *Zhurnal sotsiologii i sotsial'noy antropologii*, no 3, pp. 86–97.

Sanina A., Pavlov A. (2015) Gosudarstvennaya identichnost': sodержanie ponyatiya i postanovka problemy [State Identity: Concept and Issue]. *Upravlencheskoe konsul'tirovanie*, no 9, pp. 30–40.

Tribe L. (1983) Constitution We Are Amending: In Defense of a Restrained Judicial Role. *Harvard Law Review*, no 2, pp. 433–445.

Twomey A. (2011) *The Involvement of Sub-National Entities in Direct and Indirect Constitutional Amendment within Federations*. Available at: <http://camlaw.rutgers.edu/state-con/workshop11greece07/workshop11/Twomey.pdf> (accessed: 17.05.2018)

Charity in Russia: from Alms to “Tax For the Poor” and Back



Dmitry Komyagin

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



Abstract

Social spending is the first-largest spending of the Russian Federation consolidated budget but it still remains insufficient. Such spending was not planned at all in the state list one hundred years ago, and all social insurance was carried out as part of charitable activities. The article presents the evolution of charitable activities from alms to current “humanitarian spending” and shows the prospects and tendencies for its further development. The article covers the history of the origin and concept contents of “state charity”, “public charity”, “social security”, “social protection” and “state social insurance” in Russia. It touches upon the issue of “monetization” of social benefits in Russia in 2004 that have generated a good deal of excitement. In the article, charitable activity is being considered for the first time through the prism of budget expenditures as one of the aspects of public economy. It describes the history of changes in public policy relative to assistance to the poor in the Russian Empire from the 16th century, in the Soviet period till the present time. In addition, the author made assumptions about the prospects of social spending, which is associated with the implementation of such modern ideas at the international and national level, as the concept of human capital development and unconditional basic income. The sources of security of the most complicated system of state and public charity, which was formed in the Russian Empire by the beginning of the 20th century, have been analyzed for the first time. The article examined the idea of the “tax for the poor” that has appeared at the end of the 19th century due to the activity of Konstantin Grot’s committee, which is not only a means to ensure expenditures for state charity, but also a logical stage in the consistent development of charitable activities that was interrupted after the Russian Revolution. In addition, it covers the ratio of the “tax for the poor” and modern insurance contributions and the transformation of the purpose of the “tax for the poor”.



Keywords

budget, budget spending, social spending, social policy, charity, state charity, social security, social insurance, tax for the poor, compulsory insurance contributions.

Citation: Komyagin D.L. (2018) Charity on Russia: from Alms to “Tax for the Poor” and Back. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 99–121 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.99.121

Introduction

A new type of social payments will appear in Russia since January 1, 2018 — a benefit for families in which the first child was born. It will be paid every month to families, which average per capita income is less than one and half subsistence wages of the able-bodied population in the region, until a firstborn reaches one and half years of age. The national average amount of payment per child will be RUB 10.5 thousands in 2018. The estimated amount of payments will be RUB 144.5 billion in 2018. It is obvious that the amount will grow in 2019 for a total of two years, and if the number of newborns increases, the amount of payments will also increase.

The figures are considerable. At the same time, a new obligation for spending is only one of numerous obligations, which are realized within the framework of the social policy of the state. What is their volume?

According to the Report on the Implementation of the Russian Federation Consolidated Budget and Budgets of State Extra-budgetary Funds for 2015, the amount of money spent under the section “Social Policy” was approximately RUB 10.5 trillion. At the end of 2016, these data (in total) amounted to about RUB 10.1 trillion. This is approximately 35% of the total spending of the Russian Federation consolidated budget. Spending under the sections “Education” (Budget Classification Code 0700) and “Health Care” (Budget Classification Code 0900) is targeted at observance of constitutional social guarantees. Taking into account these sections, the total amount of spending on social guarantees for citizens will grow to approximately RUB 16.4 trillion, or 55% of the total amount of spending of the Russian Federation consolidated budget. Both in the former and in the latter case, social spending is the *first* largest spending of the consolidated budget that exceeds even spending on defense.

It should be added that spending targeted at the assistance to the needy is also planned under other sections of budget spending. For example, provision of equal transport accessibility for benefit recipients (Housing and Utilities section).

The prevailing nature of social spending can be illustrated through the history of benefits “*monetization*” which resulted in amendments to the laws for benefits and securities guaranteed to citizens by the state, according to Federal Law No 122-FZ of August 22, 2004.

The following citizens whose benefits were affected by monetization (the list is far from being complete) can be called, for example:

different groups of disabled persons, veterans, persons working in the regions of the Far North and equated localities;

military men, employees of law enforcement agencies, public prosecutor’s offices, courts, personnel of the penitentiary system, the Ministry of Emergency Situations; donors;

persons with children;

orphans and abandoned children;

aged persons;

victims of political repressions;

victims of radiation (due to the 1957 accident at the Mayak and discharges of radioactive waste into the Techa River, nuclear tests at the Semipalatinsk Test Site, liquidation of the Chernobyl disaster), etc.

Various benefits were related to public services, travel, holiday, treatment, supply of consumer goods and other special products, medical care, etc.

The appropriate benefits were transformed into various types of social services¹, which are provided according to individual needs, and (or) into monetary payments (including monthly monetary payments², social benefits, pension supplements, subsidies³). The specified types of budget spending are provided under the section "Social Policy" (subsections "Social Service for Population" and "Social Security of Population")⁴.

Accordingly, it should be emphasized that there were no above-mentioned social benefits and payments a century ago, and social spending (state charity) *was not planned at all* in the list of public expenditures and receipts on a regular basis.

Charity and State Policy

There is no doubt that the appearance of spending on social policy in budgets (they are also referred to as spending on social security or social protection⁵) is directly related to the development of *charity*, that is true both for Russia and for other states.

¹ According to Chapter 6 of Federal Law No 442-FZ of December 28, 2013 "On the Fundamentals of Social Service in the Russian Federation", the following services may be provided to the needy: household, medical, psychological, pedagogical social services, and assistance in job searching, obtaining legal services, and providing free hot meals or sets of products, cloths, footwear and other basic necessities, temporary housing. According to Art. 6.2 of the Federal Law "On State Social Assistance", social services include medicines, medical products, medical food, vouchers for health resort treatment, journey on suburban railway and intercity transport. See also Federal Law No 122-FZ of August 2, 1995 "On Social Service for Aged and Disabled Persons" // SPS Consultant Plus.

² Art. 63 of Federal Law No 181-FZ dated November 24, 1995 "On Social Protection for Disabled Persons in the Russian Federation" // SPS Consultant Plus.

³ For example, Art. 1, 12, 12.1 of Federal Law No 178-FZ of July 17, 1999 "On State Social Assistance"; Art. 5-8 of Federal Law No. 159-FZ of December 21, 1996 "On Additional Guarantees and Social Protection for Orphans and Abandoned Children" // SPS Consultant Plus.

⁴ There was a lot of debate among politicians about "Monetization Act". The main idea of this act was to replace benefits in kind with compensations in cash. It was postulated that after "monetization" the previously achieved level of social protection for citizens will be preserved and will probably increase. The "Monetization Act" has amended the legislation of the Russian Federation in such a way that the terms "benefits", "social protection", "social assistance" have been sequentially replaced by more vague term "social support".

⁵ English "social security" is targeted at ensuring a minimum standard of living, below which no one should fall.

According to the American researcher A. Lindenmeyer, the history of Russian charity is “forgotten Atlantida”⁶. This situation is due to the seventy-year prohibition of this subject during the Soviet era. This prohibition resulted from the ideological view that charity is “assistance that is hypocritically given by representatives of the ruling classes to some part of the indigent population in order to deceive the working people and divert them from the class struggle”, and in the USSR the “socialist system eliminated indigence, poverty and unemployment”⁷.

The organization of private charitable activities was prohibited in Soviet Russia, and for this reason, the actions of the Soviet authorities against the Russian Orthodox Church and international organizations, which attempted to help the starving population in the Volga Region, can be recalled).

Today, there are numerous researches of historical scholars specializing in history of charity⁸, sociologists research this subject⁹, and it is time for researchers in financial law. As mentioned by A. Isaev, “... *charity can be discussed from the point of view of economy*. Each act of charity is accompanied by the transition of certain benefits, certain property from one to another”, that is the subject of sciences researching public economy¹⁰.

⁶ Lindenmeyer A. Otkryvaya Atlantidu. Tendentsii i perspektivy izucheniya istorii rossiysloy blagotvoritelnosti [Discovering Atlantis. Trends and Prospects of Studying the History of Russian Charity]. *Blagotvoritelnost' v istorii Rossii. Hovye document i issledovania* [Charity in the History of Russia. New Documents and Studies]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 2008, p. 95.

⁷ *Bolshaya sovetskaya encyclopedia* [Big Soviet Encyclopedia]. 2nd ed. Vol. 5. Moscow: Sovetskaya Encyclopedia Press, 1950. P. 278–279.

⁸ In general, the author relied on the following fundamental works of contemporary historical scientists for the history of charity in Russia before the early 20th century: Ulyanova G.N. *Blagotvoritelnost' v Rossiyskoy Imperii v kontse 19 — nachale 20 veka* [Charity in the Russian Empire in the 19th–early 20th Century]. Moscow: Nauka, 2005, 287 p.; Sokolov A.R. *Blagotvoritelnost' v Rossii kak mekhanizm vzaimodeistvia mezhdu obschestvom i gosudarstvom (konets 18–konets 19 veka)* [Charity in Russia as a Mechanism of Interaction between Society and the State (early 18th century–late 19th century)]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 2007, 132 p. These studies reflect somewhat different estimates of the authors but coincide with the determination of the stages and major events during these periods. There are other significant historical works for this subject but they are fragmentary and less informative. In addition, there are detailed works of pre-revolutionary researchers (including lawyers and economists) that were created at the turn of last century and before last century. For detailed study of the historiography of charity, it is useful: Ulyanova G.N. *History of Russian Charity in the Coverage of Historiography of the 19th century — early 20th century*. 2006. Available at: http://galinaulianova.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=105%3Ahistory-blagotvoritelnost&catid=38%3Abooks&Itemid=60&lang=ru (accessed: 16.06.2016)

⁹ For example: Baleeva K.I. *Voprosy transformatsii traditsionnykh blagotvoritelnykh institutov v istoricheskoi perspective* [Issues of Transformation of Traditional Institution of Charity in Historical Retrospective]. *Blagotvoritelnost' prosveschenie: Istoria i sovremennost'* [Charity and Enlightenment: History and Modernity]. Saint Petersburg 2014; Peshkova N.N. *Blagotvoritelnost' v Evrope: zabava bogachei ili sposob resheniia sotsialnykh problem?* [Charity in Europe: Whim of the Riches or the Way to Solve Social Problems?] // *Sovremennaya Evropa*, 2014, no 3, pp. 106–115.

¹⁰ Isaev A.A. *Blagotvoritelnost' i obschestvennaya blagotvoritelnost'* [Charity and Public Charity] // *Reformy i zakon*, 2016, no 4, p. 40.

A.R. Sokolov says that the combination of state social insurance and security and private charity is optimal in public life¹¹.

It should be noted that the real amount of funds redistributed within the framework of charitable activities will always remain *hidden*, it cannot be measured accurately, and it can only be guessed. In the author's opinion, the amount is considerable.

Charitable activity in Western Europe and Britain was not interrupted, as in Russia, and is traditionally considered as an effective way to solve social problems. In addition, modern charity concerns not only *rich persons but everyone*. Sociological literature gives such figures: more than 110 thousand charitable foundations are registered in Europe and from 750 thousand to 1 million persons are employed there, and approximately EUR 100 billion are allocated for the programs of foundations every year.

History of State Charity in Russia

The development of state charity (public charity) in Russia can be reckoned from the 16th century¹². Vladimir Gerrier defined public charity as a cultural form of charity¹³. In the Soviet period, the term "state (public) charity" was replaced by the notion of "social security", and such synonym for the notion of social security as "social protection"¹⁴ only appeared in the 1990s.

As noted by G.N. Ulyanova, the history of charity in Russia as in other European countries had several stages:

personal alms;

state repressions against professional beggars;

sense of public duty and specialization of charitable activities by types and forms¹⁵.

However, as usual, the historical stages are conditional; in general, the development of charity was from "traditional Christian helping the poor" to "secular

¹¹ Sokolov A.R. Op. cit. P. 645.

¹² The term "public charity" was also used in names of different organizations and in public records in the 19th–20th centuries.

¹³ *Encyclopedichesky slovar Brockhauza i Efrona* [Encyclopedian Dictionary of Brockgauz and Ephron]. Vol. XXV. Saint Petersburg, 1898. P. 165.

¹⁴ Social insurance, which first appeared as workers' insurance in the late 19th century, first in Germany (1889), and then immediately in all other countries of Europe and in Russia, is not mixed with the notion of social security, as it differs in form and sources. At that time (as it is today), the state always subsidized insurance offices. For example, in Germany the insurance office was increased by 60% from workers' contributions and 40% from state subsidies.

¹⁵ *Ulyanova G.N. Zakonodatelstvo o blagotvoritelnosti v Rossii (konets 18– nachalo 20 veka)* [Legislation on Charity in Russia (late 18th–early 20th century)] // *Otechestvennaya istoria*, 2005, no 6, p. 78.

philanthropy”¹⁶. Today’s situation is characterized by a human inalienable right to receive social assistance and state guarantee corresponding to this right.

Alms and Christian Helping the Poor. «Industrial Beggars»

The beginning of charity is lost in time. It could be argued that monasteries played initially an important role in the sphere of helping the suffering persons in Russia, and such activity is still one of the most important for them. At the same time, monasteries used not only their own funds but also donations from the tsar and other noble persons. A. Sokolov even states that “until the 15th century, church charity in Russia existed with the tithe of the prince, who transferred (*to the monasteries*. — D.K.) not a casual, but a permanent income”¹⁷.

Due to the appearance and development of state (public) charity, alms did not disappear but ceased to play an apparent social role.

The beginning of the *second stage* of charity development in Russia can be traced back to the 16th century, when the state began to organize charity.

Academic literature mentions that information about organized charity in Russia appeared since 1551 that is, due to the decrees of Stoglavyy Sobor in the reign of Tsar Joann IV. Attention to charitable activities was also focused in the Code of 1649¹⁸.

However, the attempts of systematic legislative regulation of social assistance should be reckoned from the “social program” of Tsar Fedor Alekseevich that was set out in his decree in 1682. This decree, firstly, created a system of state charity and, secondly, divided the beggars into real beggars and “industrial beggars” or “feigned vagabonds”, who should be “separated” from the crippled and wretched persons, and who were prohibited to walk along the streets and were obliged to work¹⁹.

Another notable attempt of legal regulation of charity (in other words, social security) was made by Tsar Peter Alekseevich (Peter the Great). The issued decrees concerned the admission of the needy, sick and crippled persons in hospitals, almshouses, and “money for food” and the maintenance of military men-veterans. In the development of Fedor Alekseevich’s policy, begging (mendicancy) was completely prohibited. As part of the fight against parasites, Peter the Great’s decrees ordered, under penalty of fine, not to give alms personally but to send it to

¹⁶ Sokolov A.R. Op. cit. P. 3, 98–99.

¹⁷ Ibid. P.107.

¹⁸ Sulakshin S.S., Bachurina D.V., Vilisov M.V. et al. Blagotvoritelnost v Rossii i sotsialnaya pomoshch [Charity in Russia and Social Service]. Moscow: Yurist, 2013. P. 38.

¹⁹ *Blagotvoritelnaya Rossia. Istoria gosudarstvennoy, obschestvennoy i chastnoy filantropii v Rossii* [Charitable Russia. History of State, Public and Private Philanthropy in Russia]. P. Lykoshin, ed. Saint Petersburg: Pavlenkov, 1901. P. 89–94.

almshouses. Monastery departments were put in charge of the poor, and begging was declared as illegal profession. During this period, fines for charitable activities were deducted from dissenters, that is, it can be said on some financial provision of social assistance²⁰.

In the period between the reign of Peter the Great and Catherine the Great, the supervision of state charity affairs was transferred from churches, monasteries, and clergy to departments²¹.

Severe laws against physically healthy beggars and vagrants (including the death penalty) existed until the beginning of the sixteenth century in France, Germany and Italy. At the same time, the idea of charity as public duty appeared and began to grow stronger.

Public Duty

The next (third) stage of the history of state charity in Russia can be reckoned from Catherine the Great's Decree dated the 7th of November 1775 "Institutions for the Administration of the Provinces of the Russian Empire". By this decree, departments of public charity were founded in order to organize and maintain: public schools, orphanages, hospitals, almshouses, houses for terminally ill people, madhouses, workhouses and houses of correction. Departments were founded as part of provincial institutions, it was ordered to involve the best and wealthy people from all classes to manage them and to ensure the sources of their regular financing.

In the reign of Catherine the Great, departments of public charity were opened in 40 provinces²².

Less than a hundred years later, provincial departments brought their capitals to RUB 25 million and supervised 524 hospitals, 39 madhouses, 3 almshouses and 45 orphanages and educational houses²³.

It should be noted that these institutions were founded out of funds received as a result of secularization, since the monasteries were deprived of the opportunity to maintain their charitable institutions, and the state assumed these functions. Another interesting source of funds that was determined for the system of state charity, was percent of capitals (percent of users)²⁴. In addition, each department

²⁰ Ibid. P. 24.

²¹ Ibid. P. 165.

²² *Afanasyev V.G., Sokolov A.R. Blagotvoritelmost' v Rossii: istoriographicheskie aspekty* [Charity in Russia. Historiographical Aspects]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 1998, p. 22; *Voronov A.N. Structura blagotvoritelnyh institutov v Rossiyskoy Imperii* [Structure of Charitable Institutions in the Russian Empire]. *Blagotvoritelnost' v sotsialnoi politike Rossii: istoria and sovremennost'* [Charity in the Social Policy of Russia: History and Modernity]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 2000, pp. 46-51.

²³ *Blagotvoriteknaya Rossia...* P. 167.

²⁴ *Sokolov A.R. Op. cit.* P. 670.

was initially allocated a certain amount from the state treasury²⁵. Other sources for the departments activities were donations, payments for charity, income from the sale of maps, fines and penalties, percent of judicial contributions²⁶. Then, income from profitable institutions (fisheries, hotel yards and others) was added.

Private charity was officially permitted in 1781.

Later (in the 19th century–early 20th century) public charity widely developed. According to some published data, 19 thousand charitable institutions with a capital of RUB 268 million were in 1902, according to other sources — 11040 charitable institutions, 19108 parish boards of guardians, the calculations of the same period say that 6 charitable institutions were for every 100 thousand inhabitants of the European part of Russia²⁷.

In addition, Alexander I's rescript 1802 proclaimed: "*It is necessary to look for the miserable in their houses*"²⁸. This formula is connected with the general liking of the so-called Hamburg or Elberfeld system at that time.

The Hamburg system corresponds to a form of charity such as public *guardianship*. This form is based on the idea of prevention of begging and preventive assistance to the poor without stopping their ordinary professional activities²⁹. In other words, the able-bodied needy people need to be given the opportunity to earn their living.

The idea of guardianship, at the earliest stage, related to the foundation of workhouses, and from the 19th century it was expressed in the "Hamburg system" mentioned above, which Vladimir Gerrier described in details in his extensive dictionary entry³⁰. This system derives its name from the activity of the patriotic society in Hamburg at the end of the 18th century that acted on the principle of individualized assistance, when the guardianship of each poor was entrusted to a concrete well-off person. In Hamburg, and later in Elberfeld, the whole community was organized from a city head to a head of areas, districts and sub-districts. No more than four needy families were provided with targeted assistance and direct contact of a guardian and a needy in one sub-district. This system allowed reducing the number of parasites which could not go unnoticed.

However, the reform according to the German model failed in Russia for a variety of reasons but the idea of guardianship was accepted. Under Alexander the First, departments of public charity continued to be opened and new sources of financial support were found for such departments: half of arrears and fines

²⁵ It was prescribed to grant RUB 15 thousands to each department from the income of the relevant provinces. See: *Ulyanova G.N. Blagotvoritelnost'...* P. 182.

²⁶ *Blagotvoritelnaya Rossia...* P. 191 –197.

²⁷ *Sulakshin S.S., Bachurina D.V., Vilisov M.V. et al. Op. cit. p. 57.*

²⁸ *Blagotvoritelnaya Rossia...* P. 40.

²⁹ *Sokolov A.R. Op. cit. P. 84.*

³⁰ *Encyclopedichesky slovar ... Vol. XXV. P. 168.*

for "penalty fees", fines for passports issued to Gypsies (since 1809), church poor box collection (since 1812), percent of turnover of pledge amounts which were allowed to contribute into departments (since 1816), the remains of city incomes in 1821, remains from the sale of announcements to the Senate Printing House. The treasury was put in charge to maintain military men, civil prisoners and inferior employees of state authorities in hospitals of public charity. Other numerous non-recurrent payments were made to different departments and simultaneously to all departments. In addition, departments of public charity were exempted from duties when buying immovable and inherited (donated) property³¹.

In 1817, there were 51 departments of public charity with incoming capital: RUB 1038,825 from the treasury; with own capital of RUB 10 333 390 in paper money, 131 650 in silver, 245 138 in thalers, 10775 in chervonets, 5 000 in shares; with external capital of RUB 13 589 590 in paper money, 167330 in silver 5 073 in thalers, 22 524 in chervonets. The value of property was at least RUB 5 000 000. In general, the own capitals of departments increased from 1810 to 1825 from RUB 6 080 000 to RUB 24 196 000, i.e. almost four times³².

Since the 1860's, the development of public charity took the line of decentralization. Departments of public charity consistently lost the functions of management of public schools (since 1782), guardianship of prisons, workers and houses of correction (since 1866). After introduction of a *zemstvo*, all functions and capitals of departments of public charity were transferred to these *zemstvos*. Departments remained only in non-*zemstvo* provinces.

Besides departments and *zemstvo* institutions, voluntary societies founded by members of the imperial family as private individuals, played a significant role in charitable activity in Russia in the 19th century. The Philanthropic Society was founded in 1802, and in 1816 it was reorganized into the Imperial Philanthropic Society receiving stable financial support³³.

The Department of Empress Maria³⁴ was founded in 1797 and existed at the expense of personal funds of the Empress (50 percent), government subsidies and private donations. The department also received percent of turnovers of the Loan Treasury and Saved Treasury, percent of payments from amusements and theaters and map monopoly. Statistical data for 1909 shows the activities of the institutions of the Empress in general. As of January 1, 126.440 and 25.959 foster children were in St. Petersburg and Moscow Orphanages, respectively. 54.486 hospital patients

³¹ *Blagotvoritel'naya Rossiya*...P. 194-197.

³² *Ibid.* P. 202.

³³ Up to RUB 100 000 every year, according to other data — RUB 35 000 (since 1900).

³⁴ Wife of Paul I Maria Fedorovna. Later, the department was headed, under Alexander I, by Empress Elisaveta Alexeevna, under Nicholas I, by Empress Alexandra Fedorovna, under Alexander II, by Empress Maria Alexandrovna, under Alexander III, by Empress Maria Fedorovna, and under Nicholas II, by Empress Alexandra Fedorovna.

and 550.306 ambulant patients (more than 1.6 million visits) received help in hospitals and clinics in 1909. 5.022 aged persons lived in almshouses and rest houses, 25.128 children lived in children's institutions. 24.748 people received different assistance (housing, lessons, clothes, footwear, firewood, food, money). In 1909, 710.252 persons of both sexes, in total, were under guardianship, and spending on assistance to them amounted to more than RUB 10 million (10 621 240, 25). The number of institutions of the Department of Empress Maria was constantly increased: 459 institutions were in 1881, when Maria Fedorovna began to head the department, and more than 1000 in 1902. The amount of capitals was more than RUB 128 million by January 1, 1905, and the annual budget was estimated at least RUB 24 million in the early 20th century³⁵. The Imperial Philanthropic Society and the Department of Empress Maria accumulated a considerable immovable property fund, where charitable institutions were located.

In pre-revolutionary Russia, the following institutions, besides the above-mentioned institutions, were involved in charity work: committees on the poor (committees for the analysis and charity for beggars)³⁶; parish boards of guardians (the source of their activities was poor box collection or combined books)³⁷; the above-mentioned charitable funds of zemstvos and cities (out of capital of former departments of public charity) and other³⁸.

Numerous state authorities also had social institutions within their structure. For example, even the Ministry of Finance was in charge of temperance societies³⁹. Special institutions were founded for charity to the deaf mutes, juvenile criminals, funds were allocated for the fight against prostitution that included search, treatment and other necessary assistance, canteens and the like were opened for people under the patronage of the Grand Duchess Ekaterina Mikhailovna.

By the early 20th century, the issue of *compulsory insurance of workers* was resolved by the adoption of the Law 1903 "On remuneration of persons, workers and employees, and members of their families, who suffered as a result of an accident at enterprises of factory and mining industry" and of the Law 1912 "On insurance of workers in case of illness and accidents", these duties were put in charge of employers.

³⁵ Ulyanova G.N. (2006) Imperatritsa Maria Fedorovna v Russkoy blagotvoritelnosti: materskaya zabota o sredayuschih [Empress Maria Fedorovna in the Russian Charity: Mother Care of the Suffering]. *Empress Maria Feodorovna. Life and Destiny*. Saint Petersburg: Amphora, 2006, pp. 103–119.

³⁶ Appeared approximately at the same time with the transfer of functions of departments of public charity to zemstvos.

³⁷ For example, scholar literature gives a selection for 1901 that 19108 parish guardianships were for 63 eparchies (Afanasyev V.G., Sokolov A.R. Op. cit. P. 45).

³⁸ Ulyanova G.N. Blagotvoritelnost... P. 208–209.

³⁹ Simultaneously with the sale of alcohol.

In general, during the imperial period of Russian history, despite the predominantly voluntary nature, social insurance is distinguished by a significant range and volume but, at the same time, lack of system⁴⁰.

“Tax for the Poor” and Insurance Contributions

A visible attempt to reorganize public charity in Russia was the activity of Konstantin Karlovich Grot’s (1815–1897) committee. The committee was established in 1892 after the strongest famine in 1891–1892, when “organization of assistance was strongly affected due to the absence of permanent charitable bodies in the localities”⁴¹. The idea Grot was guided by was the thought that “private and governmental activities should mutually supplement each other”⁴². For this purpose, the following tasks were set: determination of the necessary criteria for the right to engage in charitable activities⁴³, and the right to receive such assistance, for example, due to age, illness, etc. (rights to charity); determination of sources for charity; arrangement of the system managed by central and local authorities; determination of types and methods of charity and the relevant institutions — workhouses, hospitals, almshouses, shelters, others.

In the course of activities, the Committee developed the following principles for the organization of public charity: the functions of this charity are broader than the functions of private charity, so long as public charity sets the tasks of common wealth in addition to the objects to help poor individuals; help must be for all classes⁴⁴; public charity is a guarantee, which a cultural state gives its citizens (the right to help); besides persons who are unable to work (old persons, children, disabled ones), persons capable for work must have the right to charity but with the requirement of work performance and not as encouragement of parasitism⁴⁵.

The last conclusion was made under criminal statistics of that time (including foreign statistics): a class of proletarians capable for work gave the highest percentage

⁴⁰ Authors name twelve authorities being in charge of charity including both state and public organizations. See: *Afanasyev V.G., Sokolov A.R.* Op. cit. P. 95. Among others, for example, the Department of Empress Maria, the Imperial Philanthropic Society of the Ministry of Internal Affairs, the Holy Synod (for parish institutions). Consideration of all cases relating to charity and public charity was transferred to the competence of the Ministry of Internal Affairs since 1862.

⁴¹ *Ulyanova G.N.* *Blagotvoritelnost’*... p. 167; *Sokolov A.R.* Op. cit. P. 29.

⁴² *Ulyanova G.N.* Op.cit. P. 166.

⁴³ Certain legislative acts prohibit accepting donations from “vicious” people by that time.

⁴⁴ The Charter of Public Charity 1857 provided the principle of class assistance.

⁴⁵ Vladimir Gerrier drew attention to the fact that during the period of famine in 1891–1892, the government and zemstvos helped the needy villages with bread, which was given on loan, but many workers leaved their places of work and positions, hoping for free bread, not being afraid of loans. G.N. Ulyanova notes the problem of the “pauperized” peasantry in Russia, when the whole villages begged and lived more prosperously than their neighbors-tillers.

of crimes. Leading criminologists noted that spending on charity “is repaid by saving in spending on prisons” because poverty is one of the factors of criminality⁴⁶.

Due to the death of Konstantin Grot, the committee was dissolved, and the materials were transferred to the newly formed department of the Ministry of Internal Affairs, which began to take into account, in its circulars and practical activities, the “intellectual capital” accumulated by K. K. Grot’s committee⁴⁷. The author, for his part, recognizes the indisputable scientific value of discussions and unpublished works of the committee, especially for the tax on the poor. Numerous prominent scientists and public figures of that time took part in the discussions of the committee, among them, for example, K.P. Pobedonostsev, P.I. Georgievsky, I.T. Tarasov, A.A. Isaev, V.I. Gerrier, E.D. Maksimov, D.I. Pikhno, A.S. Okolsky.

The idea of tax for the poor needs was actively discussed since the late 19th century. The following opinions were in the publications of that time: “the only way to acquire sufficient funds (*to help the needy*. — D.K.) could be a special tax”, which was supposed to be collected from employers with more than four employees⁴⁸.

As indicated above, all numerous Russian charitable organizations (tens of thousands⁴⁹) were abolished⁵⁰ after 1917 for several years and instead of them the following institutions appeared: the Board for the Protection of Maternity and Childhood (1918), the Fund for the Provision of the Red Army Children (1918), the Committee for Minors (1918) and some other state institutions. Guardianship bodies for the blind and deaf, reorganized in quasi-state bodies, were not included in the liquidated voluntary organizations. The People’s Commissariat of State Charity began to carry out state regulation in the sphere of assistance to the needy (1917), later it was reorganized soon into the People’s Commissariat of Social Security (1918).

Subsequently, the functions of social security and related allocations were distributed by the authorities responsible for labour relations or health care that is

⁴⁶ Ulyanova G.N. *Blagotvoritelnost’*... P. 17–32.

⁴⁷ Ibid. Ulyanova determines four periods: 1) before the reform 1861, when there was an accumulation of legislative and practical experience; 2) the reform period, during which there was a transition from casual regulation to systematization and codification; 3) Grot’s committee work in the 1890s that attempted to draw up the legislation on new principles of assistance to all classes 4) the reign of Nicholas II, when the legislation was developed under new legal conceptions.

⁴⁸ Sokolov A.R. *Op. cit.* P. 217.

⁴⁹ According to the data of 1902, 11 040 charitable institutions, 19 108 parish boards of guardians, according to the calculations of this period, 6 charitable institutions were for every 100 000 inhabitants of the European part of Russia. See: Sulakshin S.S., Bachurina D.V., Vilisov M.V. et al. *Op. cit.* P. 57.

⁵⁰ See Regulations on Voluntary Societies and their Unions, adopted by the Resolution of the All-Russian Central Executive Committee and the RSFSR Council of People’s Commissars of July 10, 1932, the resolution of the Central Executive Committee and the USSR Council of People’s Commissars of January 6, 1930 “On Procedure for the Foundation and Liquidation of Nonprofit Societies and Unions” and of September 27, 1933 “On Production and Commercial Activities and Lottery Work of Voluntary Societies” (USSR Collection of Laws. 1933. No. 61. Art. 362).

evident even from their names⁵¹. Funds intended for social (including pension) insurance (whose source was insurance contributions paid by employees and employers) were variously administered by specialized authorities, trade unions, and currently by management bodies of state off-budget funds (the Pension Fund, the Social Insurance Fund, federal and regional funds of compulsory medical insurance). In either case, the bodies administering the social insurance funds were under the control of the above-mentioned ministries.

In the Soviet period of Russian history, there were universal free medical care and universal social insurance. The budget of social insurance was a separate component in the USSR budget. Thus, social spending on social insurance was a part of state budget spending.

The issue of “tax for the poor” received a new life after the USSR dissolution, when the state budget ceased to exist. Compulsory insurance contributions appear now as this tax.

It is admissible determine five stages of appearance and development of compulsory insurance contributions in the Russian Federation.

The first stage (early 1990’s–1998) is connected with the formation of state social insurance funds, the determination of obligation for employers to pay insurance contributions. During this period, the insurance contributions were regulated by the tax legislation⁵².

The second and third stages (1999–2001) are connected with the unification of insurance contributions into a *single social tax*, while maintaining the principle to receive payments separately to each fund.

The fourth stage (2002–2009) is characterized by the introduction of special compulsory insurance contributions — for compulsory social insurance against accidents at work and occupational diseases (paid to the Social Insurance Fund) and compulsory pension insurance (paid to the Pension Fund of Russia)⁵³.

The fifth stage (since 2010) is connected with the final abolition of a single social tax and introduction of the obligation for the insured to pay insurance contributions separately to the Pension Fund of Russia, the Social Insurance Fund, the Federal Compulsory Medical Insurance Fund and the Territorial Compulsory

⁵¹ The USSR State Committee for Labour and Social Affairs, the USSR Ministry of Labour and Social Affairs, the RSFSR Ministry of Health and Social Security, the Ministry of Social Protection of the Russian Federation, the Ministry of Labour and Social Development of the Russian Federation, the Ministry of Labour and Social Protection of the Russian Federation.

⁵² Clause 8 of the Procedure for the Payment of Insurance Contributions by Employers and Persons to the Pension Fund of the Russian Federation (Russia) approved by Decree No 2122-1 of the Supreme Council of the Russian Federation of December 27, 1991 «Issues of the Pension Fund of the Russian Federation (Russia)» // SPS Consultant Plus.

⁵³ Federal Law of December 15, 2001 No 167-FZ “On Compulsory Pension Insurance in the Russian Federation” in the original version // SPS Consultant Plus.

Medical Insurance Fund. This period is characterized by a complete transition from tax principles to insurance principles of payments.

One can assert that at the present moment there is the sixth stage of development of legislation for insurance contributions due to the fact that the regulations on compulsory insurance contributions were included again in the Tax Code of the Russian Federation (hereinafter referred to as the Tax Code of RF) in 2016 as independent (after taxes and dues) compulsory payments⁵⁴.

It is worth noting such topical issue as the purpose of insurance contribution in comparison with the “tax for the poor”.

However, it should be noted that insurance of workers (from the end of the 19th century in Germany first and then in other countries of Europe and in Russia) and state charity (in Russia from the end of the 18th century) developed separately from each other as independent areas of public activity. The evolution of state charity led to the idea of “tax on the poor”, and the development of insurance of workers led to the appearance of social insurance funds. Today, in Russia both these ideas are combined in insurance contributions, which must be paid by employers and individuals.

According to common opinion represented in the academic literature insurance contributions are to separate from taxes for a number of criteria, the main of them are purpose, personification and individual refundable nature.

According to the Art. 8 of the Tax Code of the Russian Federation, a tax is a compulsory and individually non-refundable payment which is collected from organizations and individuals by means of the alienation of monetary resources which belong to them on the basis of the right of ownership for the purpose of financing the activities of the state and (or) municipalities.

The Constitutional Court of the Russian Federation determined in its Decision of November 11, 1997 No. 16-P that the purpose of tax collection is “to cover expenses of public authority”⁵⁵.

Social security, as shown above, is one of the purposes of public policy and is provided by significant budget expenditures. That is, the public purpose of taxes and insurance contributions is the same.

What is the difference? Literature determines that insurance contributions are “material guarantee of state pension security for persons when they are deprived of the opportunity to have earnings (income) or lose it due to age, state of health and for other reasons which are considered as insurance risks and grounds for state pension security”⁵⁶.

⁵⁴ Federal Law No 243-FZ of 03.07.2016 “On Amendments to Part One and Two of the Tax Code of the Russian Federation” // SPS Consultant Plus.

⁵⁵ Bulletin of the Constitutional Court of the Russian Federation, 1997, no 6, p. 4.

⁵⁶ *Gritsenko V.V.* K discussii o pravovoy prirode vnzosov na sotsialnoe straxovanie [On Legal Nature of Insurance Contributions]. Bulletin of Saratov State Academy of Law, 2015, no 4, p. 227.

Therefore, one of the main signs of insurance contributions is called their *personalization*. That is, as opposed to taxes, insurance contributions are not depersonalized but should be accounted on individual personal accounts of each insured person for the further payment, for example, the payment of pension. It should be noted that the payment of taxes is shown in a special personal taxpayer's account, which is operating today in the same regime as an individual pension personal account. Insurance contributions paid as well as taxes are depersonalized in public monetary funds⁵⁷ and used for the purposes determined by the legislation.

It is noted that insurance contributions are calculated and payable not in order that insured persons can perform specific activities but in order that working persons can accumulate future old-age pensions, and in order to ensure payments in case of occupational accidents and diseases". This can be called a sign of *individual refundable nature* of insurance contributions and, of course, this will distinguish them from non-refundable taxes. However, is the payment of insurance contributions really refundable? The prospect of pension-age increase has aggravated this problem. Unfortunately, many persons may not exercise their rights to receive pensions. The amount of granted payments is not directly related to the amount of contributions paid (there is a minimum amount), but depends more on other factors: age, employment period, nature of employment. Accumulated insurance contributions are not inherited, not transferred, and not alienated. It cannot be said that the payment of insurance contributions causes a counter-obligation of the state to grant pensions. The payment of insurance contributions is rather one of the conditions for granting a pension. It should be emphasized once again that the amount of insurance contributions paid does not correlate with the amount of further social payments. It is only the realization of the principle of solidarity between generations, which may be an issue.

In general, there are a lot of arguments against the refundable nature of insurance contributions. Giving refundable nature to insurance contributions is still only one of the possible prospects for their development.

Thus, according to Russian practice, there is no much difference between insurance contributions and taxes. For this reason, it can be noted that the "tax on the poor" discussed at the end of the 19th century, insurance of workers appeared at the same time and modern insurance contributions are interrelated.

Let us now consider the purpose of the "tax for the poor needs". This purpose follows directly from its formulation. That is, the purpose of that tax was not related to the idea of individual refundable nature and personalized payments. The tax itself was purpose, and the ground to establish the tax was an idea of philan-

⁵⁷ Today, there are three: the Pension Fund of the Russian Federation, the Federal and Territorial Funds of Compulsory Medical Insurance and the Social Insurance Fund. There is a high probability that the Social Insurance Fund and the Federal Fund of Compulsory Medical Insurance will be abolished as separate financial institutions and will be included in the federal budget.

thropy and public security. The idea of individual refundable nature of insurance contributions forces to recognize that the predominant motivation for their establishment is individual material interests, and this is disputable.

Humanitarian Spending and New Monetization

A. Isaev emphasized the obvious fact — a society cannot be built under the principles of selfishness (or it breaks up into atoms — separate individuals)⁵⁸.

There are opposite opinions (regarding state charity): “... the state is guided not so much by moral considerations of compassionate assistance to the neighbor, human justice, as by requirements of security and tranquility, “by preventing and stopping”⁵⁹.

Christian doctrine played a decisive role for the appearance and development of charitable activities in Russia and the countries of Europe and America. O.A. Chernega notes that charity as social phenomenon originated in the bowels of the Christian Church and the first charitable institutions acting as Latin *piae causae* were church organizations. However, this author notes that elements of state charity existed until the 1st century AD in ancient Rome, where alimenta of Emperor Nerva (96–98) that represented charity funds for orphans and children of poor parents, existed along with the traditional alms. Such charity as opposed to Christian charity had non-religious, secular nature⁶⁰.

Christian commandments in aggregate represent the doctrine of doing good. One of the evangelical commandments says: “Blessed are the merciful, for they shall obtain mercy” (Matthew 5: 7). The Lord Jesus Christ identified himself with all suffering persons by evangelical words: “For I was hungry and you gave me food, I was thirsty and you gave me drink, I was a stranger and you welcomed me, I was naked and you clothed me, I was sick and you visited me, I was in prison and you came to me” (Matthew 25.35).

Early Christian charity was expressed not only in the verbal preaching of mercifulness but also in that Christians made donations for the needy during divine services. In the course of time, Christian divine services became public and stipends were modified into ablutio — weekly donations of celebrants and other wishing persons to the community charity fund⁶¹.

Today, there is the process of transformation of the idea of Christian assistance to the neighbor into “secular philanthropy” or — into “*humanitarian spending*”,

⁵⁸ Isaev A.A. Blagotvoritelnost' and obschestvennaya blagotvoritelnost'... P. 40.

⁵⁹ Belyatskin S.A. Voina i gosudarstvennaya kompensatsiya uscherba [War and State Remuneration of Losses]. Petrograd, 1915. P. 13.

⁶⁰ See: Chernega O.A. Pravovaya model blagotvoritelnykh organizatsiy [Legal Model of Charity and Charitable Organizations]. Doctoral Law Thesis Summary. Moscow, 1998. P. 29.

⁶¹ Ibid.

which is no longer based on the fulfillment of the evangelical commandments. This visible difference is, for example, for the implementation of laws on euthanasia in the countries of Western Europe. In particular, the deprivation of charitable status threatens the Swiss nursing home belonging to the Christian organization Salvation Army if it does not apply euthanasia for its patients. Another example (in Belgium): euthanasia for children, it has the specific wording "mercy killing". It is obvious that the Christian doctrine and assistance in suicide (certainly killing) are incompatible with each other.

What tendencies in the development of spending on social policy can be noted? It seems that it combines the influence of several factors: the integration of foreign practices through international institutions; economic or other ideas (often radical), taken for implementation; the general evolution of culture and society in general.

It can be assumed that the transformation of charity towards "secular philanthropy" is accompanied by a change in the objective notions of "poverty".

By the end of the 19th century, poverty was determined as a chronic lack of satisfaction of the most urgent needs, which are obvious. This is food, clothing, and housing. "The person who cannot be above this limit, that is, who is deprived of means to satisfy the most urgent needs is poor. In the opinion of E. Munsterberg, such everyday state of lack of satisfaction of the most urgent needs is the essence of the concept of "poverty"⁶². Extreme poverty was called beggary.

Later, poverty has been already determined relative to the general standard of living in society, as a condition when "normal living and existence of living conditions, which are habitual or at least encouraged or accepted in society, becomes impossible"⁶³.

And then, poverty began to be determined by statistical methods according to the norms that are associated with a minimum consumer basket or the cost of living⁶⁴.

Today, it became clear the tendency when the subjective criterion associated with the dignity and development of a person, the level of his satisfaction is also used to determine the poverty threshold. Article 7 of the Constitution of the Russian Federation states that the purpose of social policy of the state is to create conditions to ensure a *decent* life and free *development* of any person.

Some information can be obtained from the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter EHCR).

⁶² See: *Shiryayeva S.V.* Bednost' kak sotsialnyi i pravovoy fenomen v trudah russkih yuristov kontsa 19 veka [Poverty as a Social and Legal Phenomenon in the Writings of Russian Lawyers of late 19th Century] // *Problems of Russian Statehood: Issues of History, Theory and Practice*, 2010, no 1, pp.16–19.

⁶³ *Townsend P.* Poverty in the United Kingdom. Harmondsworth, 1979; *Mikhalkina E.V.* Poverty as a Phenomenon of Post-reform Social Development — Methods of Measurement and Evaluation // *Economic Bulletin of Rostov State University*, 2005, no 4, p.12.

⁶⁴ *Mikhalkina E.V.* Op. cit. P.14.

In particular, the ECHR is currently confidently defending the human right not to a minimum amount of benefit but to an amount not abasing human dignity⁶⁵. According to judicial practice, an insufficient amount of pension can be considered within the meaning of the European Convention on Human Rights (hereinafter referred to as the Convention)⁶⁶, which prohibits inhuman or degrading treatment⁶⁷. At the same time, the ECHR takes the position that the Convention does not guarantee economic and social rights as such⁶⁸.

It is interesting that the ECHR refers the right to receive social assistance to the property rights (including and not for citizens) and non-payment of benefits means even a violation of property rights⁶⁹ in combination with making insurance payments.

The notion of “*humanitarian spending*” (as opposed to spending on charity) introduced in this article is dictated by the use of the economic term “human resource” in lawmaking⁷⁰. Social spending (social security, social protection and social insurance) is treated as investments in human capital (resource). For example, human resources were recognized as a key factor in the development of the national economy in the USA at the end of the last century that means reorientation of social assistance programs from traditional forms to “promoting the development of each person and groups”⁷¹.

This means the following: if charitable donations mean a living person as ultimate goal and sense of such activities, then the motivation for investing in human capital is not philanthropy but the Protestant ethic described by M. Weber and certainly not human, rational choice of G. Becker⁷².

He notes in his Nobel lecture that “Specialists from fields that do consider social questions, i.e. sociologists, lawyers, political scientists, historians, are often attracted to the economic way of modeling behavior because of the analytical power provided by the assumption of individual rationality” (Becker, 2003: 608). Indeed, G. Becker’s calculations provide support for solutions in many situations. For ex-

⁶⁵ It corresponds to the goal of state policy provided in the first part of Art.7 of the Constitution of the Russian Federation for the creation of conditions ensuring a decent life and free human development.

⁶⁶ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms was ratified by Federal Law No 54-FZ of March 30, 1998 “On Ratification of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols”// SPS Consultant Plus.

⁶⁷ ECHR Case Larioshina v. Russia (56869/00).

⁶⁸ ECHR Case Pashenko v. Latvia (40772/98).

⁶⁹ ECHR Case Gaygusuz v. Austria (17371/90), Koup Poirrez v. France (40802/98).

⁷⁰ *Lebedeva L.F. SSha: gosudarstvo i sotsialnoe strahovanie. Mechanism regulirovania* [USA: State and Social Security. Mechanism of Regulation]. Moscow: Nauka, 2000, p.17.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² See: *Becker G. Ekomonicheski analiz povedenia cheloveka* [The Economic Approach to Human Behavior]. Moscow: State University — Higher School of Economics Publishers, 2003. 672 p.

ample, according to his calculations, investments in education of employees are acceptable when an employee (a corporate employee) receives a highly specialized qualification that does not expand the possibilities for his employment. It is obvious that otherwise there is a leak of trained personnel.

But sometimes Becker's opinions are unexpected. For instance, his assertion that rational choice is applied to all markets including the bride market. It is surprising that Becker, using the model of rational choice and mathematical technique, moves from analyzing economic phenomena to others, for example, family phenomena. The application of the idea of rational choice is accepted here through the evolution (change) of the family⁷³.

It is the author's opinion that the development of each person is the main purpose of its existence. However, the danger is that the purpose of his social construction is often suggested instead of human development. In the first half of the 20th century, two programs for the creation of a "new man" were implemented: due to manipulations aimed at the genepool (in Nazi Germany) and due to controlled change in the social order (in the Soviet Union). It can be said that today both projects are still in progress not so radically but worldwide. The first direction of human *construction* through the achievements of biogenetics is accompanied by attention from experts in bioethics. But there is another, social human construction, not in the framework of biogenetics, but related to the implementation of economic concepts, in particular, the development of human capital. These ideas began to penetrate into the legislation from the beginning of this century.

The term "human capital" remains undetermined — it is unclear whether it is the person himself, or this person is only the bearer of some nonmaterial benefit?

Works appeared for a long time allow calculating human capital by a set of certain indicators (Mincerian equations) and giving certain specific recommendations on capital investment for a private corporation on a microlevel first and then for the government. Thus, the idea of calculating human capital broke its way from theory to practice; the next key question is the set of indicators that should be used in the calculation. Today, in the conceptual field of human capital includes the *worldview* (for the correct formation of preferences) in addition to education, professional development, medicine, health, nutrition and other similar indicators. The very notion of the development of human capital was combined with the concept of the knowledge economy, which increased its popularity and made the guiding idea in the documents of international organizations⁷⁴.

⁷³ However, according to Becker's own opinion, this step cost him considerable energies, time and intellectual tension. It should be noted that the demonstration of "boundless" opportunities for economic analysis brought him fame.

⁷⁴ See, for example, United Nations Human Development Report 2016: Human Development Report for Everyone. N.Y., 2016.

The purpose of human improvement evokes in memory the horrors of social experiments in 20th century, the policy of racial selection in the framework of the theory of eugenics in addition to humanistic ideas in pedagogy. It is to be hoped that such lessons have been learned.

Despite the above-mentioned, the example of the United States in the field of social security has many positive features. For example, there are two social security functions in the United States: satisfaction of basic needs (measures against poverty) and compensation for lost income (that is, maintaining of a standard of living). Despite the fact that private and professional social insurance funds prevail in the United States over other states, old age is ceased to be a synonym for poverty there⁷⁵.

The issue of migration, in general, and the limits of social security for migrants, in particular, currently became topical. This problem became a factor influencing the development of spending on the implementation of social policy.

The right of migrants to social security were recognized long ago by International Labor Organization (ILO) Conventions, which stipulate that migrant workers enjoy social protection and benefits no less than workers living in areas of employment⁷⁶; the state is obliged, without discrimination, to grant to immigrants conditions not less favorable than those enjoyed by own citizens⁷⁷. The European Union Acts also provide the same⁷⁸.

Waves of migrants that continue to shake the EU countries raise the issue of admissibility of social payments to the so-called “economic migrants”, i.e., to those, who arrived not for work but in search of better life. “Buying loyalty” through the payment of benefits to these migrants leads to the opposite result. This means just another blow to the concept of the *welfare state* that implies widespread social security and insurance.

Accordingly, it will be recalled one of the critics of Milton Friedman’s conception, who proposed (with regard to the United States) to reform the social security system by replacing “the ragbag of specific welfare programs with a single comprehensive program of income supplements in cash — a negative income tax linked to the ordinary income tax” and “to curtail the social insurance system without a refusal to fulfill current obligations, that will gradually force people to be concerned of their own future”⁷⁹.

⁷⁵ *Lebedeva L.F.* Op. cit. P. 31, 33, 62, 91.

⁷⁶ International Labor Organization Convention No. 117 “On Basic Aims and Standards of Social Policy”. Geneva, 1962.

⁷⁷ ILO Convention No 97 “On Migrant Workers”. Geneva, 1949.

⁷⁸ The European Code of Social Security (1964), the European Social Charter (1961).

⁷⁹ *Friedman M., Friedman R.* Free to Choose: A Personal Statement. Moscow: Novoe izdatelstvo, 2007. P. 141.

The idea of negative income tax is a radical idea⁸⁰ that can be illustrated by the following quote: "it (*a negative income tax*. — *D.K.*) will be universal because it will provide assistance to the recipient not because the recipient is an old, incapable or sick person or lives in a certain locality, or has one of many specific features that give the right to receive benefits under one of the existing programs. Assistance will be provided because that recipient has a low income"⁸¹.

It appears that it is not necessary to help people in real need (old persons, sick persons, and mothers), and it sounds cynical. Nevertheless, the idea of introduction of an unconditional basic income is developing and getting stronger (although it has little prospects) and it almost coincides with the proposal of Friedman⁸². Basic income is a unified and single social benefit paid to all citizens, regardless of their needs and employments. In other words, an unconditional basic income is not specific or targeted. The referendum on the introduction of an unconditional basic income gave a negative result in Switzerland but experiments are conducted in some countries both by state and private institutions.

Thus, there is another tendency in the development of spending on social policy that can be called as ultra-monetary or "new monetization" when returning to the beginning of this work.

Conclusion

A long history, which is connected with the evolution of charitable activities, preceded the appearance of such spending in the section structure of the classification of budget spending. The initial alms or Christian helping the poor, after the period of state repressions against beggars, was gradually transformed into awareness of public duty and public charity, and the state began to play the leading role in the organization of public duty and public charity.

As a result, various types and forms of widespread charitable activities developed in Russia by the end of the 19th century. Sources of these activities were various: donations, direct payments from the treasury, percent of capitals, court deposits and turnovers of pledge amounts, payments for charity, income from the sale of maps, some fees, penalties, income from own enterprises, a part of arrears, poor box collection and collection according to subscription lists, numerous non-recurrent payments. Almost all activities similar to modern health care, social security and, in part, primary education, was carried out through private initiative.

⁸⁰ Another radical idea proposed by M. Friedman was the legalization of drugs within the framework of the concept of "freedom to choose" defended by him.

⁸¹ *Friedman M., Friedman R.* Op. cit. P. 143–144.

⁸² Declaration calling for the introduction of basic income was promulgated at the World Economic Forum in Davos in 2016 on behalf of robots in order to attract attention. Available at: <http://www.grundeinkommen.ch/wef-roboter-fuer-grundeinkommen/> (accessed: 02.11.2016)

The idea of “tax for the poor people needs” arose in the course of search for new funds and is currently implemented in compulsory insurance contributions as independent (after taxes and fees) form of compulsory payments.

In the Soviet period, the issue of charity was consigned to oblivion but today it can and must be raised again and studied not only from the point of view of history and sociology but also from the point of public economy in so far the redistribution of national resources is concerned. Accordingly, the experience of regulation of public charity that connected with the activities of Konstantin Grot’s committee may be in demand.

The amount of funds redistributed through charitable activities cannot be called insignificant. Such funds are drawn from the same source from which budget revenues and state credit are derived, that is, from the national income, and this indicates a significant potential for the development of charitable activities.

Social security and charity are components of a single state social policy today, and the prospect of their development has several directions dictated by the integration of foreign practices through international institutions; the introduction of economic concepts; the overall evolution of culture and society.

Today, the right to receive social assistance is property right, and its violation can be treated as a violation of property right. There is a marked trend to transform social spending into “humanitarian spending”, which is based not on the fulfillment of the evangelical commandments but on economic ideas.

The idea of introduction of unconditional basic income is one of the potential ways to change spending for social security. This way is not promising and can be described as the next stage of the recent monetization of benefits in Russia; the results of this monetization were no more successful than the results of privatization in the 1990s.



References

- Afanasyev V.G., Sokolov A.R. (1998) *Blagotvoritelmost' v Rossii: istoriographicheskie aspekty* [Charity in Russia. Historiographical Aspects]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 316 p. (in Russian)
- Becker G. (2003) *Ekomonicheski analiz povedenia cheloveka* [The Economic Approach to Human Behavior]. Moscow: State University — Higher School of Economics, 672 p. (in Russian)
- Blagotvoritalnaya Rossia. Istoria gosudarstvennoy, obschestvennoy i chastnoy filantropii v Rossii* (1901) [Charitable Russia. History of State, Public and Private Philanthropy in Russia]. P. Lykoshin, ed. Saint Petersburg: Pavlenkov, 112 p. (in Russian)
- Friedman M., Friedman R. (2007) *Free to Choose: A Personal Statement*. Moscow: Novoe izdatelstvo, 356 p. (in Russian)
- Grigoryev I.V. (2008) *Sotsialnoe strahovanie trudiaschihsa migrantov v Rossii: pravovye voprosy* [Social Security for Migrant Workers in Russia: Legal Issues]. Ekaterinburg: University, 201 p. (in Russian)

- Gritsenko V.V. (2015) K discussii o pravovoy prirode vnosov na sotsialnoe strahovanie [On Legal Nature of Insurance Contributions]. *Bulletin of Saratov State Academy of Law*, no 4, p. 227.
- Isaev A.A. (2016) Blagotvoritelnost' i obschestvennaya blagotvoritelnost' [Charity and Public Charity]. *Reforms and Law*, no 4, 133 p.
- Lebedeva L.F. (2000) *SSha: gosudarstvo i sotsialnoe strahovanie. Mechanism regulirovaniya* [USA: State and Social Security. Mechanism of Regulation]. Moscow: Nauka, 301 p. (in Russian)
- Lindenmeyer A. (2008) Otkryvaya Atlantidu. Tendentsii i perspektivy izucheniya istorii rossysloy blagotvoritelnosti [Discovering Atlantida. Trends and Prospects of Studying History of Russian Charity]. *Blagotvoritelnost' v istorii Rossii. Hovye document i issledovaniya* [Charity in the History of Russia. New Documents and Studies]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 436 p.
- Sokolov A.R. (2007) *Blagotvoritelnost' v Rossii kak mechanism vzaimodeistvia mezhdru obschestvom i gosudarstvom (konets 18–konets 19 veka)* [Charity in Russia as a Mechanism of Interaction between Society and the State (early 18th century–late 19th century)]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 132 p.
- Sulakshin S.S., Bachurina D.V., Vilisov M.V. et al. (2013) *Blagotvoritelnost v Rossii i sotsialnaya pomosch* [Charity in Russia and Social Service]. Moscow: Yurist, 370 p. (in Russian)
- Ulyanova G.N. (2005) *Blagotvoritelnost' v Rossiyskoy Imperii v kontse 19 — nachale 20 veka* [Charity in the Russian Empire in the 19th–early 20th Century]. Moscow: Nauka, 287 p. (in Russian)
- Ulyanova G.N. (2005) Zakonodatelstvo o blagotvoritelnosti v Rossii (konets 18 — nachalo 20 veka) [Legislation on Charity in Russia (late 18th–early 20th century)]. *Otechestvennaya istoriya*, no 6, pp. 78–97.
- Ulyanova G.N. (2006) Imperatritsa Maria Fedorovna v Russkoy blagotvoritelnosti: maternskaya zabota o stredayuschih [Empress Maria Fedorovna in the Russian Charity: Mother Care of the Suffering]. *Empress Maria Feodorovna. Life and Destiny*. Saint Petersburg: Amphora, 245 p. (in Russian)
- Voronov A.N. (2000) Struktura blagotvoritelnykh institutov v Rossiyskoy Imperii [Structure of Charitable Institutions in the Russian Empire]. *Blagotvoritelnost' v sotsialnoi politike Rossii: istoria and sovremennost'* [Charity in the Social Policy of Russia: History and Modernity]. Saint Petersburg: Nestor-Istoria, 187 p. (in Russian)

Законодательное закрепление количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности: закономерности и методика подсчета



Ю.В. Трунцевский

профессор, ведущий научный сотрудник отдела методологии противодействия коррупции Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: trunzev@yandex.ru



И.В. Осипов

адъюнкт кафедры уголовной политики Академии управления МВД России. Адрес: 125993, Российская Федерация, Москва, ул. Зои и Александра Космодемьянских, 8, к. 1. E-mail: iosifosipov782@gmail.com



Аннотация

Отсутствие единой концепции уголовной политики в сфере экономической деятельности, несомненно, отразилось на построении конструкций составов преступлений гл. 22 УК РФ, часть которых имеет изъяны в регламентации их последствий и масштабов противоправной деятельности, выражаемые через категории крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера. В статье приводятся результаты исследования вопросов криминализации преступлений в сфере экономической деятельности по признакам крупного ущерба, дохода и размера, закономерностей развития количественных параметров стоимостных критериев указанных категорий деяний. Анализ альтернативных методов подсчета данных стоимостных критериев позволил выделить три основных подхода: 1) ориентирование на базовые показатели минимального уровня дохода населения; 2) подсчет исходя из размера крупного ущерба хищений; 3) определение размера ущерба из средних величин исходя из судебной и следственной практики. Существуют и иные подходы к определению количественных параметров крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера применительно к уголовно-правовым нормам в сфере экономической деятельности. Они представляют собой отдельные методики подсчета, не объединенные и не подчиненные какой-либо единой концепции, реализация которой позволила бы усовершенствовать подсчет количественных параметров стоимостных критериев. Ввиду отсутствия методики расчета таких показателей спорным остается вопрос об обоснованности выбора законодателем количественных

параметров в качестве критериев оценки крупного и особо крупного ущерба (дохода, размера), определяющих как «порог» уголовной ответственности, так и ее дифференциацию. В качестве наиболее справедливого и обоснованного подхода к определению стоимостных критериев данных составов авторы предлагают рассматривать экономическую соразмерность количественных параметров крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера преступной деятельности в сфере экономики каждой группы преступлений в зависимости от вида охраняемой сферы общественных отношений (непосредственного объекта преступления) и основных экономических показателей деятельности хозяйствующих субъектов — товарооборота, доходности, ценообразования или финансово-экономического состояния.



Ключевые слова

преступления, уголовная политика, экономическая деятельность, наказания, крупный ущерб, доход, размер, количественные параметры, стоимостные критерии.

Библиографическое описание: Трунцевский Ю.В., Осипов И.В. Законодательное закрепление количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности: закономерности и методика подсчета // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 122–148.

JEL: K14; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.122.148

Отсутствие единой концепции¹ уголовной политики в сфере экономической деятельности, несомненно, отразилось на построении конструкций составов преступлений гл. 22 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), часть которых имеет изъяны в регламентации их последствий и масштабов противоправной деятельности, выражаемые через категории крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера. В настоящее время в гл. 22 УК РФ содержится 41 статья, в которых используются указанные категории. В 33 статьях крупный ущерб, доход и размер являются криминообразующими признаками, критериями разграничения преступлений от административных и налоговых правонарушений. Столь значительное количество статей с рассматриваемыми криминообразующими признаками объясняется заимствованием действующим уголовным законом юридической техники конструирования уголовно-правовых норм хозяйственных преступлений советского и переходного (с 1991 г. до принятия УК РФ 1996 г.) периодов, поставившей в зависимость криминализации преступлений данной разновидности от материальных оснований, выражаемых через стоимостные критерии преступности экономических правонарушений.

¹ См.: Хабриева Т.Я. Стратегия социально-экономического развития России и модернизация законодательства / Концепция развития российского законодательства. М., 2010. С. 7–8.

Использование в конструкциях преступлений в сфере экономической деятельности стоимостных критериев преступности, составляющих количественные параметры крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера, создало законодателю и правоприменителю немало проблем, дискуссии по которым в силу их неразрешенности в научной среде оживленно продолжают в настоящее время.

Изначально эта проблема была связана с оценочным характером стоимостных критериев, что в силу усмотрения правоохранительных органов вело к неоднозначной судебной-следственной практике² по аналогичным преступлениям и тем самым размывало границы криминализации рассматриваемых преступлений. Это противоречило принципам законности, справедливости³ и не корреспондировало с правоприменительным интересом, тяготевшим ввиду сложности квалификации по оценочным признакам к формальному определению в уголовном законе количественных признаков крупного ущерба, дохода и размера деяний, преступность которых устанавливалась с помощью стоимостных критериев.

Такой оценочный подход на доктринальном уровне становился причиной дискуссий. Предлагалось либо полностью отказаться от использования количественных признаков крупного ущерба, дохода и размера деяний в конструкциях уголовно-правовых норм⁴, либо признать неизбежность их существования⁵.

В силу этих обстоятельств в новом уголовном законодательстве наметилась начавшаяся в переходный период тенденция к постепенному сокращению оценочных признаков посредством закрепления количественных параметров стоимостных критериев непосредственно в законе, которая продолжалась до 2003 года. С принятием Федерального закона от 8.12.2003 № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»⁶ все оценочные стоимостные критерии составов преступлений гл. 22 УК РФ, выраженные категориями крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера, переведены в ранг формально определенных с закреплением их количественных параметров в примечаниях к статьям данной главы.

² См.: Комментарий судебной практики. Вып. 23 / М.Л. Шелютто, А.Ф. Ефимов, М.Н. Николаев и др.; отв. ред. К.Б. Ярошенко. М.: КОНТРАКТ, 2017. С. 5.

³ См., напр.: Законность: теория и практика / М.С. Андрианов, С.А. Боголюбов, Н.Д. Бут и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. М.: КОНТРАКТ, 2017. С. 23.

⁴ См.: *Миренский Б.А.* Методы совершенствования республиканского уголовного законодательства: автореф. дис. ... д. ю. н. М., 1985. С. 36–37.

⁵ См.: *Кудрявцев В.Н.* Общая теория квалификации преступлений. М., 1972. С. 138.

⁶ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4848.

Законодательное закрепление стоимостных критериев составов экономических преступлений наметило некоторые положительные тенденции к формированию единой судебной-следственной практики⁷ и определению границ криминализации данного вида преступлений. Вместе с тем ввиду отсутствия методики расчета таких показателей спорным остается вопрос об обоснованности выбора законодателем количественных параметров в качестве критериев оценки крупного и особо крупного ущерба, определяющих как «порог» уголовной ответственности, так и ее дифференциацию.

Проблема усугублялась тем, что криминализация преступлений в сфере экономической деятельности по материальным основаниям, характеризующим размеры последствий и масштабы экономических правонарушений, была воспринята отечественной уголовной наукой неоднозначно. В юридической литературе негативно отмечалась постановка под уголовно-правовую охрану экономических отношений по указанным признакам. В научной среде вместо того, чтобы внести ясность в интерпретацию уголовно-правовых норм посредством разработки теоретических основ квалификации по признакам крупного ущерба, дохода и размера, сформировалась оппонирующая позиции законодателя точка зрения, что указанные основания криминализации свидетельствуют о степени общественной опасности деяния, недостаточной для преступления. В связи с этим криминализация подобного рода отклоняющегося экономического поведения чрезмерна и должна получить не уголовно-правовую, а административно- и (или) гражданско-правовую оценку, на что указывали составители «Концепции модернизации уголовного законодательства в экономической сфере» (в частности, Л.М. Григорьев, А.Э. Жалинский, В.М. Жуйков, Н.А. Лопашенко, А.В. Наумов, В.И. Радченко), которые в качестве модернизации гл. 22 УК РФ предложили отказаться от уголовной ответственности за деяния с формальными составами, не связанными с причинением реального вреда, и от признания дохода, полученного в нарушение правил ведения и экономической деятельности, криминообразующим или квалифицирующим признаком преступного деяния, приравненным к ущербу⁸.

Аналогичной точки зрения применительно к незаконному предпринимательству придерживается Ю.В. Умнова, отмечающая, что признаки «извлечения дохода в крупном размере» и «причинения крупного ущерба» не должны рассматриваться в качестве криминообразующих при конструировании составов уголовно-наказуемых деяний в виде незаконного предпринимательства. В первом случае это приводит к нарушению норм

⁷ См.: Судебная практика в современной правовой системе России / Т.Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др.. М.: Норма, 2017. С. 12.

⁸ См.: Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М., 2010. С. 53.

позитивного законодательства, а во втором — к нарушению основополагающего положения, закрепленного в ст. 8 УК РФ⁹. Данную позицию разделяет Я.Е. Иванова, полагающая, что криминализация рассматриваемых деяний по исследуемым признакам противоречит принципу общественной опасности преступлений¹⁰.

В научных источниках также не раз обращалось внимание на необходимость отказа в конструкциях юридических норм от использования категорий крупного ущерба, дохода, размера и криминализации их независимо от масштабов экономических правонарушений и их негативных последствий. Так, Е.Ю. Коруненко предлагает установить уголовную ответственность за злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности (ст. 177 УК РФ) независимо от ее размера¹¹. О.В. Боев и М. Г. Жилкин поддерживают позицию исключения последствия в виде крупного ущерба из числа криминообразующих признаков объективной стороны преднамеренного (ст. 196) и фиктивного банкротства (ст. 197)¹². О.А. Авдеева предлагает отказаться от дохода как криминообразующего признака незаконного предпринимательства (ст. 171)¹³.

Таким образом, подходы к криминализации преступлений в сфере экономической деятельности разнообразны. Каждый из них выстроен на личном видении рассматриваемого вопроса отдельными представителями научного сообщества, в связи с чем не может быть окончательным и имеет дискуссионный характер, требующий дальнейшего осмысления.

Не умаляя достоинств каждой из точек зрения, целесообразно придерживаться позиции законодателя, поскольку отказ от категорий ущерба, дохода и размера при построении конструкций уголовно-правовых норм в сфере экономической деятельности приведет либо к необоснованной криминализации экономических правонарушений, либо к неоправданной их декриминализации. Для данного вида преступлений независимо от того, конструиру-

⁹ См.: Умнова Ю.В. Материальное содержание оснований уголовной ответственности // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы IX Международной научно-практической конференции 26-27 января 2012 г. М.: Проспект, 2012. С. 67.

¹⁰ См.: Иванова Я.С. Об общественной опасности незаконного предпринимательства // Российский криминологический взгляд. 2009. № 2. С. 391.

¹¹ См.: Коруненко Е.Ю. Меры предупреждения злостного уклонения от погашения кредиторской задолженности. Ростов-на-Дону, 2008. С. 119.

¹² См.: Боев О.В. Правовой статус кредитной организации в аспекте квалификации криминального банкротства // Вестник Российской правовой академии. 2010. № 2. С. 23; Жилкин М.Г. О роли оценки в формировании уголовно-правовых понятий / Вопросы совершенствования правоохранительной деятельности органов внутренних дел. Межвузовский сборник. М.: Академия МВД, 2001. С. 234.

¹³ См.: Авдеева О.А. Незаконное предпринимательство: определение ущерба // Вестник Читинского госуниверситета. 2009. № 1. С. 156.

ваны ли их составы формально либо материально, характерно причинение либо создание угрозы причинения вреда, выражением которого является стоимостное значение последствий и масштабов преступной деятельности. Уголовный закон в значительной мере связан с оценкой вреда, причиняемого преступлениями, поэтому стоимостные критерии, выражающие количественную характеристику категорий крупного ущерба, дохода и размера, в конструкциях преступлений рассматриваемой разновидности обоснованно приобретают криминализирующее и квалифицирующее значение. Количественные параметры данных стоимостных критериев определяют величину причиняемого преступлениями материального вреда, являющуюся низшим пределом степени общественной опасности рассматриваемых преступлений и устанавливают границу перехода экономического правонарушения в преступление и наоборот. Именно с указанными категориями связывается наличие либо отсутствие состава исследуемых преступлений и отнесение их к экономическим правонарушениям. Иными словами, они являются критерием разграничения преступного и не преступного и определяют установленный законодателем «критический порог», который, подчиняясь диалектическому закону перехода количества в новое качественное состояние, свидетельствует о возрастании в деянии величины антиобщественности до предела, при котором возникает новое антисоциальное состояние — общественная опасность, характеризующая материальную сторону преступления.

Постановка криминализации преступлений в сфере экономической деятельности в зависимости от негативных последствий и размеров экономических правонарушений предопределена их социальной обусловленностью. Для общества и граждан опасны не сами правонарушения в сфере экономической деятельности, а их масштабы, которые определяются законодателем и отражаются в юридических конструкциях статей через количественные параметры стоимостных критериев. Социально и экономически-обоснованное закрепление их параметров (значений) является условием эффективности применения уголовно-правовых мер воздействия в сфере экономической деятельности. Ошибочное, формальное закрепление количественных параметров стоимостных критериев данных преступлений влечет за собой: а) чрезмерное снижение «порога» уголовной ответственности с расширением сферы действия уголовного закона, либо б) необоснованное его поднятие до «планки», исключающей возможность применения уголовно-правовых норм, либо в) слабую дифференциацию уголовной ответственности по степени общественной опасности.

Анализ статистических данных применения российского уголовного законодательства (отчет 1-ЕГС ЦСИ ФКУ «ГИАЦ МВД России») за последнее десятилетие позволил установить периоды конкретно-эпизодических и скачкообразных увеличений количественных характеристик стоимостных

показателей криминообразующих и квалифицирующих признаков составов рассматриваемых преступлений. Так, в сферах финансов¹⁴ (ст. 174 и 174¹), таможенной деятельности (ст. 194) и валютного регулирования (ст. 193) это стало следствием низкого применения данных уголовно-правовых норм: начиная с 2010 г. количество зарегистрированных преступлений, предусмотренных данными статьями, резко снизилось: по ст. 174 УК РФ в 2010 г. — на 31,6%, в 2012 гг. — на 70,6%; по ст. 174¹ УК РФ в 2010 г. — на 80,4%, в 2012 гг. — на 95,7%; по ст. 194 УК РФ в 2010 г. — на 66,3%, в 2012 гг. — на 75%¹⁵. Необходимость исправления данной ситуации обусловила решение законодателя понизить количественные параметры рассматриваемых стоимостных критериев до уровня, действовавшего до их повышения либо незначительно превышающего их.

Количественные параметры стоимостных критериев в настоящее время определены в абсолютных-определенных суммах. По критерию распространения в уголовно-правовых нормах их можно разделить на общие и частные. Общие количественные параметры крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера закреплены в примечании к ст. 170² УК РФ, а частные — в примечаниях к конкретным статьям рассматриваемой главы.

В настоящее время общий количественный параметр крупного ущерба, дохода и размера для целей гл. 22 УК РФ составляет 2 250 000 руб., а особо крупного — 9 млн. руб. Действие данных параметров распространяется на почти половину рассматриваемых уголовно-правовых норм данной главы (ст. 170², 171, 171¹, 172, 172², 175, 176, 177, 183, 186, 191, 192, 195, 196, 197, 198). Для значительной части этих уголовно-правовых норм крупный ущерб, доход и размер являются конструктивными признаками, ставящими в зависимость криминализации данных деяний от их стоимостного выражения. Исключение составляют ст. 175, 183, 186, в диспозициях которых стоимостные критерии являются лишь квалифицирующим признаком, отягчающим уголовную ответственность.

В отличие от общих количественных параметров крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера, сфера действия частных параметров ограничена рамками одной определенной статьи либо группы статей, выделенных по подвидому (групповому) объекту преступления. Частные количественные параметры рассматриваемых криминообразующих признаков применяются в более чем половине уголовно-правовых норм гл. 22 УК РФ (ст. 169, ч. 3-6 ст. 171¹ и ст. 171², 171³, 174, 174¹, 178, 180, 185-185⁴, 185⁶, 191¹, 193, 193¹, 194, 198-199¹, 199³, 199⁴, 200¹, 200² и 200³). В них частный количественный параметр индивидуален и равен конкретной абсолютно-определенной сумме.

¹⁴ См., напр.: Институты финансовой безопасности / И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина, О.А. Акопьян [и др.]. М.: ИНФРА-М, 2017. С. 120.

¹⁵ См.: Единый отчет о преступности. М.: МВД России, 2011, 2012, 2013.

Учитывая абсолютную определенность количественных параметров стоимостных критериев крупного ущерба, дохода и размера в конструкциях преступлений в сфере экономической деятельности, нельзя не задаться вопросами: по какому принципу (методу) законодатель определяет порог уголовной ответственности за преступления в сфере экономической деятельности, отождествляя его абсолютно-определенными суммами для конкретных уголовно-правовых норм? Какими критериями он при этом руководствуется?

В поиске ответов посредством исторического и системного анализов, арифметических расчетов и использования математической логики была определена закономерность, раскрывающая логику законодателя в закреплении стоимостного выражения крупного и особо крупного ущерба, размера и дохода и имеющая начала еще в УК РСФСР 1960 г.

Анализ УК РСФСР показывает, что исследуемые количественные параметры стоимостных критериев были установлены с момента закрепления уголовной ответственности за экономические правонарушения, посягающие на зарождавшиеся в то время правила и условия ведения предпринимательской деятельности (ст. 152², 162⁵, 162⁷, 162¹⁰ УК РСФСР). При криминализации и формулировании составов данных преступлений законодатель использовал количественный параметр стоимостного критерия хищений государственной и общественной собственности, который для крупного размера был закреплен в сумме 50 минимальных размеров оплаты труда (далее — МРОТ)¹⁶, а особо крупный размер установлен исходя из его соотношения к крупному размеру как 3:1 (150 МРОТ).

В последующие годы рассматриваемые количественные параметры стоимостных критериев при закреплении их в УК РФ в качестве конструктивных и квалифицирующих признаков как вновь криминализированных, так и претерпевших юридико-технические изменения уголовно-правовых норм были увеличены в несколько раз. Так, количественный параметр крупного ущерба и дохода был увеличен в 4 раза (с 50 МРОТ до 200 МРОТ), а для особо крупного — в 3,33 раза (с 150 МРОТ до 500 МРОТ). Вероятно, увеличение количественных параметров стоимостных критериев было связано с тем, что размер МРОТ на момент разработки УК РФ с учетом стремительно протекающих в обществе социально-экономических процессов не соответствовал уровню жизни и экономической деятельности, потому законодатель в целях избежания чрезмерной криминализации экономических отношений повысил «критический порог», отражающий нижнюю границу характера и степени общественной опасности рассматриваемых правонарушений.

¹⁶ О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР, Уголовно-процессуальный РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях: закон РСФСР от 05 декабря 1991 г. № 1982-1 (утратил силу) // СПС КонсультантПлюс.

Следующее повышение «планки» уголовной ответственности произошло с принятием Федерального закона от 8.12.2003 № 162-ФЗ. Законодатель не только отказался от оценочных признаков в конструкциях норм преступлений в сфере экономической деятельности, но и, формально определяя стоимостные критерии крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера в новом качественно-количественном выражении, изменил порядок их исчисления: был произведен пересчет количественных параметров стоимостных критериев из кратного выражения по отношению к МРОТ в абсолютно-определенные суммы. Для пересчета крупного ущерба, дохода и размера в качестве базового кратного выражения было использовано 500 МРОТ, являвшихся до этого количественным параметром как крупного размера (ст. 191, 192 УК РФ), так и особо крупного ущерба, дохода и размера (ст. 171, 171¹, 172, 198 УК РФ). Средний размер МРОТ в 2002–2003 гг. составлял около 500 руб.¹⁷, поэтому при проведении несложных арифметических расчетов можно подсчитать, что сумма 250 тыс. руб. стала соответствовать общему стоимостному выражению крупного ущерба, дохода и размера в рассматриваемой главе УК РФ. Аналогичная закономерность проявляется при определении этим же способом общего стоимостного выражения особо крупного ущерба, дохода и размера, закрепленного в законе в сумме 1 млн. руб. Но в этом случае в качестве базового кратного выражения по отношению к МРОТ было использовано 2000 МРОТ, являвшихся ранее частным количественным параметром крупного размера в ст. 174, 174¹, 185, 185¹ УК РФ.

«Стоимостный порог» уголовной ответственности по уголовно-правовым нормам гл. 22 УК РФ также повышался в 2010 и 2016 гг. С принятием Федерального закона от 7.04.2010 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные акты Российской Федерации» общее стоимостное выражение крупного ущерба, дохода и размера для уголовно-правовых норм гл. 22 УК РФ было увеличено до 1,5 млн. руб., особо крупного — до 6 млн. руб.¹⁸ В решении законодателя об установлении размеров указанных сумм проявляется следующая закономерность: увеличение количественных параметров стоимостных критериев произведено за счет инфляционной индексации за период с 2004 по март 2010 гг. ранее установленных 250 тыс. и 1 млн. руб., умноженных на коэффициент 3. Вероятно, этот коэффициент применен законодателем в связи с тем, что одна лишь индексация количественных параметров стоимостных критериев в зависимости от инфляции приведет к чрезмерной криминализации этой сферы.

¹⁷ Динамика минимальных размеров оплаты труда [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.assessor.ru> (дата обращения: 07.05.2018)

¹⁸ Федеральный закон от 7.04. 2010 № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» // СЗ РФ. 2010. № 15. Ст. 1756.

Эти предположения подтверждаются действиями законодателя, увеличившего в 2016 г. количественные параметры данных стоимостных критериев несколько иначе — только за счет инфляционной индексации ранее установленных 1,500 млн. и 6 млн. руб.¹⁹ Данное обстоятельство объясняется тем, что в России начиная с 2013 г. наблюдается тенденция к снижению экономических показателей и уровня жизни населения. В связи с этим законодатель, вероятно, посчитал достаточным ограничиться лишь индексацией ранее действовавших количественных параметров стоимостных критериев, закрепив тем самым ныне действующие крупный ущерб, доход и размер в сумме 2 млн. 250 тыс. руб., особо крупный — 9 млн. руб.

В отношении частных количественных параметров стоимостных критериев, закрепленных в примечаниях к статьям гл. 22 УК РФ, можно отметить сходную с общими параметрами закономерность формирования, развития и пересчета от кратного по отношению к МРОТ выражения в абсолютно-определенные суммы и эпизодического увеличения их величин с некоторыми исключениями. Данные исключения связаны с внесением законодателем отдельных индивидуализирующих изменений, а также с криминализацией определенных экономических правонарушений, основанной на выделении стоимостных критериев смежных составов преступлений с учетом законодательства, к которому отсылает бланкетная уголовно-правовая норма.

Характеризуя эти исключения из общей закономерности, следует отметить индивидуальность их развития: факт неиндексации в 2016 г. стоимостных критериев крупного ущерба в ст. 169 УК РФ и крупного и особо крупного размеров в ст. 171² УК РФ (сохранены цифры 1,5 млн. и 6 млн. руб.); понижение в 2014 г. с 1,5 млн. до 250 тыс. руб. количественных параметров крупного ущерба в ст. 180; дифференциацию стоимостных критериев крупного и особо крупного размеров в ч. 3–6 ст. 171¹ применительно к продовольственным товарам, алкогольной продукции и табачным изделиям.

Аналогично вразрез общей закономерности прослеживается специфика в развитии стоимостных критериев в ст. 178 и 185, 185¹, 185², 185³, 185⁴, 185⁶ УК РФ, которые в определенный период своего развития в силу внесенных законодателем изменений по величине стали отличаться от отождествлявшихся ранее количественных параметров преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174¹ кодекса.

Отклонения от общих закономерностей, прослеживающиеся в развитии частных количественных параметров стоимостных критериев, вышеприведенным не ограничиваются. В законотворческой деятельности имеют место конкретно-эпизодическое и скачкообразное увеличение и снижение коли-

¹⁹ Федеральный закон от 3.07.2016 № 325-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» // Российская газета. 2016. № 149.

чественных характеристик стоимостных критериев преступлений: в сфере таможенной деятельности (ст. 194) и валютного регулирования (ст. 193), а также установление специфического сложного подсчета стоимостного выражения налоговых преступлений. Кроме того, на примере уголовно-правовых норм, предусмотренных ст. 191¹ и 200¹ УК РФ, прослеживается специфика закрепления стоимостного выражения крупного и особо крупного размера, обусловленная определением их количественных параметров исходя из стоимостных критериев смежных составов преступлений другой разновидности либо из законодательства, к которому отсылает бланкетная норма. Так, при криминализации преступления, предусмотренного ст. 191¹ УК РФ, количественный параметр крупного размера был заимствован у смежной нормы, установленной в ст. 260, а в ст. 200¹ — из таможенного законодательства.

Несмотря на разнообразие исследуемых исключений, проявляющихся в развитии тех или иных частных количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности, их доля не так значительна, чтобы перечеркнуть установленную законодателем закономерность формирования количественных характеристик категорий крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера в конструкциях норм о преступлениях в сфере экономической деятельности. Эти исключения не противоречат выявленному принципу закрепления количественных параметров стоимостных критериев, этапам и закономерностям их развития и в целом проявляются только в некоторых изъятиях, указывающих на определенные отклонения во времени и в размерах корректировок их величин.

Таким образом, исследование вопросов логики и системности законодательного подхода к определению в гл. 22 УК РФ конкретных параметров (сумм) крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера в составах преступлений в сфере экономической деятельности позволило выявить закономерность формирования и изменения количественных параметров рассматриваемых стоимостных критериев, состоящую в первоначальном закреплении таких параметров по отношению к хищением в УК РСФСР (затем в УК РФ) в МРОТ с последующим распространением их на иные экономические преступления и пересчетом в абсолютно-определенные суммы, постепенным и поэтапным повышением в зависимости от инфляции и роста уровня жизни.

Спорность и сомнительность обоснованности законодательного подхода к закреплению количественных параметров крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера обусловили разработку рядом исследователей альтернативных методов расчетов стоимостного выражения крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера для целей статей гл. 22 УК РФ.

Прежде чем раскрыть их, целесообразно дать разъяснение используемому при этом инструментарию — дефинициям «показатель, величина, параметр, значение». Под показателем в настоящем исследовании понимается выраженная числом характеристика какого-либо свойства экономического объекта, процесса или решения²⁰; под величиной — количество в денежном выражении²¹; под параметром — свойства и характеристики объекта, явления, процесса, события, имеющие определенные значения; под значением — оценка величины в виде некоторого числа принятых для нее единиц²².

Анализ альтернативных методов подсчета стоимостных критериев позволяет выделить три основных подхода: 1) ориентирование на базовые показатели минимального уровня дохода населения; 2) подсчет исходя из размера крупного ущерба хищений; 3) определение размера ущерба из средних величин исходя из судебной и следственной практики.

Касаясь первого подхода, следует отметить методику расчета крупного ущерба, основанную на криминологической характеристике потерпевших, предложенную С.И. Мурзаковым. В данной методике за основу расчетов взят размер среднегодовой пенсии, являющийся доходом наиболее уязвимой и наименее обеспеченной группы населения. По его мнению, крупный размер ущерба в конструкциях норм гл. 22 УК РФ должен отождествляться со среднегодовым размером пенсии и быть дифференцирован в зависимости от его вида и от того, кому он причинен — физическому и юридическому лицу. При этом крупный размер прямого ущерба и упущенной выгоды должен соотноситься как 1:2 для физического лица и как 1:5 — для юридического²³.

Данная методика весьма сомнительна и несовершенна. Несовершенство данного подхода связано прежде всего с широким разнообразием применяемых для подсчета величин, в частности размера пенсии и прожиточного минимума в определенных субъектах федерации, минимального размера оплаты труда, среднемесячного общего заработка (дохода) гражданина и его семьи, совокупного месячного дохода субъектов экономической деятельности. Все это вносит неопределенность в окончательный подсчет количественных параметров стоимостных критериев и отчетливо проявляется в

²⁰ См.: Экономико-математический словарь [Электронный ресурс]: // URL: https://economic_mathematics.academic.ru/3396# (дата обращения: 25.04.2018)

²¹ См.: Новый толково-словообразовательный словарь русского языка [Электронный ресурс]: // URL: <http://efremova-online.ru/> (дата обращения: 25.04.2018)

²² См.: Толковый словарь русского языка Дмитриева [Электронный ресурс]: // URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/dmitriev/3408/> (дата обращения: 25.04.2018)

²³ См.: Мурзаков С.И. Экономические основания уголовно-правового запрета / Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью. Сборник научных трудов. Саратов: Сателлит, 2004. С. 73.

связи с необходимостью дифференциации стоимостных критериев в зависимости от того, кто является потерпевшим, физическое либо юридическое лицо.

В рамках варианта законодательного подхода подсчета стоимостных критериев, ориентированного на размер крупного ущерба хищений, предложена методика подсчета стоимостных критериев для незаконного предпринимательства как среднее количественное выражение в виде отношения стоимости крупного ущерба ненасильственных хищений и среднего показателя санкции в виде лишения свободы ненасильственных хищений, умноженного на средний показатель санкции в виде лишения свободы в ч. 1 ст. 171 УК РФ²⁴. Эта же методика с учетом изменения знаменателя была предложена для подсчета стоимостных критериев остальных преступлений в сфере экономической деятельности, отнесенных к категории средней тяжести²⁵. Несмотря на наличие данных методик, некоторые исследователи, затрагивая вопрос о закреплении количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности, предлагали варианты тривиальных решений, обусловленных отождествлением их с крупным размером хищений²⁶.

С приведенным подходом также нельзя согласиться, поскольку отождествление крупного ущерба, дохода и размера преступлений в сфере экономической деятельности с крупным размером хищения недопустимо. То, что экономическая деятельность основывается на праве собственности, не свидетельствует о необходимости заимствования стоимостных критериев хищений. Право собственности выражает статику общественных отношений и регулируется нормами вещного права. В отличие от него экономическая деятельность, реализуя право собственности во вступаемых по поводу обмена материальных благ связях, отображает динамику общественных отношений и регулируется нормами обязательственного права. В этом проявляются характеризующие своей масштабностью различия в содержании общественных отношений в сфере экономической деятельности и реализации права собственности. Данное обстоятельство не позволяет отождествлять стоимостные критерии составов преступлений в сфере экономической деятельности и хищений.

²⁴ См.: Жеребцов А.П. Банковские карты как предмет преступления, предусмотренного ст. 187 УК РФ // Мир юстиции. 2004. № 1. С. 15.

²⁵ См.: Жилкин М.Г. К вопросу об уголовно-правовой оценке общественно-опасных последствий в преступлениях в сфере экономической деятельности. Сборник материалов межрегиональной конференции: «Юридические механизмы защиты прав и свобод человека и гражданина: региональные проблемы». Хабаровск: ХГАЭП, 1998. С. 218.

²⁶ См.: Устинова Т.Д. Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство. М.: Интел-Синтез, С. 35.

Также неосновательным выглядит подход к подсчету количественных параметров, ориентированный на средние величины, выведенные при анализе судебной и следственной практики²⁷, поскольку показатели последних производны от правоприменительной, а не от экономической деятельности. Такой подход не отвечает требованиям социальной обусловленности, так как стоимостные критерии как конструктивные признаки составов преступлений в сфере экономической деятельности должны вытекать из свойств экономических отношений, определяемых их субъектной, содержательной и предметной сторонами. Выработанные правоприменительной практикой средние величины не соотносятся с социально-экономическими показателями. Это может быть достигнуто только когда стоимостные критерии крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера, являющиеся обязательными признаками составов рассматриваемых преступлений, логически вытекают из охраняемых уголовным законом экономических отношений.

Существуют и иные подходы к определению количественных параметров крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера применительно к уголовно-правовым нормам в сфере экономической деятельности. Они представляют собой отдельные методики подсчета, не объединенные и не подчиненные какой-либо единой концепции, реализация которой позволила бы усовершенствовать подсчет количественных параметров стоимостных критериев. Справедливости ради необходимо привести некоторые из них.

Так, О.В. Боев крупным ущербом, причиненным преднамеренным и фиктивным банкротством кредитной организации, признает превышение размера денежных обязательств и обязанностей по уплате обязательных платежей должника (кредитной организации) над стоимостью имущества кредитной организации на сумму, превышающую 10% от размера ее уставного капитала²⁸. А.В. Босхолов полагает, что крупный размер преступной легализации должен соответствовать сумме, подлежащей обязательному контролю в соответствии с федеральным вспомогательным законодательством²⁹. По мнению В.Н. Токаренко, крупный ущерб от преступлений, связанных с выпуском и обращением ценных бумаг, должен исчисляться посредством экспертных расчетов³⁰. С.А. Коблева считает, что крупный размер

²⁷ См.: Тихон И.А. Некоторые спорные вопросы, возникающие при квалификации преступлений в сфере экономики / Приемственность и новации в юридической науке. Материалы научной конференции адъюнктов и соискателей. Вып. 1. Омск: Омская академия МВД, 2005. С. 37.

²⁸ См.: Боев О.В. Указ. соч. С. 20.

²⁹ См.: Босхолов А.В. Получение доходов преступным путем, как признак составов преступлений, предусмотренных ст.ст. 174 и 174.1 УК РФ / Актуальные проблемы уголовного права. М.: МВД, 2004. С. 92.

³⁰ См.: Токаренко В.Н. Понятие, содержание и стадии предупреждения преступлений в сфере экономики // Российский следователь. № 7. 2003. С. 27.

уклонения от обязанностей по репатриации денежных средств должен соответствовать сумме, превышающей среднестатистическую сделку внешнеэкономической сделки в 2 раза³¹.

Таким образом, критерии оценки крупного и особо крупного ущерба, формирующие те или иные методы и подходы расчета их стоимостных характеристик, на доктринальном уровне разнообразны. Представляется, что для обоснованности закрепления количественных параметров в конструкциях составов преступлений в сфере экономической деятельности необходимо применить новый подход, базирующийся на оценке непосредственного объекта преступлений с точки зрения экономической соразмерности элементов и показателей экономических отношений и характера, масштабов деятельности хозяйствующих субъектов, детерминирующих материальный вред, причиненный охраняемым благам.

Рассмотрение данного вопроса необходимо начинать с определения общих количественных параметров категорий крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера уголовно-правовых норм гл. 22 УК РФ. Для достижения этих целей целесообразно руководствоваться основными экономическими показателями индивидуальной предпринимательской деятельности, осуществляемой без образования юридического лица, так как индивидуальные предприниматели являются субъектом, имеющим наименьшие масштабы предпринимательской деятельности по сравнению с иными видами хозяйствующих субъектов. Кроме того, индивидуальная предпринимательская деятельность охватывает все сферы экономической деятельности, поставленные под охрану уголовно-правовыми нормами, сконструированными с использованием общих количественных параметров стоимостных критериев, и является одной из наиболее многочисленных в общем числе всех хозяйствующих субъектов.

Поэтому целесообразно общий количественный параметр крупного ущерба, размера и дохода определять из расчета среднего годового оборота, приходящегося на одного занятого в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности, включая индивидуальных предпринимателей, наемных рабочих, партнеров, помогающих членов семьи. В связи с этим формула подсчета выглядит следующим образом (1):

$$H = O \tag{1}$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

O — оборот, приходящий на одного участвующего в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности.

³¹ См.: Коблева С.А. Характеристика объективной стороны преступления, предусмотренного статьей 193 Уголовного кодекса Российской Федерации // Юристъ-Правоведъ. 2008. № 2. С. 38.

Для расчетов необходимо использовать показатели оборота индивидуальных предпринимателей и численности занятых в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности за 2011–2015 гг.³² Средний годовой оборот, приходящийся на одного участвующего в индивидуальной предпринимательской деятельности, может быть определен как частное среднего объема на среднюю численность занятых и составляет округленно с незначительным увеличением около 2 млн. руб. Именно указанный количественный показатель представляется целесообразным закрепить для крупного ущерба, дохода и размера, определяя, тем самым, общий «порог» уголовной ответственности по гл. 22 УК РФ. В подтверждение обоснованности данного количественного показателя следует отметить, что он одновременно соприкасается со средними годовыми оборотами, приходящимися за рассматриваемый период как на одного фактически действующего индивидуального предпринимателя, так и на микропредприятие. Иными словами, этот количественный показатель является 1/2 от среднего годового оборота на одного индивидуального предпринимателя и 2/3 от среднего годового оборота на одно микропредприятие, высчитанных тем же способом и на основании статистических данных тех же источников, что и для занятого в индивидуальной предпринимательской деятельности.

Касаясь особо крупного размера стоимостных критериев, полагаем, что подход к его определению должен быть осуществлен исходя из соотношения крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера как 1:3. Иными словами, величина последних должна превышать стоимостное выражение первых на две такие суммы. История развития данных стоимостных критериев показывает, что их количественные параметры в то или иное время соотносились между собой по-разному, варьируясь от 1:2,5 до 1:4. В связи с этим предлагаемое соотношение, будучи средним показателем, является оптимальным, обеспечивает учет показателей не только индивидуальной предпринимательской деятельности, но и микропредприятий и малых предприятий. Так, предлагаемый особо крупный размер в сумме 6 млн. руб. соответствует высчитанному среднему годовому обороту, приходящемуся на одно микропредприятие за 2011–2015 гг., и является около 1/2 среднего годового оборота малых предприятий за рассматриваемый период.

Таким образом, общие количественные параметры стоимостных критериев для крупного ущерба, дохода и размера преступлений в сфере экономической деятельности оптимально установить в сумме 2 млн. руб., особо крупного — 6 млн. руб. Такой критерий товарооборота также необходимо применять при расчете ряда частных количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности, в

³² Малое и среднее предпринимательство в России. Стат. сб. М., 2015. С. 84; Россия в цифрах. 2017: Крат. стат. сб.. М., 2017. С. 200–202.

частности, предусмотренных ч. 3–6 ст. 171¹ и ст. 169, 171², 171³, 174, 174¹, 178, 180, 191¹ УК РФ, но с некоторыми особенностями.

Ввиду того, что в конструкциях ст. 169, 171², 174, 174¹ УК РФ стоимостные критерии не являются криминообразующим признаком, а лишь отягчают ответственность, то опасность посягательств на охраняемые ими отношения predetermined не масштабами последствий и преступной деятельности, а характером самого деяния. Логично предположить, что рассматриваемые отношения находятся под более усиленной охраной, и поэтому допустимо, что количественные параметры крупного ущерба и размера могут быть меньше, чем у общих конструктивных стоимостных критериев. При таких обстоятельствах крупный ущерб и размер для рассматриваемых норм должны равняться трем четвертям среднего годового оборота, приходящегося на одного занятого в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности за период 2011–2015 гг., что соответствует установленному законодателем стоимостному выражению 1,5 млн. руб. Особо крупный размер с учетом направленности уголовного закона на повышенную охрану должен корреспондировать со средним годовым оборотом на одно микропредприятие на 2011–2015 гг. в сумме 6 млн. руб., обоснованно позволяющей дифференцировать особо квалифицированные составы ст. 171², 174, 174¹ УК РФ как тяжкие преступления.

В сфере конкуренции в зоне риска чаще оказываются малый и средний бизнес³³. Поскольку значительная часть соглашений о разделе рынка заключается ими, для расчета количественных параметров стоимостных критериев необходимо руководствоваться экономическими показателями хозяйствующих субъектов именно этих уровней бизнеса. Крупному ущербу должно соответствовать стоимостное выражение, превышающее высчитанный средний ежегодный оборот, приходящийся на одного фактически действующего индивидуального предпринимателя за 2011–2015 гг. примерно в размере 4 млн. руб., а особо крупному — выражение, превышающее средний ежегодный оборот, составляющий на одно малое предприятие за указанный период примерно в размере 14 млн. руб., и равное соотношению с крупным ущербом как 3:1. С учетом этого в ст. 178 УК РФ оптимально закрепить крупный ущерб в размере 5 млн. руб., а особо крупный — в размере 15 млн. руб. В рассматриваемой статье оптимальным соотношением ущерба и дохода между собой будет 1:10, крупный размер для последнего составит 50 млн. руб., а особо крупный — 150 млн. руб.

Применительно к ст. 180 УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за незаконное использование средств индивидуализации товаров, крупный ущерб должен равняться высчитанному среднему квар-

³³ См., напр.: *Беляева О.А.* Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования. М.: Юриспруденция, 2017. С. 31.

тальному обороту, приходящемуся на одного занятого в индивидуальной предпринимательской деятельности. К совершению указанного преступления более подвержен мал бизнес, а потому целесообразно ограничить «порог» уголовной ответственности масштабом средней квартальной деятельности, приходящейся на одного занятого в индивидуальной предпринимательской деятельности. Учитывая, что за 2011–2015 гг. указанный показатель соответствует 500 тыс. руб., то данную сумму необходимо закрепить в качестве количественного параметра крупного ущерба в ст. 180 УК РФ.

Крупный размер в ст. 191¹ УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за оборот заведомо незаконно заготовленной древесины, с учетом предъявляемых обществом требований повышенной охраны объектов лесного хозяйства и аргументации, изложенной при описании параметров ст. 180 УК РФ, должен соответствовать среднему месячному обороту, приходящемуся на одного занятого в индивидуальной предпринимательской деятельности (что согласно статистическим данным за 2011–2015 гг. составляет 150 тыс. руб.). При установлении особо крупного размера необходимо применить описанное ранее между данными категориями соотношение 1:3, в результате чего он составит 450 тыс. руб.

Таким образом, для группы составов преступлений, предусмотренных ст. 169, 171², 174, 174¹, 178, 180, 191¹ УК РФ, можно вывести общую формулу подсчета количественных показателей для крупного ущерба и дохода (2):

$$H = K \times O \quad (2)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

K — коэффициент, отражающий в зависимости от нормы, долю оборота (например, в ст. 180 УК РФ — $\frac{1}{4}$);

O — оборот, приходящийся в зависимости от нормы либо на одного участвующего в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности, либо на одного индивидуального предпринимателя.

Крупный и особо крупный размер ч. 3–6 ст. 171¹ и 171³ УК РФ предлагается определять с применением этого же подхода, но с некоторыми исключениями, состоящими в определении данных параметров посредством установления средней доли розничной продажи алкогольной продукции и продовольственных товаров в высчитанном среднем годовом обороте, приходящемся на одного участвующего в индивидуальной предпринимательской деятельности и на одно малое предприятие. При этом следует конкретизировать, что оборот, приходящийся на одного участвующего в индивидуальной предпринимательской деятельности, отождествляется с крупным размером, а на одно малое предприятие — с особо крупным. Используемые при расчете средние годовые обороты рассматриваемых хозяйствующих субъектов за 2011–2015 гг. составляют 2 млн. и 14 млн. руб. соответственно. В связи с этим

при переводе показателей высчитанных средних долей розничных продаж алкогольной продукции (7,3%) и продовольственных товаров (38,3%)³⁴ за 2011–2015 гг. в абсолютно определенные суммы относительно указанных торговых оборотов крупный и особо крупный размер для алкогольной продукции в рассматриваемых статьях составит около 150 тыс. и 1 млн. руб., для продовольственных товаров — 750 тыс. и 5 млн. руб. соответственно. Формула их подсчета следующая (3):

$$H = O \times D / 100 \quad (3)$$

Н — значение количественного параметра, тыс. руб.;

О — оборот, приходящийся на одного участвующего в сфере индивидуальной предпринимательской деятельности (для крупного размера) либо на одно малое предприятие (для особо крупного размера);

Д — доля продажи алкоголя либо продовольственных продуктов в общей продаже.

Совсем иной подход требуется при расчете количественных параметров стоимостных критериев, закрепленных в конструкции ст. 200³ УК РФ, предусматривающей уголовную ответственность за привлечение денежных средств в нарушение требований законодательства о долевом строительстве. Учитывая, что подавляющая часть денежных средств привлекается к долевому участию в строительстве жилья, то при определении крупного размера для целей настоящей статьи необходимо исходить из средней стоимости одной однокомнатной квартиры с минимальной площадью, а особо крупного — из стоимости трехкомнатной квартиры также с минимальной площадью. Учитывая, что площади однокомнатных квартир в новостройках экономкласса составляют 29,6–65,2 кв. м., трехкомнатных — 72,7–168 кв. м.³⁵, для расчета используются минимальные значения их площадей, которые умножаются на среднюю стоимость одного кв. м. жилья по России за 2013–2015 гг. в размере 51 151 руб.³⁶ В результате этого получаются суммы в размере 1,5 млн. и 3,7 млн. руб., что можно выразить в формуле (4):

$$H = \Pi \times C \quad (4)$$

Н — значение количественного параметра, тыс. руб.;

Π — минимальная, приходящая для однокомнатной (для крупного размера) либо трехкомнатной (для особо крупного размера) квартиры;

С — средняя стоимость одного кв. м.

³⁴ Российский статистический ежегодник 2016. М., Росстат, 2016. С. 485.

³⁵ См.: Погорелова Ю. Двушки побеждают. 2013 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.gazeta.ru> (дата обращения: 20.09.2017)

³⁶ Россия в цифрах. 2016: Крат. стат. сб. М.: Росстат, 2016. С. 486.

При подсчете экономически обоснованных количественных параметров, закрепленных в ст. 185, 185¹–185⁴, 185⁶ УК РФ, необходимо руководствоваться показателями деятельности акционерных обществ (АО) на рынке ценных бумаг, поскольку они являются ключевыми игроками данного рынка. Запрещаемые рассматриваемой группой статей корпоративные правонарушения в подавляющей части совершаются в процессе управления их деятельностью, в ходе которого, как правило, нарушаются права владельцев ценных бумаг — миноритариев, в собственности которых находится незначительная часть акций (до 5%), не позволяющая влиять на принятие корпоративных решений. Произведем расчет на показателях 2015 г., предшествовавшего закреплению количественных параметров стоимостных критериев рассматриваемых статей: средний объем зарегистрированных выпусков корпоративных ценных бумаг (акций) по номинальной стоимости, приходящийся на одно акционерное общество (как частное всего объема зарегистрированных выпусков корпоративных акций³⁷ на количество зарегистрированных акционерных обществ³⁸) составил около 18 млн. руб. Далее из рассматриваемой суммы определяется 5% ее доли, которая максимально может принадлежать миноритариям. В данном расчете она составляет около 1 млн. руб. Кроме того, этой же сумме равняется стоимость чистых активов, приходящаяся на одного владельца пая в паевом инвестиционном фонде в 2015 г. В связи с этим полагаем уместным использовать указанный количественный параметр при определении крупного ущерба, дохода и размера в рассматриваемой группе смежных статей, в том числе в ст. 185³ и 185⁶ УК РФ, устанавливающих тех же самых субъектов экономической деятельности. Для определения стоимостного выражения особо крупного ущерба, размера и дохода в рассматриваемых уголовно-правовых нормах необходимо использовать соотношение между крупным и особо крупным ущербом, размером или доходом как 1:3. В результате этого особо крупный ущерб, доход и размер для целей рассматриваемой группы преступлений должен составлять 3 млн. руб.

Расчет количественного параметра для данной группы может быть представлен по следующей формуле (5):

$$H = O \times 5 / 100 \quad (5)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

O — средний объем зарегистрированных выпусков корпоративных ценных бумаг (акций) по номинальной стоимости, приходящего на одно акционерное общество.

³⁷ Финансы России. 2016: Стат. сб. М.: Росстат, 2016. С. 319.

³⁸ Статистика по государственной регистрации ЮЛ и ИП / Федеральная налоговая служба: официальный сайт [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.nalog.ru> (дата обращения: 01.10.2017)

В отношении контрабанды алкогольной продукции и табачных изделий (ст. 200² УК РФ) количественный параметр крупного размера предлагается определять посредством экстраполяции высчитанного показателя доли оборота алкогольной продукции и табачных изделий во внешнеторговом обороте продовольственных товаров в размере 6% за 2015 г.³⁹ Это соответствует доле алкогольной продукции и табачных изделий в общей стоимости продовольственных товаров, приходящейся на одну декларацию (за тот же год в средне высчитанном размере — 8,5 млн. руб.)⁴⁰. При таком подсчете крупный размер контрабанды алкогольной продукции и табачных изделий по ст. 200² УК РФ принимается как соответствующий одной декларации в сфере внешнеторгового оборота продовольственной продукции, и в последующем данная доля должна переводиться в абсолютно-определенную сумму относительно указанной выше условно принятой величины декларации. В результате расчетов на одну декларацию продовольственных товаров приходится около 500 тыс. руб. стоимости алкогольной продукции и табачных изделий, вместе взятых. Для отделения алкогольной продукции от табачных изделий данную сумму необходимо поделить пополам, вследствие чего и получаются установленные законодателем 250 тыс. руб. Расчет количественного параметра может выглядеть так по следующей формуле (6):

$$H = C \times D / 200 \quad (6)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

C — средняя стоимость продовольственных товаров, приходящая на одну декларацию;

D — доля оборота алкогольной продукции и табачных изделий во внешнеторговом обороте продовольственных товаров.

Количественный параметр крупного размера в ст. 193 и 193¹ УК РФ должен соответствовать 8,5 млн. руб., т.е. показателю средней стоимости товаров, приходящих на одну декларацию за 2015 г. (предшествующий году закрепления стоимостных критериев)⁴¹, поскольку во внешнеэкономической деятельности, как правило, на одну сделку составляется одна таможенная декларация. Следовательно, размер усредненной сделки за 2015 г. равняется указанной выше сумме, потому его целесообразно применить в качестве крупного размера. Для определения особо крупного размера необходимо использовать соотношение 1:3 (трехкратное превышение крупного разме-

³⁹ Российский статистический ежегодник 2016. С. 624, 630–631, 634, 640.

⁴⁰ Ежегодный сборник «Таможенная служба РФ в 2015 году» [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.customs.ru>; Статистика о количестве деклараций в 2015 году. Федеральная таможенная служба: официальный сайт [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.customs.ru> (дата обращения: 10.10.2017)

⁴¹ Там же.

ра), так чтобы крупный размер для ст. 193 и 193¹ УК РФ равнялся 8,5 млн. руб., особо крупный — 25,5 млн. руб. Расчет может быть представлен по следующей формуле (7):

$$H = C \quad (7)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

C — средняя стоимость товаров, приходящая на одну декларацию.

Для уклонения от уплаты таможенных платежей (ст. 194 УК РФ), представляется правильным установление крупного размера в сумме, превышающей наполовину средний размер таможенного платежа, приходящегося на одну декларацию. Необходимо высчитывать средний показатель размера таможенного платежа, приходящегося на одну декларацию за 2015 г. (предшествующий году последней законодательной индексации количественных параметров), который определяется как частное от деления доходов, администрированных таможенными органами, на количество деклараций и равняется 1,3 млн. руб.⁴² Данная сумма наполовину превышает установленные законодателем 2 млн. руб., что вполне подходит для ее использования в качестве количественного параметра крупного размера, особо крупный размер должен соотноситься с крупным размером как 3:1. Расчет может быть произведен по следующей формуле (8):

$$H = C \times 2 \quad (8)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

C — средний показатель размера таможенного платежа, приходящегося на одну декларацию.

Применительно к налоговым преступлениям, предусмотренным ст. 198, 199 и 199¹ УК РФ, крупный размер предлагается отождествлять со средним налогом, приходящимся на одного физического лица в лице индивидуального предпринимателя, а также организации с учетом того, что в России уровень доходов предпринимателей-физических лиц и обороты организаций существенно различаются. Поэтому при установлении крупного размера налога в указанных статьях УК РФ между физическим лицом и организацией — плательщиками страховых взносов — следует применять коэффициент 2. В связи с ограниченностью статистического материала расчет производится с учетом упрощенной системы налогообложения за 2015 год, т.е. на год, предшествующий году закрепления ныне действующих параметров стоимостных критериев. Так, при среднем доходе в сумме 4 млн. руб., приходящимся за рассматриваемый период на одного индивидуального предпринимателя без наемных работников, размер всех налогов и страховых

⁴² Там же.

взносов составляет примерно около 300 тыс. руб.⁴³, а для малого предприятия при среднем доходе 20 млн. руб. со среднесписочной численностью 5 человек — примерно 2 млн. руб.⁴⁴ Указанные усредненные значения необходимо умножить на коэффициент 2 и закрепить в качестве ежегодных сумм неуплаченных налогов в пределах трех финансовых лет подряд либо в сумме, превышающей их в 3 раза. Для определения особо крупного размера по ранее указанным мотивам необходимо применить соотношение между ним и крупным размером как 3:1. Расчет может быть произведен по следующей формуле (9):

$$H = P_n \times 2 \quad (9)$$

H — значение количественного параметра, тыс. руб.;

P_n — средний размер всех налогов и страховых взносов, приходящихся на одного физического лица в лице индивидуального предпринимателя (для крупного размера), а также организации (для особо крупного размера).

Количественные параметры стоимостных критериев ст. 199³ и 199⁴ УК РФ должны соответствовать 1/3 величине крупного и особо крупного размера ст. 198, 199, 199¹ УК РФ. В соответствии с Федеральным законом от 22.12.2005 № 179-ФЗ «О страховых тарифах на обязательное социальное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний на 2006 год»⁴⁵, максимальный страховой тариф по данному виду социального страхования на одного работника составляет 8,5% от дохода последнего, что по величине составляет менее 1/3 от всех остальных страховых взносов, уплачиваемых за него страхователем, за неуплату которых предусмотрена уголовная ответственность по ст. 198, 199, 199¹ УК РФ. В связи с этим данное соотношение оптимально для установления количественных параметров стоимостных критериев рассматриваемых норм.

Результаты исследования закономерностей установления количественных параметров стоимостных критериев преступлений в сфере экономической деятельности позволили разработать методы их подсчета для закрепления в УК РФ. Наиболее справедливым и обоснованным подходом к определению стоимостных критериев является экономическая соразмерность, при которой количественные параметры крупного и особо крупного ущерба, дохода и размера преступной деятельности в сфере экономики каждой группы преступлений устанавливаются в зависимости от вида охраняемой сферы общественных отношений (непосредственного объекта преступления) и основных экономических показателей деятельности хозяй-

⁴³ Россия в цифрах 2017. С. 202.

⁴⁴ Там же. С. 198–200.

⁴⁵ СЗ РФ. 2005. № 52 (часть I). Ст. 5592.

ствующих в ней субъектов — товарооборота, доходности, ценообразования или финансово-экономического состояния.



Библиография

Авдеева О.А. Незаконное предпринимательство: определение ущерба // Вестник Читинского государственного университета. 2009. № 1. С. 156–160.

Беляева О.А. Корпоративные закупки: проблемы правового регулирования. М.: Юриспруденция, 2017. 312 с.

Боев О.В. Правовой статус кредитной организации в аспекте квалификации криминального банкротства // Вестник Российской правовой академии. 2010. № 2. С. 23–26.

Босхолов А.В. Получение доходов преступным путем как признак составов преступлений, предусмотренных ст. 174 и 174.1 УК РФ / Актуальные проблемы уголовного права. М.: МВД, 2004. С. 92–96.

Жеребцов А.П. Банковские карты как предмет преступления, предусмотренного ст. 187 УК РФ // Мир юстиции. № 1. 2004. С. 15–18.

Жилкин М.Г. О роли оценки в формировании уголовно-правовых понятий. Межвузовский сборник научных трудов адъюнктов и соискателей: Часть 1. Вопросы совершенствования правоохранительной деятельности органов внутренних дел. М.: Московская академия МВД России, 2001. С. 234–237.

Законность: теория и практика / М.С. Андрианов, С.А. Боголюбов, Н.Д. Бут и др.; отв. ред. Ю.А. Тихомиров, Н.В. Субанова. М.: КОНТРАКТ, 2017. 400 с.

Иванова Я.С. Об общественной опасности незаконного предпринимательства // Российский криминологический взгляд. 2009. № 2. С. 391–393.

Институты финансовой безопасности / И.И. Кучеров, Н.А. Поветкина, О.А. Акопян [и др.]. М.: ИНФРА-М, 2017. 246 с.

Комментарий судебной практики. Вып. 23 / М.Л. Шелютто, А.Ф. Ефимов, М.Н. Николаев и др. М.: КОНТРАКТ, 2017. 184 с.

Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. М.: Либеральная миссия, 2010. 196 с.

Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юридическая литература, 1972. 352 с.

Мурзаков С.И. Экономические основания уголовно-правового запрета / Уголовно-правовой запрет и его эффективность в борьбе с современной преступностью. Сборник статей. Саратов: Сателлит, 2004. С. 73–75.

Судебная практика в современной правовой системе России / Т. Я. Хабриева, В.В. Лазарев, А.В. Габов и др. М.: Норма, 2017. 432 с.

Умнова Ю.В. Материальное содержание оснований уголовной ответственности // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке. Материалы IX международной конференции. М.: Проспект, 2012. С. 67–72.

Устинова Т.Д. Уголовная ответственность за незаконное предпринимательство. М.: Интел-Синтез, 2001. 120 с.

Consolidation in the Law of Quantitative Parameters Cost Criteria of Crimes in Sphere of Economic Activity: Regularities and Calculation Methods



Yuriy Truntsevskiy

Professor, Leading Researcher, Department of Anti-Corruption Methodology, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: trunzev@yandex.ru



Iosif Osipov

Postgraduate Student, Criminal Policy Department, Academy of Management, Ministry of Internal Affairs of Russia. Address: 8 Zoi and Alexandra Kosmodemyanskikh Str., Moscow 125593, Russian Federation. E-mail: iosifosipov782@gmail.com



Abstract

In Russia, there is no uniform concept of criminal policy in economy, which affected the structures of the corpus delicti (chapter 22), a certain part of these corpus delicti has disadvantages in determining the consequences and scope of illegal activities. Such consequences are defined in the law as large and especially large damage, the income and the scale. The article presents the results of the study of criminalization of crimes in the sphere of economic activity on the large and especially large damage, the income and the scale, laws of development of quantitative parameters of the cost criteria of these categories of acts. The analysis of alternative methods of calculation of these cost criteria enabled to distinguish three main approaches: 1) orientation to basic indicators of the minimum income level of the population; 2) calculation, proceeding from the scale of a large damage of theft; 3) determination of the amount of damage from average scale, proceeding from judicial and investigative practice. There exist other approaches to determining quantitative parameters of large and especially large damage, the income and the scale in relation to concrete criminal and legal regulations in the field of economic activity. They are separate methods of calculation, without any single concept. Since there is no methodology for calculating such indicators, the question of the validity of the choice by the legislator of quantitative parameters as criteria for assessing large and particularly large damage (income, scale), determining the “threshold” of criminal liability and its differentiation remains controversial. The authors propose to consider the economic proportionality of the quantitative parameters of large and especially large damage, income and the size of criminal activity in the economy by groups of crimes as the most fair and reasonable approach to determining the cost criteria of these compositions of crimes. This depends on the type of protected area of social relations (direct object of the crime) and the main economic indicators of economic entities: trade turnover, profitability, pricing or financial and economic condition.



Keywords

crimes; criminal policy; economic activity; punishments; large damage; profit; size; quantitative parameters; cost criteria.

Citation: Truntsevskiy Yu.V., Osipov I.V. (2018) Consolidation in the Law of Quantitative Parameters Cost Criteria of Crimes in Sphere of Economic Activity: Regularities and Calculation Methods. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 122–148 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.122.148



References

Avdeyeva O.A. (2009) Nezakonnnoye predprinimatel'stvo: opredeleniye ushcherba [Illegal business: Definition of Damage]. *Vestnik Chitinskogo Universiteta*, no 1, pp. 156–160.

Belyaeva O.A. (2017) *Korporativnyye zakupki: problemy pravovogo regulirovaniya* [Corporate Purchases: Issues of Legal Regulation] Moscow: Yurisprudentsiya, 312 p. (in Russian)

Boyev O.V. (2010) Pravovoy status kreditnoy organizatsii v oblasti prokhozheniya kriminal'nogo bankrotstva [Legal Status of a Credit Institution in Terms of Qualification of Criminal Bankruptcy]. *Vestnik Rossiyskoy pravovoy akademii*, no 2, pp. 23–26.

Boskholov A.V. (2004) Polucheniye dokhodov prestupnym putem, kak priznak sostavov prestupleniy, sootvet st.st. 174 i 174.1 UK RF [Proceeds of Crime as a Sign of Crimes under Art. 174 and 174.1 of the Criminal Code]. *Aktual'nyye problemy ugolovnoy prava* [Issues of Criminal Law] Moscow: Internal Ministry, pp. 92–96.

Instituty finansovoy bezopasnosti (2017) [Institutions of Financial Security]. I.I. Kucherov, N.A. Povetkina, O.A. Akopyan. Moscow: INFRA-M, 246 p. (in Russian)

Ivanova Ya.S. (2009) Ob obshchestvennoy opasnosti nezakonnogo predprinimatel'stva [Public Danger of Illegal Business]. *Rossiyskiy kriminologicheskiy vzglyad*, no 2, pp. 391–393. (in Russian)

Kommentariy sudebnoy praktiki (2017) [Commentary of Judicial Practice]. M.L. Shelyutto, A.F. Yefimov, M.N. Nikolayev et al. Moscow: KONTRAKT, 184 p.

Kontseptsiya modernizatsii ugolovnoy zakonodatel'stva v ekonomicheskoy sfere (2010) [The Concept of Modernization of Criminal Legislation in the Economic Sphere]. Moscow: Liberal'naya missiya, 196 p. (in Russian)

Kudryavtsev V.N. (1972) *Obshchaya teoriya kvalifikatsii prestupleniy* [Theory of the Qualification of Crimes]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 352 p. (in Russian)

Murzakov S.I. (2004) Ekonomicheskiye osnovaniya ugolovno-pravovogo zapreta [Economic Grounds for Criminal Prohibition]. *Ugolovno-pravovoy zapret i yego effektivnost' v bor'be s sovremennoy prestupnost'yu: sbornik* [Efficiency of Criminal Prohibition in a Fight against Modern Criminality: Collection of Essays]. Saratov: Satellit, pp. 73–75.

Sudebnaya praktika v sovremennoy pravovoy sisteme Rossii (2017) [Judicial Practice in the Modern Legal System of Russia]. T. Ya. Khabrieva, V. V. Lazarev, A. V. Gabov. Moscow: Norma, 432 p. (in Russian)

Umnova Yu. V. (2012) Material'noye sodержaniye osnovaniy ugolovnoy otvetstvennosti [The Material Content of the Grounds of Criminal Liability]. *Ugolovnoye pravo: strategiya razvitiya v XXI veke* [Overall Strategy of Criminal Law in XXI Century]. Moscow: Prospekt, pp. 67–72.

Ustinova T.D. (2001) *Ugolovnaya otvetstvennost' za nezakonnnoye predprinimatel'stvo* [Criminal Liability for Illegal Business]. Moscow: Intel-Sintez, 120 p. (in Russian)

Zakonnost': teoriya i praktika (2017) [The Rule of Law: Theory And Practice]. Andrianov M.S. et al. Moscow: KONTRAKT, 400 p. (in Russian)

Zherebtsov A.P. (2004) Bankovskiye karty kak predmet prestupleniy, predusmotrennogo st. 187 UK RF [Bank Cards as a Subject of Crime under Art. 187 of the Criminal Code of Russian Federation]. *Mir yustitsii*, no 1, pp. 15–18.

Zhilkin M.G. (2001) O roli otsenki v formirovaniy ugovovno-pravovykh ponyatiy [Role of Evaluation in Forming Criminal Law Concepts]. *Voprosy sovershenstvovaniya pravookhranitel'noy deyatelnosti organov vnutrennikh del. Sbornik* [Issues of Optimization of Law and Order Bodies of Internal. Collection]. Moscow: Internal Ministry, pp. 234–237.

Правовая защита граждан от безработицы в условиях информационных технологических новаций в сфере труда и занятости



Л.А. Чиканова

заведующая отделом законодательства о труде и социальном обеспечении Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, доктор юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: labour@izak.ru



Л.В. Серегина

ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Большая Черемушкинская, 34. E-mail: labour@izak.ru



Аннотация

В статье рассматриваются проблемы социальной защиты граждан от безработицы в условиях глобализации и информационных технологических новаций, вызвавших изменения в сфере труда и занятости и повлекших за собой развитие новых нетипичных форм занятости населения. Предмет исследования составляют нормативные правовые акты, регулирующие отношения в сфере занятости и защиты от безработицы, а также международные нормы и взгляды ученых на проблемы, возникающие в данной области. Целью исследования является изучение влияния происходящих в сфере труда изменений на ныне действующие системы защиты граждан от безработицы и определение оптимальных путей их совершенствования. В России рынок труда характеризуется преобладанием стандартной формы занятости, предполагающей выполнение работы по найму в режиме полного рабочего времени на основе бессрочного трудового договора на стационарном рабочем месте. Вместе с тем все большее распространение получают такие нетипичные формы занятости, как работа на условиях неполного рабочего времени, на основании срочных трудовых договоров и договоров аутсорсинга. В последнее время стали широко применяться такие принципиально новые формы занятости, как работа на интернет-платформах, работа «по вызову» или в «облаке». Однако далеко не все нетипичные формы занятости получили должное правовое регулирование в законодательстве Российской Федерации, что не позволяет обеспечить необходимую правовую защиту занятых в них работников. На это обращено внимание в международных актах. Изучение и анализ опыта зарубежных стран, использующих подобные формы занятости, позволило сделать вывод о возможности применить их

в России. В статье сформулированы предложения о совершенствовании системы социальной защиты граждан от безработицы, в том числе направленные на сокращение периода поиска работы, упрощение процедуры признания граждан безработными, увеличение размера пособия по безработице, что должно найти отражение в законодательстве о занятости населения Российской Федерации.

Ключевые слова

информационно-технологические новации, социальная защита от безработицы, безработица, рынок труда, нетипичные формы занятости, цифровая экономика, профессиональное обучение, пособие по безработице.

Библиографическое описание: Чиканова Л.А., Серегина Л.В. Правовая защита граждан от безработицы в условиях информационных технологических новаций в сфере труда и занятости // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 149–171.

JEL: K31; УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.149.171

Глобализационные процессы, децентрализация и специализация производства в сочетании с внедрением информационно-технологических новаций, объективная потребность в мобильной рабочей силе, а также ряд других факторов порождают структурные изменения на рынке труда и приводят к появлению множества нетипичных форм занятости. В зависимости от специфики организации трудового процесса занятость принято подразделять на стандартную (типичную) и нестандартную (нетипичную). Стандартная (типичная) занятость предполагает работу по найму в режиме полного рабочего времени на основе бессрочного трудового договора на стационарном рабочем месте под непосредственным руководством работодателя. Все формы занятости, отклоняющиеся от описанного стандарта, рассматриваются как нестандартные (нетипичные).

В научной литературе к нестандартным (нетипичным) формам занятости относят формы, для которых характерны самостоятельное распределение и рациональное использование рабочего времени. Такими формами традиционно считались: надомный труд; неполная или временная занятость; занятость, связанная с нестандартными режимами рабочего времени (гибкий рабочий год, укороченная (сжатая) рабочая неделя, гибкие графики рабочего времени, посменная работа); занятость по нестандартным организационным формам (временная работа, совместительство); занятость на работах с нестандартными рабочими местами и (или) организацией труда (надомный труд, вахтово-экспедиционная деятельность и др.). В начале XXI века в период формирования постиндустриальной экономики к ним добавились

заемный и дистанционный труд, работа на интернет-платформах и другие формы нестандартной занятости¹.

Наибольшую популярность набирает работа на интернет-платформах. Через Интернет либо мобильные приложения работодатель находит себе временного работника («краудворкера») и без официального оформления дает ему отдельные задания и поручения. Если краудворкер справился с заданием, он получает денежную выплату. Оплата такой работы невысока, обычно до 20 долл. в день².

Учитывая, что выполнение работы на интернет-платформе не предусматривает какого-либо письменного оформления прав и обязанностей заказчика и исполнителя работ, работник лишается возможности защитить свои права. Он полностью зависит от того, кто дает и оценивает работу. Заказчик, посчитавший, что работа выполнена ненадлежащим образом, может не оплатить ее и поручить эту работу другому исполнителю. Исполнитель же не может потребовать от заказчика произвести оплату выполненной работы. При этом услуги некоторых интернет-платформ являются платными³. Несмотря на это, краудворкинг продолжает развиваться и занимает определенное место на рынке труда. Полагаем, что с развитием такой формы занятости в России потребуется разработка правового механизма защиты прав краудворкеров.

В научной литературе есть предположения, что в ближайшие годы в России получит развитие такая новая форма занятости, как работа в «облаке». Она определяется как концепция виртуального труда и виртуальных предприятий с возможностью осуществлять работу в рамках одного или нескольких предприятий (вне зависимости от расположения и юрисдик-

¹ См.: Цыганкова И.В., Базжина В.А., Никишина О.Ю. Развитие нестандартных форм занятости в современной России // Российское предпринимательство. 2014. № 24. С. 71–86; Телятникова Т.В. Появление и развитие нестандартных форм занятости и гибких режимов работы в СССР // Российское предпринимательство. 2012. № 18. С. 42–46; Саликова Н.М. Гибкие и нетипичные формы занятости: необходимость и целесообразность // Российский юридический журнал. 2012. № 5. С. 176–182; Тарасенкова А.Н. Особенности работы вне офиса: надомный труд, дистанционная работа, фриланс. М.: Библиотечка «Российской газеты». 2013. Вып. 23. 128 с.; Браун Е.А. Понятие нетипичной занятости и классификация ее видов // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 3. С. 11–15; Коришнова Т.Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. 2005. № 6. С. 7–30; Герман П., Бережнов А.А. Правовое регулирование заемного труда по законодательству России и Германии // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. № 3. С. 54–60; Чесалина О.В. От нестандартных форм занятости до работы на основе интернет-платформ // Трудовое право в России и за рубежом. 2018. № 1. С. 22–25.

² См.: Краудворкинг — новое определение поиска работы [Электронный ресурс]: // URL: <http://postrussia.info/crowdworking/> (дата обращения: 21.03.2017)

³ В частности, стали платными услуги платформы YouDo. Каждый исполнитель заказов должен платить за них 15% гонорара, который он получит за выполненную работу.

ции предприятия), без фиксации рабочего места и физического положения работника, с отсутствием привязки ко времени осуществления труда, что подразумевает новую философию межрегиональных, межгосударственных отношений⁴.

Анализ новых нетипичных форм занятости позволяет выявить как позитивные, так и негативные аспекты их развития.

Позитивные аспекты обусловлены потребностями рынка труда в мобильной рабочей силе, вызванными глобализацией, децентрализацией, специализацией производства, а также появлением новых технологий. У работодателей расширяются возможности привлечения квалифицированных специалистов и снижаются затраты на персонал. Нетипичная занятость позволяет лицам получить работу, если полная занятость по каким-либо причинам затруднительна или нежелательна (таковы пожилые трудящиеся, матери-одиночки, молодежь без профессиональных навыков, лица, освобожденные из мест лишения свободы и другие лица, испытывающие трудности в поиске работы), и тем самым избежать безработицы. Помимо этого нетипичные формы труда широко применяются как вторичная занятость в целях получения дополнительных доходов. Таким образом, нетипичные формы занятости расширяют возможности трудоустройства, а в некоторых случаях сдерживают высвобождение работников, препятствуя росту безработицы (позволяют работодателю сохранить квалифицированных работников, сократив им рабочее время, предусмотреть разделение работы между несколькими работниками на одном рабочем месте и др.).

Негативные аспекты распространения нетипичной занятости ассоциируются прежде всего с отсутствием или снижением социальной защиты трудовых прав работников⁵, неожиданной потерей работы и стабильных доходов, наличием длительных перерывов в работе из-за отсутствия заданий или заказов, ограничением в доступе к получению социальных выплат и услуг. Также отмечаются снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение их физического и морального состояния в условиях нестабильности, повышенный травматизм, ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, отсутствие возмож-

⁴ Дегтярев А.В. Работа в «облаке» как трансформация социально-трудовых отношений в цифровой экономике // Креативная экономика. 2017. № 2. С. 247–248.

⁵ См.: Гебриаль В.Н. Социальные аспекты феномена дистанционной работы как нового вида трудовых отношений // Государственное управление. Электронный вестник. 2008. № 17. С. 3; Томашевский К.Л. Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI в. // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3. С. 32–35; Мерко А.И. Виртуальная занятость как инструмент преодоления кризисных явлений на российском рынке // Вестник Омского университета. Серия: Экономика. 2010. № 2. С. 5–10; Лютов Н.Л., Герасимова Е.С. Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство. М.: Центр социально-трудовых прав, 2015. С. 180.

ности участвовать в управлении производством, отстаивать свои права при помощи коллектива и т.д. На снижение мер правовой защиты лиц, работающих удаленно (надомных, дистанционных работников) по сравнению с другими наемными работниками обращалось внимание в научной литературе⁶.

Следует отметить, что в экономически развитых странах нетипичными формами занятости охвачено в среднем от 15 до 30% работников, причем в некоторых из них эта доля приближается к половине, а, например, в Южной Корее она уже превышена⁷. В Российской Федерации также отмечается расширение нетипичных форм занятости, доля которых с развитием цифровой экономики будет увеличиваться. В Дорожной карте программы «Цифровая экономика Российской Федерации»⁸ предполагается, что к концу 2019 года будет обеспечено введение нормативной базы регулирования трудовых и социальных отношений с гибкой и дистанционной занятостью, в том числе выявлены барьеры, затрудняющие формирование гибких трудовых отношений, приняты нормативные правовые акты, обеспечивающие регулирование указанных отношений (п. 2.9). При этом защита интересов российских граждан, обеспечение их занятости указаны в числе национальных интересов в области цифровой экономики (пп. «з» п. 42 Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 годы).

В России право на защиту от безработицы является конституционным правом граждан. В соответствии со ст. 37 Конституции России каждый имеет право на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы. Гарантии реализации права на защиту от безработицы определены нормами Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ), Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации»⁹ (далее — Закон о занятости) и другими нормативными правовыми актами.

Однако на сегодняшний день не все нетипичные формы занятости получили должную правовую регламентацию, что создает препятствия к реализации гражданами конституционного права на защиту от безработицы.

⁶ См.: Гебриаль В.Н. Указ. соч. С. 3; Томашевский К.Л. Указ. соч. С. 32–35; Мерко А.И. Указ. соч. С. 5–10; Лютов Н.Л., Герасимова Е.С. Указ. соч. С. 180.

⁷ Лушников А.М. Нетипичные трудовые правоотношения в контексте современных социально-экономических процессов // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2017. Выпуск 2. С. 10.

⁸ Программа «Цифровая экономика Российской Федерации», утверждена распоряжением Правительства России от 28.07.2017 № 1632-р «Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации» // СЗ РФ. 2017. № 32. Ст. 5138.

⁹ СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

В связи с этим возникает необходимость поиска подходов к совершенствованию системы социальной защиты от безработицы граждан, реализующих способности к труду в таких нетипичных формах.

В современных условиях, когда под воздействием процессов глобализации и технического прогресса радикальным образом меняется рынок труда, в том числе в сторону увеличения нетипичной занятости, уже не могут быть сохранены прежние гарантии занятости и социального обеспечения. Недаром нетипичную занятость все чаще именуют нестабильной. По оценкам МОТ, в 2017 году нестабильной была занятость почти 1,4 млрд. работников, а к 2019 году их число вырастет еще на 35 млн.¹⁰

Озабоченность по этому поводу неоднократно выражала МОТ. В частности, Генеральный директор МОТ Г. Райдер в докладе «Инициатива столетия, касающаяся будущего сферы труда»¹¹ отмечал, что происходящие в сфере труда изменения, направленные на расширение использования «нестандартных» форм организации труда, подвергают испытанию способность к адаптации к новым реалиям систем социальной защиты, которые в течение длительного периода времени формировались на предполагаемой шаблонной основе типового трудового правоотношения. По мнению Генерального директора МОТ, вызывает тревогу и неизменно высокое распространение незащищенных форм занятости в сочетании с явным отсутствием прогресса в повышении качества рабочих мест, даже в странах, где сводные показатели улучшились¹².

Все это свидетельствует об актуальности поиска новых подходов к решению проблемы занятости и защиты от безработицы, тем более, что численность рабочей силы растет быстрее, чем создаются новые рабочие места¹³.

Основы построения систем социальной защиты от безработицы были заложены в ряде Конвенций МОТ, в том числе № 2 «О безработице»¹⁴, № 102

¹⁰ Доклад Генерального директора МОТ «Перспективы занятости и социальной защиты в мире в 2018 году» [Электронный ресурс]: // URL: http://www.ilo.org/moscow/news/WCMS_616001/lang--ru/index.htm (дата обращения: 15.03.2018)

¹¹ См.: Доклад Генерального директора МОТ «Инициатива столетия, касающаяся будущего сферы труда». Международная конференция труда, 104-я сессия. Женева: Международное бюро труда, 2015.

¹² См.: Перспективы занятости и социальной защиты в мире. Тенденции 2017 [Электронный ресурс]: // URL: http://www.ilo.org/moscow/news/WCMS_541482/lang--ru/index.htm (дата обращения: 12.03.2018)

¹³ По данным МОТ, в 2018 г. к 2,1 млрд. безработных должны прибавиться еще 2,7 млн. См.: Новости МОТ. 12.01.2017. В Российской Федерации по данным Росстата уровень безработицы в январе 2018 г. составил 5,2%. Занятость и безработица в Российской Федерации в январе 2018 года [Электронный ресурс]: // URL: http://www.gks.ru/bgd/free/B04_03/Iss_WWW.exe/Stg/d03/36.htm (дата обращения: 16.03.2018)

¹⁴ Конвенция № 2 Международной организации труда «О безработице» (Вашингтон, 27.01.1920). Россия не является участницей Конвенции // СПС КонсультантПлюс.

«О минимальных нормах социального обеспечения»¹⁵, № 122 «О политике в области занятости»¹⁶, № 168 «О содействии занятости и защите от безработицы»¹⁷ и др. Названные конвенции предполагают систему бесплатных государственных органов службы занятости, помогающих гражданам в трудоустройстве, а работодателям — в поиске подходящих работников, а также системы материальной поддержки безработных граждан в период поиска работы.

Однако на сегодняшний день универсальной модели социальной защиты от безработицы нет. В промышленно развитых и развивающихся странах системы социальной защиты от безработицы находятся на разных уровнях развития. Каждое государство с учетом социальных и культурных ценностей данного общества, его истории, уровня экономического развития самостоятельно определяет, как наилучшим образом оказать поддержку безработным гражданам. Вместе с тем, как рекомендует МОТ¹⁸, все системы должны соответствовать базовым принципам. В частности, пособия должны иметь гарантированный характер и не должно быть дискриминации в их распределении, управление системами должно быть четким и прозрачным, а административные издержки должны быть как можно более низкими, причем социальные партнеры должны играть в вопросах управления видную роль.

Как следует из ст. 2 Конвенции МОТ № 168, каждое государство должно стремиться, чтобы его система защиты от безработицы и, в частности, методы предоставления пособий по безработице, содействовали созданию полной, продуктивной и свободно избранной занятости и имели бы такой характер, что предприниматели были бы заинтересованы предлагать трудящимся продуктивную занятость, а трудящиеся — искать такую занятость.

В настоящее время учеными предлагаются различные системы социальной защиты граждан в условиях нетипичной занятости. Так, британские ученые М. Фридланд и Н. Куантурис предлагают изменить традиционную «двоичную систему» отношений по труду, которая сводилась к трудовым (зависимым) и гражданско-правовым (независимым) отношениям. По их

¹⁵ Конвенция № 102 Международной организации труда «О минимальных нормах социального обеспечения» (Женева, 28.06.1952). Российская Федерация не ратифицировала Конвенцию // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ Конвенция № 122 Международной организации труда «О политике в области занятости» (Женева, 09.07.1964). СССР ратифицировал Конвенцию (Указ Президиума ВС СССР от 05.08.1967 № 1770-VII) // СПС КонсультантПлюс.

¹⁷ Конвенция № 168 Международной организации труда «О содействии занятости и защите от безработицы» (Женева, 21.06.1988). Российская Федерация не ратифицировала Конвенцию // СПС КонсультантПлюс.

¹⁸ См.: п. 2–4 заключений о социальном обеспечении, принятых на 89-й сессии МКТ / Доклад Генерального директора МОТ на 95-й сессии Международной конференции труда «Изменение моделей и структур в сфере труда». Женева: Международное бюро труда, 2006. С. 52.

мнению, в зависимости от уровня защиты могут быть выделены три вида отношений: защищенные отношения по труду, в которых работающее лицо пользуется максимальным объемом прав и существенно защищено от негативного, дестабилизирующего воздействия рынка труда; автономные отношения по труду, в которых работающее лицо не получило существенных гарантий от нанимателя; неустойчивые отношения по труду, которые содержат в себе элементы обеих групп отношений¹⁹.

Некоторые российские ученые выступают в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они говорят не о создании «защитной оболочки», консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда: между рабочими местами, работой и безработицей, работой и профессиональной подготовкой, образованием и профессиональной деятельностью и др.²⁰

На наш взгляд, предлагаемый учеными риск-ориентированный подход возможно применить лишь при определении объема гарантий в области занятости и защиты от безработицы граждан, реализующих свои способности к труду посредством вступления в «автономные» или «неустойчивые» отношения по труду, в которых работающее лицо не получает существенных гарантий от нанимателя. Так, например, риск потери работы у работника, вступившего в «автономные» отношения и работающего на условиях гражданско-правового договора, выше, а объем его гарантий защиты от безработицы меньше, чем у работника, выполняющего аналогичную работу на условиях бессрочного трудового договора. Наиболее высокий риск потери работы и низкий уровень защиты от безработицы у работников, работающих на интернет-платформе, выполняющих полученные заказы без какого-либо правового оформления таких отношений.

В некоторых странах Евросоюза при защите временно занятых работников предусматривается удорожание краткосрочных контрактов для работодателей. По таким контрактам устанавливаются увеличенные отчисления по страхованию от безработицы (Словения, Франция, Италия), стимулы перехода к постоянной занятости или дополнительное выходное пособие для временных работников (Испания, Франция)²¹. В России также можно

¹⁹ См.: *Freedland M., Kountouris N.* The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law / *The Idea of Labour Law*. В. Langille, G. Davidov (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 190–208.

²⁰ См.: *Лушников А.М.* Указ. соч. С. 19.

²¹ См.: *Айххорст В.* Расширение границ дуализмов: путь к более гибким и надежным рынкам труда? [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.hse.ru/labourlaw/neys/196006230.html> (дата обращения: 05.11.2017)

использовать опыт европейских государств, предусмотрев повышенные налоговые отчисления с работодателей, применяющих нетипичные формы занятости, характеризующиеся высоким риском безработицы. Повышенные риски потери работы и материальной необеспеченности в период ее поиска должны быть компенсированы государственными гарантиями.

С развитием информационно-телекоммуникационных технологий нуждаются в изменении и подходы к оказанию органами службы занятости государственных услуг в сфере занятости и защиты от безработицы. Направления таких изменений предусмотрены в проекте Концепции первоочередных мер по совершенствованию правового регулирования с целью развития цифровой экономики²². В ней предлагается переход на безбумажное взаимодействие работников и работодателей (введение электронного формата заключения трудового договора, электронной трудовой книжки, оптимизация иных «бумажных» обязанностей работодателя), что призвано упростить порядок предъявления гражданами документов, необходимых для их регистрации в качестве безработных, предусмотренных ч. 2 ст. 3 Закона о занятости.

При переходе на электронный документооборот государственных органов и организаций, ведущих электронные регистры, органы службы занятости смогут самостоятельно запрашивать необходимую им информацию в Пенсионном фонде, в Министерстве образования, налоговых, миграционных и других органах и организациях в порядке межведомственного взаимодействия. Следует заметить, что отношения, связанные с введением электронного документооборота, прямо не направлены на содействие занятости и защиту от безработицы. Они носят вспомогательный характер, позволяющий оценить ситуацию на рынке труда, облегчить доступ к необходимой информации, упростить и ускорить получение государственных услуг в сфере занятости населения, а также самостоятельно искать подходящую работу, не вступая в отношения с органами службы занятости, регулируемые Законом о занятости.

Реализация предлагаемых Концепцией изменений потребует внесения соответствующих изменений в ч. 2 ст. 3 и ст. 16 Закона о занятости, предусматривающие предъявление документов, необходимых при регистрации в качестве безработных. Потребуется также урегулирование отношений, связанных с обменом на безвозмездной основе отчетной документацией и сведениями между органами государственной статистики, налоговыми органами, органами миграционной службы и другими заинтересованными государственными органами.

²² Проект Концепции первоочередных мер по совершенствованию правового регулирования с целью развития цифровой экономики [Электронный ресурс]: // URL: <http://sk.ru/news/m/wiki/20098/download.aspx> (дата обращения: 12.02.2018)

Возможно, что с развитием цифровой экономики данные отношения будут совершенствоваться и возникнет необходимость в урегулировании их отдельным нормативным правовым актом. Таким актом может быть закон о цифровой экономике, необходимость разработки которого обсуждается в Министерстве экономического развития Российской Федерации²³. С развитием цифровой экономики взаимодействие органов службы занятости, гражданина, ищущего работу, и работодателя может быть осуществлено в электронной форме посредством использования информационных систем органов службы занятости, работодателя и «личного кабинета» гражданина.

Учитывая стирание границ между профессиями, необходимость обладать не только профессиональными знаниями, но и дополнительными компетенциями, в том числе в области информационных технологий, должен измениться подход к определению понятия подходящей работы. Подходящей должна считаться такая работа, в том числе дистанционная временного характера, которая соответствует профессиональной пригодности работника с учетом набора его профессиональных компетенций.

При содействии гражданам в трудоустройстве органы службы занятости должны будут сравнивать сформированные работодателем компетенции по тем или иным профессиям с набором компетенций соискателя работы, и в зависимости от этого предлагать работодателю потенциальных работников, а работникам давать направления на собеседование к конкретному работодателю. При отсутствии у безработного гражданина необходимых для занятия вакантного рабочего места компетенций органы службы занятости могли бы решать вопрос о направлении его в соответствии со ст. 23 Закона о занятости на профессиональное обучение.

Поскольку в современных условиях развития науки и техники для успешного трудоустройства и выполнения работы уже недостаточно пройти разовую профессиональную подготовку, в Рекомендации МОТ № 195 «О развитии людских ресурсов: образование, подготовка кадров и непрерывное обучение» (2004) говорится о необходимости непрерывного обучения в течение всей жизни. В вышеупомянутом докладе Генерального директора МОТ указывается на необходимость вкладывать средства в развитие современных профессиональных навыков, востребованных в новой экономике, основанной на знаниях, а также укреплять взаимосвязи между образовательными системами и потребностями предприятий.

Развитие инновационных направлений деятельности неизбежно влечет за собой увеличение потребности в работниках высокотехнологичных производств. В России проблема заполнения вакансий высококвалифицированными специалистами по-прежнему является актуальной. Работодателям

²³ *Шитов С.В.* Цифровая среда доверия ускорит формирование новых бизнес-процессов // Официальный сайт Министерства экономического развития Российской Федерации, 5.06. 2017.

нужны кадры, имеющие высокую квалификацию в сферах новых технологий, развития механизмов управления производством и прогнозирования перспектив развития тех или иных отраслей. Решению этой проблемы посвящен ряд программных документов. В частности, в Послании Президента России Федеральному Собранию²⁴ поставлена задача добиться качественных изменений в подготовке студентов, прежде всего по передовым направлениям технологического развития, сформировать ступень «прикладного бакалавриата» по тем рабочим профессиям, которые фактически требуют инженерного образования. Реализации этой задачи способствуют отдельные направления программы «Цифровая экономика Российской Федерации»²⁵.

Программой «Цифровая экономика Российской Федерации» предусмотрено, что к 2024 году количество выпускников образовательных организаций высшего образования по направлениям подготовки, связанным с информационно-телекоммуникационными технологиями, достигнет 120 тыс. человек в год, а выпускников высшего и среднего профессионального образования, обладающих компетенциями в области информационных технологий на среднемировом уровне — 800 тыс. человек ежегодно. «Дорожной картой» Программы предполагается, что в 2018 году будут определены потребности в подготовке сотрудников 100 крупнейших компаний на 2018–2020 годы.

Генеральным соглашением между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством России на 2018–2020 годы предусмотрено осуществление таких мероприятий, как развитие внутрипроизводственного обучения работников организаций и опережающего профессионального обучения работников, подлежащих высвобождению²⁶. Многие крупные и успешные корпорации (РЖД, «Газпром», «Аэрофлот») инвестируют в новые профессии, подготовку, обучение и переобучение своих специалистов.

Однако не все работодатели готовы вкладывать средства в профессиональное обучение сотрудников. В связи с этим необходима разработка системы адаптации работников к изменяющимся условиям труда. Учитывая, что затраты на профессиональное обучение являются значительными и, как правило, обременительными для работодателей, полагаем, что при высвобождении работников в связи с недостаточной их квалификацией вследствие внедрения новых технологий органы службы занятости могли

²⁴ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 1.03. 2018 // СПС КонсультантПлюс.

²⁵ Программа «Цифровая экономика Российской Федерации» утверждена распоряжением Правительства Российской Федерации от 28.07. 2017 № 1632-р // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ См.: Генеральное соглашение между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2018–2020 годы // СПС КонсультантПлюс.

бы полностью или частично компенсировать работодателям затраты на опережающее обучение граждан, увольняемых из организаций. Это позволило бы сохранить этих работников и тем самым предотвратить увеличение безработицы. Органы службы занятости могли бы также участвовать в формировании перечня компетенций, недостающих безработным гражданам для трудоустройства, по которым необходимо организовать профессиональное обучение. В частности, можно было бы предусмотреть механизм направления органами службы занятости имеющейся у них информации в соответствующие центры компетенций.

Система защиты граждан от безработицы наряду развитием нетипичных форм занятости, содействием в трудоустройстве, адаптации работников к изменяющимся условиям труда, в том числе путем профессионального обучения, включает и такой обязательный элемент, как материальная поддержка граждан, ищущих работу или признанных безработными. Основным видом материальной поддержки лиц, потерявших работу, является пособие по безработице. Конвенция МОТ № 168 «О содействии занятости и защите от безработицы»²⁷ оставляет государствам возможность самостоятельно определять методы защиты, посредством которых оно предпочитает применять положения Конвенции, будь то посредством системы взносов или системы, не основанной на взносах, или посредством сочетания таких систем (ст. 12). От выбранного метода защиты зависит размер пособия по безработице²⁸.

В законодательстве зарубежных государств использованы практически одинаковые подходы к порядку определения размера пособия по безработице, условиям и срокам его выплаты. Условия, сроки и размеры выплаты пособия по безработице, как правило, зависят от страхового стажа и уплаты страховых взносов. Так, в Германии в соответствии с Социальным кодексом ФРГ²⁹ для получения пособия по безработице необходимо: зарегистрироваться в службе занятости в качестве безработного; иметь непрерывный стаж до момента увольнения не менее 12 месяцев; трудиться на полную ставку (полная занятость); быть уволенным по инициативе работодателя в связи с сокращением численности (штата) работников, прекращением

²⁷ Россия не ратифицировала Конвенцию. См.: Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 2171–2184.

²⁸ Пособия, начисляемые на основании взносов, делаемых защищенным лицом или от его имени или с учетом предыдущего заработка, устанавливаются в размере не менее 50% от предыдущего заработка. Если такие пособия имеют основой не взносы или предыдущие заработки, то они должны составлять не менее 50% от установленной законом минимальной заработной платы или от заработной платы обычного чернорабочего, или их размер должен обеспечивать минимум, необходимый для покрытия расходов на основные жизненные нужды, в зависимости от того, что больше.

²⁹ Sozialgesetzbuch. 2003. BGBl. I. S. 2954.

деятельности организации. Пособие по безработице начисляется исходя из полученной до увольнения заработной платы за последние 12 месяцев в размере от 60% до 85% средней заработной платы. Срок выплаты пособия — 6 месяцев. Помимо этого в Германии существует пособие по полной безработице (*Arbeitslosengeld*), которое назначается при одновременно двух условиях (в семье все трудоспособные совершеннолетние лица имеют статус безработного; истек период выплаты пособия по безработице одному из членов семьи) и выплачивается ежемесячно до исполнения 58 лет одному из членов семьи либо до прекращения его статуса безработного.

В Италии также предусмотрена выплата безработным страхового пособия. Право на страховое пособие возникает при страховом стаже не менее двух лет и выплате страховых взносов в течение 52 недель за предшествовавшие два года. В Испании пособие назначается лицам, потерявшим работу, или тем, чье рабочее время сократилось на 1/3. Страховое пособие полагается лишь платившим взносы не менее 12 месяцев за шесть лет, предшествовавших наступлению безработицы. Тем, кто не имеет права на страховое пособие, законодательство этих стран предусматривает социальную помощь³⁰.

В России созданная в 1991 году система защиты от безработицы была основана на страховых принципах. В 2001 году был осуществлен переход на ее бюджетное финансирование³¹, которое предполагает функционирование системы защиты от безработицы на принципах социального обеспечения. Она предусматривает равную продолжительность выплаты пособий независимо от стажа работы (страхового стажа), отказ от учета страхового стажа при выплате пособия во вторичный период безработицы, дополнительное пособие гражданам, подвергшимся радиации, гражданам из числа детей-сирот, детей, оставшихся без попечения родителей.

Однако, определив источником финансирования бюджетные средства и предусмотрев ряд обеспечительных мер защиты от безработицы, Закон о занятости сохранил прежние правила исчисления пособия, присущие страховой системе защиты от безработицы. В частности: 1) сохранено деление безработных на категории по условиям обеспечения в зависимости от трудового стажа; 2) установлен размер пособия по безработице лицам, имеющим необходимый стаж работы, в зависимости от размера заработка; 3) предусмотрен размер пособия лицам, не имеющим необходимого стажа

³⁰ Клинова Е. Пособия по безработице в странах Европейского союза // Человек и труд. 1995. № 8. С. 24–25.

³¹ Федеральным законом от 5.08. 2000 № 118-ФЗ «О введении в действие части второй Налогового кодекса Российской Федерации и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации о налогах» (СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3341) признано утратившим силу Постановление Верховного Совета РФ от 8.06.1993 № 5132-1 «Об утверждении Положения о Государственном фонде занятости населения Российской Федерации».

работы, исходя из минимального уровня обеспечения, минимальной величины пособия по безработице. Такое законодательное регулирование, предусматривающее сочетание страховых и обеспечительных мер, позволяет охватить наибольшее число нуждающихся в материальной поддержке безработных граждан.

Вместе с тем бюджетное финансирование такого страхового риска, как потеря работы, имеет недостатки. В частности, выделение и распределение бюджетных средств осуществляется не по необходимости, а в зависимости от наполнения бюджета и объемов первоочередных расходов государства. Введение бюджетного финансирования риска потери работы привело к тому, что пособие по безработице утратило часть своих основных функций (к их кругу относятся стимулы к скорейшему поиску работы; возмещение заработка, утраченного при потере работы) и стало выполнять лишь функцию материальной поддержки жизнедеятельности. Произошел разрыв связи между источником формирования средств и конечным результатом (размером пособия).

Согласно Закону о занятости граждан, уволенным с работы и имевшим в течение 12 месяцев, предшествующих безработице, оплачиваемую работу не менее 26 недель, пособие устанавливается в процентном отношении к среднему заработку, исчисленному за последние три месяца по последнему месту работы. Пособие по безработице во всех иных случаях устанавливается в размере его минимальной величины (ст. 30, 33). Однако установленные Правительством России максимальная (4900 руб.) и минимальная (850 руб.) величины пособия по безработице³² не достигают показателей, предусмотренных Конвенцией МОТ № 167.

Низкий уровень пособий по безработице послужил одной из основных причин отказа России от ратификации указанной Конвенции. Между тем ратификация Конвенции могла бы способствовать преодолению в возможно короткие сроки отставания Российской Федерации от международных стандартов обеспечения на случай безработицы, в частности, установлению пособия по безработице в размере, достаточном для покрытия расходов на основные жизненные нужды. Следует отметить, что размеры минимальной и максимальной величин пособия по безработице не пересматривались с 2009 г.³³ то есть остаются неизменными уже почти 10 лет, несмотря на инфляционные процессы и увеличение прожиточного минимума трудоспособного населения.

³² Постановление Правительства Российской Федерации от 24.11. 2017 № 1423 «О размерах минимальной и максимальной величин пособия по безработице на 2018 год» // СЗ РФ. 2017. № 49. Ст. 7461.

³³ Постановление Правительства Российской Федерации от 8.12.2008 № 915 «О размерах минимальной и максимальной величин пособия по безработице на 2009 год» // СЗ РФ. 2008. № 50. Ст. 5944.

Учитывая, что к 2018 г. уровень безработицы в России снизился, повышение размеров пособия по безработице в 2018 г. не предполагается. Однако поиск подходов к увеличению размера пособия по безработице и доведение его максимальной и минимальной величин до уровня показателей, предусмотренных Конвенцией МОТ № 168, позволяющих установить пособие по безработице в размере, достаточном для покрытия расходов на основные жизненные нужды безработного, продолжается. Так, предлагается отказаться от назначения пособия по безработице всем гражданам, признанным в установленном законом порядке безработными, и платить его лишь тем, которые: 1) уволены с работы в течение 12 месяцев, предшествовавших началу безработицы 2) прекратили в течение 12 месяцев, предшествовавших началу безработицы, индивидуальную предпринимательскую и иную деятельность в установленном законодательством порядке; 3) вышли из членов крестьянского (фермерского) хозяйства. Наряду с этим предлагается сократить периоды выплаты данного пособия и отказаться от оказания материальной помощи³⁴.

Следует отметить, что увеличение размера пособия по безработице за счет сокращения круга лиц, имеющих право на получение этого пособия, не отвечает позиции МОТ, изложенной в ее конвенциях и рекомендациях. В частности, Конвенции МОТ № 168, где говорится, что каждое государство в той мере, в которой позволяют обстоятельства, увеличивает численность охватываемых лиц, увеличивает размер пособий и продолжительность периода выплаты пособий.

В принятых МОТ документах определен и круг лиц, испытывающих трудности в поиске стабильной работы, и предлагается предусмотреть для них ряд льгот и преимуществ, позволяющих улучшить их возможности трудоустройства и повысить доходы³⁵. В Рекомендации МОТ № 202 «О минимальных уровнях социальной защиты» (2012) предусмотрено, что минимальные уровни социальной защиты должны включать основные гарантированные доходы не ниже национально установленного минимального уровня для лиц экономически активного возраста, не способных получать достаточный доход, в частности, в результате безработицы (пп. «с» п. 5). Полагаем, что Россия не должна отказываться от предложенного МОТ направления обеспечения пособиями по безработице и в той мере, в которой позволяют

³⁴ См.: Проект федерального закона «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» (в части повышения размеров пособия по безработице отдельным категориям безработных граждан).

³⁵ См.: Конвенцию № 159 «О профессиональной реабилитации и занятости инвалидов», Резолюцию «О занятости молодежи», Рекомендации № 45 «О безработице среди молодежи» (1935 г.), № 136 «О специальных программах обеспечения занятости и подготовки молодежи в целях развития» (1970 г.), № 169 «О политике в области занятости» (1984 г.) // СПС КонсультантПлюс.

обстоятельства, увеличивать численность охватываемых лиц, увеличивать размер пособия и продолжительность периода его выплаты (ст. 5 Конвенции МОТ № 168).

Выдвинуто и предложение, в соответствии с которым увеличение пособия по безработице должно касаться только тех безработных граждан, размер среднедушевого дохода которых не достигает величины прожиточного минимума трудоспособного населения в соответствующем субъекте федерации. В таком случае пособие предлагается назначать в размере не менее 80% от величины прожиточного минимума для трудоспособного населения данного субъекта федерации³⁶.

Вряд ли данное предложение может быть поддержано. Как следует из положений Конвенции МОТ № 168, пособие по безработице должно начисляться таким образом, чтобы обеспечить получателю частичное и временное возмещение утраченного в связи с потерей работы дохода и в то же время не снижать стимулов к получению работы или к созданию занятости (ст. 14). Предлагаемый подход к определению размера пособия по безработице в зависимости от среднедушевого дохода гражданина не отвечает цели установления пособия по безработице — обеспечению частичного и временного возмещения утраченного заработка и стимулирования к получению работы, — превращая его в социальное пособие малоимущим гражданам, целью которого является поддержание уровня жизни малоимущих семей, а также малоимущих одиноко проживающих граждан, среднедушевой доход которых ниже величины прожиточного минимума, установленного в соответствующем субъекте федерации³⁷. К тому же при использовании такого подхода к определению размера пособия по безработице малоимущим гражданам оно будет существенно выше, чем размер пособия безработным гражданам, не относящимся к указанной категории, но имеющим к началу безработицы значительный стаж работы, что вряд ли можно считать справедливым.

Полагаем, что увеличить размер пособия по безработице возможно путем введения механизма его индексации, исходя из прогнозируемого уровня инфляции, установленного федеральным законом о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период. Кроме этого, увеличить размер пособия по безработице можно за счет высвободившихся средств вследствие недопущения наступления периода безработицы для некоторых

³⁶ См.: Проект федерального закона «О внесении изменений в Закон Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации» в части повышения гарантий граждан, имеющих право на получение пособия по безработице, внесенный депутатами Государственной Думы С.М. Мироновым и М.В. Емельяновым.

³⁷ Ст. 3 Федерального закона от 17.07.1999 № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи» // СПС Консультант Плюс.

категорий граждан, в частности, для граждан, окончивших учебные заведения и устраивающихся на первое рабочее место, и инвалидов, прошедших профессиональное обучение и трудоустроенных. Возможно и сокращение периода безработицы посредством оказания гражданам содействия в трудоустройстве не только на традиционные рабочие места, но и на удаленные рабочие места посредством предложения работы на дому и на условиях дистанционной занятости, особенно для одиноких и многодетных родителей, воспитывающих несовершеннолетних детей и детей-инвалидов.

Следует отметить, что в некоторых странах Евросоюза, несмотря на политику жесткой бюджетной экономии, ситуация с пособием по безработице улучшилась в отношении лиц, занятых на короткий период. В Италии, например, осуществляется реформа универсальных и более доступных отчислений по страхованию на случай безработицы, в том числе для лиц, занятых на короткий период, и лиц со статусом проектного сотрудника. Похожая инициатива обсуждается во Франции и Испании. Наблюдается увеличение объема страховой защиты в этих государствах. В частности, в ФРГ предусматривается поступление взносов от работников, занятых в сфере краудворкинга³⁸, или пользователей/подрядчиков (как квази-работодателей), фактическое налогообложение с дохода от второй (дополнительной) работы как части общего дохода с (без) пороговых значений³⁹.

В этих государствах применяются системы защиты от безработицы, основанные на страховых принципах. В подобных системах предполагается, что выплаты по безработице обусловлены стажем работы по трудовому договору, предыдущим доходом и уплатой страховых взносов. Помимо страхового обеспечения, также может предусматриваться выплата безработным гарантируемого минимального дохода (помощи по безработице); его размер, как правило, меньше страхового пособия.

Сокращение традиционных рабочих мест, увеличение числа лиц с нетипичными формами занятости, некоторые из которых находятся вне сферы охвата правовых систем, приводит к уменьшению отчислений в страховые фонды и, как следствие, снижению уровня защиты от безработицы. Поскольку в России не применяется страховая система защиты от безработицы, появление новых видов занятости, связанных с развитием информационно-телекоммуникационных технологий, не оказывает непосредственного влияния на формирование объема прав граждан, признанных в установленном законом порядке безработными. Однако отсутствие налоговых отчислений от таких видов деятельности оказывает негативное влияние на

³⁸ Поиск работы и заработка на всевозможных интернет-платформах.

³⁹ См.: Айххорст В. Указ. соч. [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.hse.ru/labourlaw/neys/196006230.html> (дата обращения: 05.11.2017)

формирование бюджетных средств, расходуемых в том числе на защиту от безработицы.

Серьезное негативное влияние на систему защиты от безработицы в России оказывает существование неформальной (неучтенной) занятости. Работники, выполняющие работу без надлежащего оформления трудовых отношений, не могут получить адекватную защиту нарушенных трудовых прав, а при безработице воспользоваться государственными гарантиями защиты от безработицы в полном объеме.

С 2015 года в России проводится активная работа по уменьшению неформальной занятости. В субъектах федерации разработаны и утверждены планы мероприятий, направленных на снижение неформальной занятости. Реализация этих мероприятий должна способствовать не только защите трудовых прав граждан, но и иных обусловленных наличием трудовых отношений социальных прав, в том числе права на защиту от безработицы. По данным Роструда, по состоянию на конец 2017 г. выявлено 2 млн. человек, находящихся в неформальных трудовых отношениях. Из них 1 млн. 179 тыс. работников было легализовано путем заключения с ними трудовых договоров⁴⁰.

Этому способствовало внесение в ТК РФ положений, предусматривающих, что если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном Кодексом, другими федеральными законами, были признаны трудовыми отношениями, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права (ч. 4 ст. 11 ТК РФ), а также положений, не допускающих заключение гражданско-правовых договоров, фактически регулирующих трудовые отношения (ч. 2 ст. 15 ТК РФ). Наряду с этим установлена ответственность за уклонение от оформления или ненадлежащее оформление трудового договора либо заключение гражданско-правового договора, фактически регулирующего трудовые отношения между работником и работодателем (ч. 4 ст. 5.27 КоАП РФ).

Другой, не менее важной проблемой, связанной с защитой граждан от безработицы, является проблема защиты самозанятых граждан. На сегодняшний день их правовое положение на законодательном уровне не закреплено, не определено и понятие «самозанятые граждане». Вместе с тем, начиная с 2017 г. самозанятым гражданам, зарегистрированным в налоговых органах,

⁴⁰ См.: Итоги года: занятость населения и трудовая миграция. Пресс-центр Минтруда России. 28.12. 2017 [Электронный ресурс]: // URL: <http://rosmintrud.ru/employment/employment/650> (дата обращения: 01.03.2018)

установлены налоговые каникулы⁴¹. Однако по данным Федеральной налоговой службы России по состоянию на 1 ноября 2017 г. в налоговые органы было подано всего 739 уведомлений о постановке на учет физического лица в качестве самозанятого гражданина⁴².

В настоящее время предпринимаются некоторые попытки определить правовое положение самозанятых граждан. Так, Министерство юстиции подготовило законопроект, в котором дано определение «самозанятые граждане». К ним предлагается относить физических лиц, самостоятельно осуществляющих на свой риск направленную на систематическое получение прибыли деятельность по оказанию услуг, выполнению работ для физических лиц, основанную исключительно на личном трудовом участии, в том числе во время, свободное от выполнения обязанностей по трудовому договору⁴³.

Сформулирован также ряд предложений, направленных на легализацию деятельности самозанятых граждан, которые позволят защитить их права в сфере труда. В частности, предлагается разработать патент самозанятых граждан, по которому они смогут легально работать. Предлагаются и другие варианты — введение оборотного налога, отчисления от которого пойдут на покрытие страховых взносов, помесечная или поквартальная уплата страховых взносов, настройка уже имеющихся режимов с упрощенным порядком регистрации⁴⁴. Какие бы меры ни были приняты, важно, чтобы они способствовали защите прав самозанятых граждан в сфере труда и занятости.

Полагаем, что одним из стимулов к легализации деятельности самозанятых могло бы послужить признание их права при потере работы на пособие по безработице, исходя из продолжительности периода регистрации в качестве самозанятых и произведенных ими налоговых (патентных, страховых) отчислений в бюджет. Пока что самозанятые граждане, утратившие свой статус и обратившиеся в службы занятости в поисках подходящей работы, не могут рассчитывать на гарантии защиты от безработицы в полном объеме.

В связи с развитием цифровой экономики наибольшему риску потери работы и невозможности ее найти в короткий срок подвергаются граждане предпенсионного возраста. Как отмечает Министр по вопросам открытого

⁴¹ См.: Федеральный закон от 30.11.2016 № 401-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 49. Ст. 6844.

⁴² См.: *Согомонян А.* Эксперты: внедрение института самозанятых на сегодняшний день фактически провалилось // СПС Гарант.

⁴³ См.: Проект федерального закона «О внесении изменений в статьи 2 и 7.1-1 Закона Российской Федерации «О занятости населения в Российской Федерации», подготовленный Министерством юстиции Российской Федерации.

⁴⁴ См.: Как самозанятых заставят платить налоги [Электронный ресурс]: // URL: http://www/klerk.ru/buh/news/469461/?utm_referrer=https%3A%2F%2Fzen.eandex.com (дата обращения: 21.02.2018)

правительства М.Абызов, в зоне риска находятся граждане 45–55 лет, у которых наблюдается нехватка необходимых образовательных навыков. Переучить их и дать им новую профессию гораздо труднее, чем молодым⁴⁵. При этом по прогнозам доля граждан старшего трудоспособного возраста увеличится к 2025 году до 27% и составит 39,9 млн. человек⁴⁶.

Полагаем, что в целях защиты от безработицы гражданам, уволенным вследствие недостаточной квалификации, но отвечающим условиям назначения страховой пенсии по старости, следовало бы дать право досрочного выхода на пенсию, если органы службы занятости примут решение о нецелесообразности их профессионального обучения и невозможности трудоустройства.

С развитием цифровой экономики в целях исключения ошибок в определении размера пособия по безработице и оптимизации работы органов службы занятости целесообразно рассмотреть вопрос о разработке компьютерной программы, позволяющей на основании заданных параметров рассчитать размер пособия по безработице каждому гражданину.



Библиография

Браун Е.А. Понятие нетипичной занятости и классификация ее видов // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 3. С. 11–15.

Герман П., Бережнов А.А. Правовое регулирование заемного труда по законодательству России и Германии // Трудовое право в России и за рубежом. 2016. № 3. С. 54–60.

Дегтярев А.В. Работа в «облаке» как трансформация социально-трудовых отношений в цифровой экономике // Креативная экономика. 2017. № 2. С. 247–248.

Клинова Е. Пособия по безработице в странах Европейского союза // Человек и труд. 1995. № 8. С. 24–35.

Коршунова Т.Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников на выполнение работ в других организациях // Трудовое право в России и за рубежом. 2005. № 6, С. 7–30.

Лушников А.М. Нетипичные трудовые правоотношения в контексте современных социально-экономических процессов // Вестник трудового права и права социального обеспечения. 2017. Выпуск 2. С. 19–29.

Лютюв Н.Л., Герасимова Е.С. Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство. М.: Центр социально-трудовых прав, 2015. 190 с.

⁴⁵ См.: Плющенко А. Министр: три миллиона россиян вскоре могут остаться без работы [Электронный ресурс]: // URL: http://www.mk.ru/economics/2017/10/28/ministr-tri-milliona-rossiyan-vskore-mogut-ostatsya-bez-raboty.html?utm_referrer=https%3A%2F%2Fzen.yandex.com (дата обращения: 12.12.2017)

⁴⁶ См.: Стратегия действий в интересах граждан старшего поколения в Российской Федерации до 2025 года, утверждена распоряжением Правительства России от 05.02.2016. № 164-р // СЗРФ. 2016. № 7. Ст. 1017.

Мерко А.И. Виртуальная занятость как инструмент преодоления кризисных явлений на российском рынке // Вестник Омского университета. Серия: Экономика. 2010. № 2. С. 5–10.

Саликова Н.М. Гибкие и нетипичные формы занятости: необходимость и целесообразность // Российский юридический журнал. 2012. № 5. С. 176–182.

Тарасенкова А.Н. Особенности работы вне офиса: надомный труд, дистанционная работа, фриланс. М.: Библиотечка «Российской газеты». 2013. Вып. 23. 128 с.

Телятникова Т.В. Появление и развитие нестандартных форм занятости и гибких режимов работы в СССР // Российское предпринимательство. 2012. № 18. С. 42–56.

Томашевский К.Л. Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI в. // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3. С. 32–35.

Цыганкова И.В., Базжина В.А., Никишина О.Ю. Развитие нестандартных форм занятости в современной России // Российское предпринимательство. 2014. № 24. С. 71–86.

Чесалина О.В. От нестандартных форм занятости до работы на основе интернет-платформ // Трудовое право в России и за рубежом. 2018. № 1. С. 22–25.

Freedland M., Kountouris N. (2011) *The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labor Law / The Idea of Labor Law*. B. Langille, G. Davidov, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 190–208.

Legal Protection of Citizens against Unemployment in Context of Information Technology Innovations in the Field of Labor and Employment



Ludmila Chikanova

Head, Department of Legislation on Labor and Social Security, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: labor@izak.ru.



Larisa Seregina

Leading Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: labor@izak.ru.



Abstract

The article considers aspects of social protection of citizens against unemployment in the context of globalization and information technological innovations that have led to changes in the sphere of labor and employment and entailed the emergence and development of new, non-standard forms of employment. The subject of the study is legal acts, including those of foreign states, which regulate relations in the field of employment and protection against unemployment, as well as international norms and views of researchers on the issues that arise in this area. The purpose of the study is to research the impact of changes in the workplace upon systems of protection of citizens from unemployment and to determine the best ways to improve them. In Russia, the labor market is characterized

still by dominance of standard (typical) form of employment, foreseeing full-time employment on the basis of an indefinite term of employment contract at a fixed workplace under the direct supervision of the employer. However, non-traditional forms of employment — part-time work, fixed-term work, subcontracting, outsourcing, begin to appear and entrench here. In recent years such fundamentally new forms of employment have begun to be widely used, as work on Internet platforms, work “on call” or in the “cloud”. However, not all non-standard forms of employment have received due legal recognition and regulation in the Russian legislation, which does not secure necessary legal protection for the employees. This is the focus of attention in labor law at international level. For example, the International Labor Organization emphasizing its commitment to the goal of full employment, draws attention to the impact of technological innovations in the field of labor and expresses its concern about the impact of the new forms of employment on the social security system, including unemployment protection. The analysis of the experience of foreign countries using similar forms of employment led to the conclusion that they could be applied in the Russia as well. The article puts forward detailed proposals to improve the system of social protection of citizens against unemployment, including those aimed at reducing period of job search; simplification of the procedures required for the recognition of citizens as unemployed persons; raising unemployment benefits, which should all be reflected in the Russian legislation on employment.



Keywords

information and technological innovations; social protection against unemployment; unemployment; labor market; non-standard forms of employment; digital economy; professional education; unemployment benefit.

Citation: Chikanova L.A., Seregina L.V. (2018) Legal Protection of Citizens against Unemployment in Context of Information Technology Innovations in the Field of Labor and Employment. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 149–171 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.149.171



References

Brown E.A. (2014) Ponyatie netipichnoi zanyatosti i klassifikatsia ee vidov [The Term of Non-Standard Employment and Classification of its Versions]. *Trudovoye pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 11–15.

Chesalina O.V. (2018) Ot nestandartnyh form zaniatosti do raboty na osnove internet-platform [From Non-Standard forms of Employment to the Labor at Internet Platforms]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 1, pp. 22–25.

Degtyarev A.V. (2017) Rabota v «oblake» kak transformatsia sotsialno-trudovyh otnosheniy v tsifrovoi ekonomike [The Labor in a Cloud as Transformation of Social and Labor Relations in Digital Economy]. *Creativnaya ekonomika*, 2017, no 6, pp. 247–248.

Freedland M., Kountouris N. (2011) The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labor Law. *The Idea of Labor Law*. B. Langille, G. Davidov, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 190–208.

German P., Berezhnoy A. (2016) Pravovoe regulirovanie zaemnogo truda po zakonodatelstvu Rossii i Germanii [Legal Regulation of Borrowed Labor in Russian and German Legislation]. *Trudovoye pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 54–60.

Klinova E. (1995) Posobia po bezrabotitse v stranah Evropeiskogo souza [The Unemployment Benefits in the States of EU]. *Chelovek i trud*, no 8, pp. 24–35.

Korshunova T.Yu. (2015) Pravovoe regulirovanie otnisheniya svyazannykh s napravleniem rabotnikov na vyponnenie rabot v drugih organizatsiyakh (zavymnyi trud) [The Legal Regulation of Relations Connected with Borrowed Labor]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 6, pp. 7–30.

Lushnikov A.M. (2017) Netipichnye trudovye otnosheniya v kontekste sovremennykh sotsialno-ekonomicheskikh protsessov [Non-Standard Labor Relations in Context of Modern Social and Economic Relations]. *Vestnik trudovogo prava i prava sotsialnogo obespecheniya*, no 2, pp. 19–29.

Lutov N.L., Gerasimova E.S. (2015) *Mezhdunarodnye trudovye standarty i rossiyskoe trudovoe zakonodatelstvo* [International Labor Standards and Russian Labor Legislation]. Moscow: Center sotsialno-trudovykh prav, 190 p. (in Russian)

Merko A.I. (2010) Virtualnaya zaniatost' kak instrument preodoleniya krizisnykh yavleniy na rossiyskom rynke [The Virtual Employment as Means of Overcoming Crisis within Russian Labor Market]. *Vestnik Omskogo Universiteta. Ekonomicheskaya seria*, no 2, pp. 5–10.

Salikova N.M. (2012) Gibkie i netipichnye formy zaniatosti: neobходimost' i tselesoobraznost' [The Flexible and Non-Standard Forms of Employment: Necessity and Needs]. *Rossiyskiy juridicheskiy zhurnal*, no 5, pp. 176–182.

Taraseukova A.N. (2013) *Osobennosti raboty vne ofisa: nadomnyi trud, distantsionnaya rabota, freelance* [Specifics of Work outside Office: Home Work, Distance Work, Freelance]. Moscow: Biblioteka Rossiyskoi gazety, issue 23, 128 p. (in Russian)

Teliatnikova T.V. (2012) Poyavlenie i razvitiye nestandartnykh form zaniatosti i gibkiykh regimov raboty v SSSR [The Emergence and Development of Non-Standard Forms of Employment and of Flexible Regimes of Labor in the USSR]. *Rossiyskoye predprinimatelstvo*, no 18, pp. 42–56.

Tomasevsky K.L. (2011) Komputernoe nadomnichestvo (telerabota) kak odna iz gibkiykh form zaniatosti v XXI v. [Personal Labor at Home Computer (TV-Labor) as One of Flexible Forms of Employment in XXI Century]. *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom*, no 3, pp. 32–35.

Tsugankova I.V., Bazhina V.A., Nikishina O. Yu. (2014) Razvitiye nestandartnykh form zaniatosti v sovremennoy Rossii [The Progress of Non-Standard Forms Employment in Modern Russia]. *Rossiyskoye predprinimatelstvo*, no 24, pp. 71–86.

Евразийский экономический союз и некоторые вопросы правопреемства международных организаций

Г.Г. Шинкарецкая

главный научный сотрудник ИГП РАН, доктор юридических наук. Адрес: 119019, Российская Федерация, Москва, ул. Знаменка, 10. E-mail: gshink@yandex.ru

Аннотация

Стремление бывших союзных республик СССР к интеграции выразилось в создании в течение прошедших 30 лет нескольких интеграционных объединений — Экономического союза, Зоны свободной торговли, Таможенного союза, ЕврАзЭС и, наконец, Евразийского экономического союза (ЕАЭС). В составе органов этих объединений всегда были советы глав государств и глав правительств, а в качестве органа, действующего не от имени государств-участников, а самого объединения, как правило, предусматривалось создание комиссии, имеющей право принимать обязательные для государств-участников решения. Анализ показывает, что правопреемство в этих интеграционных объединениях осуществляется по тем же закономерностям, что и в других международных организациях. Единого нормативного акта, определяющего порядок правопреемства в международных организациях, не существует, однако уже выявились некоторые закономерности. Правопреемство осуществляется государствами-участниками, а не самими организациями; в основе правопреемства лежит не территория как при правопреемстве государств, а передача функций международной организации-предшественника международной организации-преемнику. Интеграционные объединения, создававшиеся на постсоветском пространстве, обладают разной идентичностью, не продолжают правосубъектности друг друга, а являются отдельными субъектами международного права и осуществляют правопреемство в отношении своих функций. Особенно интересен вопрос о правопреемстве Комиссии Таможенного союза. Комиссия как субъект права прекратила существование в 2014 году с созданием Евразийской экономической комиссии. В связи с данным органом интеграции правопреемство осуществляется в отношении трех элементов: Комиссии, ее функций и ее решений. Комиссия упразднена, ее функции унаследованы Евразийской экономической комиссией, а решения имплементированы в положения национального законодательства государств-членов, постановлений и решений органов Таможенного союза и Евразийского экономического союза. Решения Комиссии Таможенного союза продолжают действовать постольку, поскольку не противоречат Договору о ЕАЭС. Общая нормативно-правовая база ЕАЭС не совпадает с нормативно-правовой базой, которая существовала в Таможенном союзе, и в случае противоречия должна быть изменена, поскольку изменены основополагающие нормы существующего ныне правопорядка.



Ключевые слова

интеграция, таможенный союз, ЕврАзЭС, ЕАЭС, Комиссия Таможенного союза, правопреемство международных организаций, международная правосубъектность, наднациональность, органы международной организации.

Библиографическое описание: Шинкарецкая Г.Г. Евразийский экономический союз и некоторые вопросы правопреемства международных организаций // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 172–194.

JEL: K33; УДК:341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.172.194

Евразийский экономический союз — новое интеграционное объединение, которое начало действовать на пространстве бывшего СССР в 2015 году¹. Чаще всего это объединение, как и многие другие, предшествовавшие ему, анализируются с экономической и политической точек зрения, с упором на их полезность будущему стран-участниц. Правовой анализ применяется редко, и одна из причин этого — множество следующих друг за другом интеграционных организаций, статус которых не вполне ясен.

Истоки Союза

Исследователи справедливо указывают, что стремление к интеграции было заложено в документах, принимавшихся союзными республиками СССР еще до распада Союза. В частности, К. Калачян пишет, что в двусторонних договорах, заключенных РСФСР с Украинской ССР и Белорусской ССР, содержались «не вполне ясные фразы, которые можно расценить как осторожное обещание интеграции»². Намерение интеграции было выражено более явно в коллективном порядке 18 октября 1991 г., когда шел поиск формы нового союзного договора; представителями восьми государств — бывших союзных республик — был тогда подписан Договор об Экономическом сообществе³. Его начало напоминает проекты договоров о Союзе Суверенных Республик и о Союзе Суверенных Государств тем, что первый раздел в нем назывался «Основные принципы», но в остальном — это полноценный международный договор о намерениях вести экономическое сотрудни-

¹ Евразийский экономический союз (официальный сайт) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eaeunion.org/#about> (дата обращения: 15.05.2018)

² Калачян К.К. Экономическая интеграция государств-участников Содружества Независимых Государств на фоне глобализации мировой экономики (Международно-правовые проблемы): дис. ... к. ю. н. М., 2003. С. 50.

³ Текст Договора см.: Правительственный вестник (Всесоюзная еженедельная газета Комитета по оперативному управлению народным хозяйством СССР). 1991. № 42(120).

чество. Этим договором не создается «надстроечное» государство; договор не содержит политических обязательств и в нем прямо говорится (ст. 1), что Экономическое сообщество создается независимыми государствами на основе добровольности участия и равенства прав всех его членов в целях образования объединенного рынка и проведения согласованной экономической политики как неперемennого условия преодоления кризиса⁴.

Договор не был ратифицирован и не вступил в силу, а потому мы не будем анализировать его подробно, лишь скажем, что этим Договором были заложены все те идеи регионального экономического сотрудничества, которые впоследствии обнаруживаются в соглашениях членов СНГ. В Договоре намечены сферы совместной деятельности; выражено намерение обеспечить свободное движение товаров, услуг и рабочей силы, а также обязательство гарантировать предоставление национального режима для предпринимательской деятельности физических и юридических лиц других государств-участников и проведение согласованной антимонопольной политики⁵.

Главными документами, определившими основные принципы отношений между бывшими союзными республиками на многие годы, являются Соглашение о создании СНГ от 8.12.1991 и Протокол к нему от 21.12.1991. В этих документах положений об интеграции нет; целью их принятия было констатировать прекращение существования СССР. Соглашение от 8.12.1991 было подписано тремя государствами — Россией, Белоруссией и Украиной; последняя не была намерена становиться государством-членом СНГ и (как и Туркмения) не подписала Устава СНГ от 22.01.1993⁶, которым была создана институциональная структура Содружества. До сих пор Украина имеет неформальный статус ассоциированного государства.

Уже в 1993 г. принимается первое соглашение, имеющее предметом налаживание экономической интеграции, — Договор о создании Экономического союза от 24.09.1993⁷, который остался заявлением о намерениях. Для экономической интеграции не было объективных условий. Как отмечает Ю. Шишков, продолжали действовать мощные центробежные силы⁸. Следующее Соглаше-

⁴ Калачян К.К. Указ. соч. С. 51.

⁵ Там же.

⁶ Устав Содружества Независимых Государств от 22 января 1993 года. Ратифицирован Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 15 апреля 1993 года № 4799-1. Устав вступил в силу для России 20 июля 1993 года. Прекратил действие для Грузии с 18 августа 2009 года // Официальный сайт Секретариата СНГ (портал) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180> (дата обращения: 06.06.2018)

⁷ Законы, кодексы и нормативно-правовые акты Российской Федерации [Электронный ресурс]: // URL: <http://legalacts.ru/doc/dogovor-stran-sng-ot-24091993-o-sozdanii> (дата обращения: 06.06.2018)

⁸ Шишков Ю. Экономический союз СНГ: маниловщина или реальность? // Исполнительный комитет СНГ (официальный сайт) [Электронный ресурс]: // URL: http://ecsocman.hse.ru/data/353/873/1231/002_Shishkov.pdf (дата обращения: 06.06.2018)

ние о создании зоны свободной торговли от 15.04.1994 также не было реализовано и также по причинам политического характера⁹. Не удалось создать и Платежный союз государств-участников Содружества Независимых Государств¹⁰.

Тогда последовали попытки интеграции в ограниченном составе. Первым примером стало Сообщество Белоруссии и России¹¹, за которым последовало Союзное государство Белоруссии и России¹². Данная идея также не реализовалась под предлогом невозможности сформулировать общий Конституционный акт Союзного государства.

Фактором продвижения бывших союзных республик к экономической интеграции в литературе нередко называют Таможенный союз¹³. Первым документом в этом ряду стало Соглашение о принципах таможенной политики от 13.03.1992, предусматривающее создание Таможенного союза в составе России, Белоруссии, Казахстана, Киргизии и Таджикистана¹⁴. Позднее были подписаны Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве¹⁵ и Договор об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях от 29 марта 1996 г.¹⁶, которые перестали применяться в связи с заключением Договора о Евразийском экономическом сообществе (ЕврАзЭС)¹⁷, а Сообщество, в свою очередь, в 2014 году было преобразовано в Евразийский экономический союз¹⁸.

⁹ *Евсеева А.И.* Международно-правовые аспекты экономической интеграции в рамках Содружества Независимых Государств: дис. ... к. ю. н. Казань, 2001. С. 57.

¹⁰ Соглашение от 21.10.1994 // Законы, кодексы и нормативно-правовые акты Российской Федерации [Электронный ресурс]: // URL: <http://legalacts.ru/doc/soglashenie-stran-sng-ot-21101994-ozozdani/> (дата обращения: 06.06.2018)

¹¹ Договор от 2.04.1996 // Портал Союзного государства Белоруссии и России [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.soyuz.by/about/docs/dgovor2/> (обращение 6 июня 2018)

¹² Договор от 2.04.1997 // Портал Союзного государства Белоруссии и России [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.soyuz.by/about/docs/> (дата обращения: 06.06.2018)

¹³ *Шпак О.В.* Международно-правовое регулирование таможенного сотрудничества государств-членов Евразийского экономического сообщества: дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 74.

¹⁴ См.: Интернет-портал СНГ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.e-cis.info/page.php?id=21876> (дата обращения: 06.06.2018)

¹⁵ Договор о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26.02.1999 // СПС КонсультантПлюс

¹⁶ Договор между Республикой Белоруссия, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой и Российской Федерацией об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях от 29.03.1996 [Электронный ресурс]: // URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=3990 (дата обращения: 06.06.2018)

¹⁷ Договор об учреждении Евразийского экономического сообщества от 10.10.2000 // Портал ЕврАзЭС [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.evrazes.com/docs/view/3> (дата обращения: 06.06.2018)

¹⁸ Договор о Евразийском экономическом союзе (Астана, 29.05.2014) (ред. от 08.05.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 12.08.2017) // СПС КонсультантПлюс.

Общая характеристика Договора ЕАЭС

Такая череда международных организаций показывает, что у тех, кто их создавал, было намерение сотрудничать в области экономической интеграции, но организация этого сотрудничества была отнюдь не на высоте. С появлением каждой организации в литературе появлялись высказывания, что теперь «все пойдет правильно»¹⁹. Однако практически к каждому образованию применим анализ, высказанный нами еще в 2004 году в адрес ЕврАзЭС. Мы отмечали, что в Договоре не хватает очень важных положений: в нем ничего не говорится о правах и обязанностях государств, подписавших его, т.е. отношения между государствами-участниками, а также между государствами-участниками и ЕврАзЭС не регулируются. Ничего не сказано и об отношениях между государствами-участниками и отдельными органами. Не завершены и положения о самой организации. Хотя ст. 11 наделяет Сообщество некоторой правосубъектностью, в Договоре нет статей об ответственности Сообщества перед другими субъектами международного права или об отношениях между Сообществом как целым и его государствами-членами. И самое главное — нет положений, определяющих порядок достижения целей, поставленных перед организацией. Такие черты присущи в разной степени большинству договоров об интеграции, принимавшихся бывшими республиками СССР.

Указанные недостатки унаследованы и Договором о ЕАЭС, поскольку он составлялся на основе предыдущих соглашений, и их положения продолжают действовать в той мере, в какой они не противоречат Договору ЕАЭС. В. Балытников и Д. Боклан, указывая на кодифицирующий характер Договора ЕАЭС, справедливо подчеркивают, что систематизация положений предшествующих международных договоров была очень трудной задачей. В них не сопрягались хронологические параметры реализации договоров; не были четко указаны рамки компетенции органов; не было четкого разграничения компетенции ЕАЭС и государств-членов ЕАЭС; отмечался разнородностью в наименовании актов различных органов Союза²⁰.

С нашей точки зрения, в основе указанных трудностей лежала недооценка и Договора ЕАЭС, и предшествующих документов как международно-правовых актов. Договор о создании ЕАЭС заключен суверенными государствами, т.е. это межгосударственный договор, поэтому подходить к его

¹⁹ См., напр.: *Байльдинов Е.* Таможенный союз и единое экономическое пространство: проблемы эффективности // *Общество и экономика.* 2012. № 11. С. 78; *Ярышев С.Н.* Таможенный союз как основа единого экономического пространства ЕврАзЭС // *Евразийский юридический журнал.* 2012. № 8. С. 54.

²⁰ *Балытников В., Боклан Д.* Евразийский экономический союз: предпосылки создания, проблемы формирования, перспективы развития // *Сравнительное конституционное обозрение.* 2015. № 3. С. 71.

толкованию необходимо с позиций международного права, учитывая, что его участники — суверенные субъекты международного права. Венская конвенция о праве международных договоров (1969)²¹, содержащая общепризнанные нормы международного права, так определяет международный договор: «Договор» означает международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме» (п. 1а ст. 2). Точно так же международно-правовым актом является Договор о создании Европейского союза или любой другой учредительный договор любого интеграционного объединения.

Однако из анализа документов, принимаемых интеграционными объединениями на пространстве СНГ, становится ясно, что они своими создателями не воспринимались как международные организации. Очень выразительной с этой точки зрения является ст. 6 Договора ЕАЭС, где содержится исчерпывающий список источников права Союза: «1. Право Союза составляют:

настоящий Договор;

международные договоры в рамках Союза;

международные договоры Союза с третьей стороной;

решения и распоряжения Высшего Евразийского экономического совета, Евразийского межправительственного совета и Евразийской экономической комиссии, принятые в рамках их полномочий, предусмотренных настоящим Договором и международными договорами в рамках Союза».

Возникает несколько вопросов.

Во-первых, что значит — «международные договоры в рамках Союза»? Это договоры между государствами-членами Союза или договоры по вопросам, входящим в круг ведения Союза? Входят ли сюда потенциальные договоры между государством-членом ЕАЭС и юридическим или физическим лицом другого государства (участника ЕАЭС или третьего) по вопросам, входящим в круг ведения Союза?

Во-вторых, к праву Союза относятся договоры, заключаемые Союзом как субъектом международного права с третьей стороной (вероятно, с государством-нечленом Союза или с международной организацией). А что будет, если такой договор по вопросам, относящимся к компетенции Союза, заключает государство-член Союза?

В-третьих, в стороне от регулирования ст. 6 остались обязательства государств-членов по соглашениям СНГ и остающийся до сих пор неясным вопрос о юридической природе решений высшего органа Содружества — Совета глав государств (ст. 21 Устава²²). Ни Устав, ни Правила процедуры

²¹ Конвенция ООН о праве международных договоров (Вена, 23.05.1969) // СПС Консультант-Плюс.

²² Устав Содружества Независимых Государств (Минск, 22.01.1993) // Портал Секретариата СНГ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.cis.minsk.by/page.php?id=180> (дата обращения: 08.06.2018)

Совета глав государств²³, ни Решение Совета глав государств «О разграничении полномочий между Советом глав государств и Советом глав правительств Содружества Независимых Государств» от 2.04. 1999²⁴ не определяют статус его решений. Правила процедуры только добавляют неясности, так как в Правиле 7 сказано, что на заседаниях советов (без разграничения Совета глав государств и Совета глав правительств) заключаются международные договоры, принимаются решения, заявления и обращения.

На все это вопросы ясных ответов нет, и остается много пространства для толкования.

Решения Совета глав государств и Совета глав правительств не классифицированы, но порядок их принятия разный: решения, принимаемые советами в рамках их компетенции, подписываются членами советов / главами делегаций, а решения по вопросам организационного, рекомендательного и информационного характера принимаются в форме протокольных решений и подписываются Председателем Совета. Из этого можно заключить, что бывают решения двух категорий: организационного, рекомендательного и информационного характера, с одной стороны, и все остальные, с другой, и можно догадаться, что это решения по содержательным вопросам. Возникает новая неясность: право подписания решений по этим вопросам оставлено членам советов и главам делегаций.

Во всяком случае, если под решением ставится подпись главы делегации или государства-члена, действующего от имени своего государства, или члена Совета глав государств или Совета глав правительств, которые являются полномочными представителями своих государств, это означает, что в решениях воплощена совместная воля государств, принимающих данное решение. Это означает также готовность государств-участников принимать обязательства, заложенные в том или ином решении. Отсюда следует вывод, что и решения высших органов СНГ также являются нормативными документами и составляют часть права ЕАЭС, хотя об этом не сказано в ст. 6 Договора ЕАЭС.

Теперь вернемся опять к общей характеристике ст. 6. Исчерпывающее перечисление элементов, составляющих право ЕАЭС, больше всего напоминает внутригосударственный нормативный акт, например, Уголовный кодекс

²³ Правила процедуры Совета глав государств, Совета глав правительств, Совета министров иностранных дел и Экономического совета СНГ. Утверждены Решением Совета глав государств СНГ о Правилах процедуры Совета глав государств, Совета глав правительств, Совета министров иностранных дел и Экономического совета Содружества Независимых Государств от 9.10.2009 // Портал Секретариата СНГ [Электронный ресурс]: // URL: <http://http://www.cis.minsk.by/page.php?id=3962> (дата обращения: 08.06.2018)

²⁴ См.: Портал Секретариата СНГ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.e-cis.info/page.php?id=18894> (дата обращения: 08.06.2018)

Российской Федерации, ст. 1 которого гласит: «1. Уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса».

Международные обязательства государств не могут выражаться так ограниченно. Хотя в Договоре ЕАЭС участвуют все пять нынешних государств-членов, они связаны между собой и с третьими странами множеством разнообразных обязательств, так что на всем пространстве ЕАЭС складывается сложная мозаика взаимных обязательств. Можно примерно указать на следующие: 1) обязательства отдельных государств по двусторонним соглашениям с другими государствами-членами; 2) обязательства отдельных государств по дву- и многосторонним соглашениям с государствами-нечленами; 3) обязательства государств-членов по универсальным договорам, как, например, Пакты о правах человека, Конвенция ООН по морскому праву (1982) и др.; 4) обязательства отдельных государств-членов по инвестиционным соглашениям; 5) обязательства отдельных государств-членов по соглашениям ВТО; 6) обязательства отдельных государств-членов по решениям Органа по разрешению споров ВТО по тем делам, в которых они участвовали.

На эту мозаику накладывается сеть индивидуального ограничения обязательств, предписываемых многосторонними договорами, и заявленных оговорок.

Еще один аспект, на который следует обратить внимание, — это иерархия, т.е. соподчинение норм. Иерархия норм обычно имеет значение для интеграционных объединений, а также для международных организаций вообще. Общепринято, что в любой международной организации нормы учредительного договора имеют приоритет перед нормами других соглашений, заключаемых государствами-членами в рамках этой организации. В самой авторитетной международной организации нашего времени — Организации Объединенных Наций — в ст. 52 Устава предусмотрено, что государства-члены вправе заключать региональные соглашения только при условии, что такие соглашения или органы и их деятельность совместимы с Целями и Принципами Организации.

Вопрос об иерархии тщательно разработан в правопорядке такого развитого интеграционного объединения, как Европейский союз. Разработанная за время существования ЕС правовая система сложна и включает в себя писаное право Союза и неписанные общие принципы права²⁵. В учредительных документах ЕС (Договоре о Европейском союзе и Договоре о функционировании Европейского союза)²⁶ изложено так называемое первичное право Союза; разного рода решения органов Союза образуют вторичное право.

²⁵ См.: Клинке У. Механизм решения споров в Европейском союзе / Механизм решения споров в региональных интеграционных группировках. М., 2018. С. 91–119.

²⁶ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the

Такая сложная правовая система не смогла бы действовать без структурирования. Поэтому в системе выстроена четкая иерархия. Составной частью правовой системы ЕС является принцип иерархии норм, определяющий соотношение и взаимодействие норм права ЕС. Этот принцип действует при толковании права ЕС внутри правовой иерархии Союза, а также при контроле за правомерностью актов вторичного права. На вершине иерархии стоят неписанные общие принципы права, которым придан статус конституционных норм, а также нормы об основных правах человека²⁷.

Подобная система иерархии не может, очевидно, эффективно действовать в пока что довольно лаконичной и неразвитой правовой системе ЕАЭС. Правда, в ст. 6 включено несколько положений, определяющих приоритеты применения различных частей права ЕАЭС. Право ЕАЭС имеет приоритет перед договорами, заключаемыми Союзом как субъектом международного права с третьими сторонами: «Международные договоры Союза с третьей стороной не должны противоречить основным целям, принципам и правилам функционирования Союза».

Приоритет действует и в отношении правоприменительной практики договоров, заключаемых внутри Союза: «В случае возникновения противоречий между международными договорами в рамках Союза и настоящим Договором приоритет имеет настоящий Договор». Очевидно, в отношении этих договоров приоритет действует и в отношении их содержания, и так же, как договоры с третьей стороной, договоры, заключаемые внутри Союза, не должны противоречить основным целям, принципам и правилам функционирования Союза. И наоборот, видимо, если обнаруживается противоречие между договором Союза с третьей стороной и Договором ЕАЭС, приоритет принадлежит Договору ЕАЭС.

Некоторая неясность обнаруживается в отношении решений органов Союза. В ст. 6 сказано не только то, что решения и распоряжения органов Союза не должны противоречить Договору, но так же и международным договорам в рамках Союза. Означает ли это приравнение международных договоров в рамках Союза (скорее всего, по недосмотру) к Договору? Не создается ли приоритет международных договоров в рамках Союза перед решениями органов Союза? Как быть с решениями Евразийской экономической комиссии (далее — ЕЭК), которые обязательны? Как быть, если какое-либо решение органа Союза противоречит международному договору в рамках Союза, при том, что сам этот международный договор противоречит Договору ЕАЭС? Как устанавливается приоритет с учетом приведенных выше

Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> (дата обращения: 30.06.2018)

²⁷ Клинке У. Указ. соч. С. 99.

обстоятельств и положением о том, что решения Евразийского межправительственного совета (далее — ЕМС) имеют приоритет над решениями ЕЭК?

Несколько более понятна суть положений относительно соотношения юридической силы решений различных органов ЕАЭС. Кроме указанного выше приоритета решений ЕМС перед решениями ЕЭК, в ст. 6 предусмотрено также, что в случае возникновения противоречий между решениями Высшего Евразийского экономического совета, ЕМС и ЕЭК решения Высшего Евразийского экономического совета имеют приоритет над решениями ЕМС и ЕЭК. Ясно, что эти положения имеют целью предотвратить утрату государствами-членами контроля над решениями, принимаемыми в Союзе: чем плотнее контроль государств в том и ли ином органе, тем более высокое положение этот орган занимает в иерархии Союза. Все это означает не что иное, как глубокое недоверие государств-членов к создаваемой организации.

Целесообразность включения в Договор ЕАЭС положения о составе его права не вполне ясна. Ни названные документы, ни какие-либо другие не содержат нормативного понятия «право союза». Хотя существуют и широко употребляются выражения «право международной организации», «право интеграционного объединения», юридического содержания они не имеют и употребляются скорее в классификационных целях, чтобы подчеркнуть, что между государствами-участниками объединения действуют некие специальные нормы, но эти нормы служат лишь дополнением к тем обязательствам по международному праву, которые взяли на себя государства-участники. Например, «право Европейского Союза» означает сумму обязательств по международному праву, принятых государствами-членами, а также документы, принятые органами ЕС или самими государствами-членами для внутреннего регулирования.

Никаких нормативных последствий отнесение того или иного документа к «праву Евразийского экономического союза» не имеет. Отнесен ли документ к «праву Союза» или нет, он имеет для каждого государства ту юридическую силу, которую данное конкретное государство за ним признает. Такое признание может быть коллективным (путем подписания Договора о ЕАЭС), а может быть индивидуальным, как это происходит с государствами, присоединяющимися к любому международному договору (в нашем случае — как Армения и Киргизия присоединяются к Договору ЕАЭС).

Такое толкование ст. 6 Договора ЕАЭС подтверждается текстом статей Устава ООН, где ни разу не идет речь о «праве ООН», а говорится только об обязательствах государств-членов. Приведем для примера центральную для нашей темы статью Устава — ст. 2 «Принципы Организации Объединенных Наций». Например, «члены Организации в своих международных отношениях воздерживаются от применения силы»; «члены Организации разрешают свои международные споры мирным путем».

При этом перечисление документов, относимых к «праву Союза», не может быть исчерпывающим, поскольку каждое государство, став членом ЕАЭС, продолжает оставаться участником соглашений, заключенных ранее, или вступать в новые. Таким образом, если окажется, например, что какой-нибудь документ, относимый к «праву Союза», больше не соответствует Уставу ООН или обязательствам государства-участника по праву ВТО (все государства-участники ЕАЭС являются также членами ВТО), перечень документов в ст. 6 Договора ЕАЭС должен быть изменен. Именно такая ситуация предусмотрена Договором о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы от 19.05.2011, который, в сущности, трактует поведение членов ЕАЭС в связи с их присоединением к ВТО.

Таким образом, в корпус норм «права ЕАЭС» входят все нормы, признаваемые действующими самими членами ЕАЭС.

Решения Комиссии Таможенного союза как часть права ЕАЭС

Вопрос о статусе решений Комиссии имеет особое значение в силу того, что с самого начала интеграции на постсоветском пространстве была распространена идея о придании компетенции на принятие обязательных решений какому-либо органу, подобно тому, как это делается в ЕС. Однако, с нашей точки зрения, в основе этой идеи лежал отмеченный уклон во внутригосударственные реалии при организации экономической интеграции, а не готовность передать одну из функций, общую для всех государств-участников, одному из органов. Как внутри государств-участников шла борьба за стабильность, так же единственно надежным способом обеспечения эффективной интеграции казалась твердая вертикаль управления, которую чаще всего называют наднациональным органом. Например, О.В. Бахлова в поисках путей к совершенствованию ЕАЭС приходит к однозначному выводу: «Результаты исследования показали недостаточную степень внедрения наднациональной модели управления в ЕАЭС»²⁸.

В центре дискуссий чаще всего стояла Комиссия Таможенного союза (далее — КТС), которая уже в первом соглашении об интеграции получила статус органа интеграции, принимающего обязательные решения. Однако однозначное определение статуса решений КТС затруднялось и затрудняется недостаточно четкими, а зачастую — непродуманными формулировками документов, определяющих правовой статус и компетенции КТС. Анализ показывает, что в документах решениям Комиссии придан один статус, а фактически действующим является другой.

²⁸ Бахлова О.В. Управление экономической интеграцией в рамках ЕврАзЭС и ЕАЭС: институциональная динамика в 2000–2015 гг. // Экономическая история. 2017. № 4. С. 102.

а) формально-юридический статус Комиссии Таможенного союза и ее решений

Признание обязательности решений КТС было предусмотрено ст. 7 Договора о Комиссии Таможенного союза от 6.10.2007, и подтверждено Протоколом о внесении изменений и дополнений в Договор о Комиссии от 9.12.2010. В обоих этих документах ничего не говорилось о том, входят ли решения Комиссии в «право Союза».

Однако следует обратить внимание на место, отведенное самой Комиссии в Таможенном союзе. Целью создания КТС в Договоре обозначено обеспечение условий функционирования и развития Таможенного союза (ст. 1), т.е. Комиссия выступает как вспомогательный орган для создания организации, а не для регулирования отношений между сторонами. Об отношениях Комиссии с государствами-членами ничего не сказано, и Комиссия не названа в числе органов управления интеграцией. В ст. 5 Договора о Таможенном союзе и едином экономическом пространстве от 26.02.1999 сказано, что формирование Таможенного союза и Единого экономического пространства обеспечивается следующими органами управления интеграцией: Межгосударственным Советом, Советом глав правительств, Интеграционным Комитетом и Межпарламентским Комитетом.

Таким образом, формально-юридически Комиссия, являясь организационным вспомогательным органом Таможенного союза, не принимает решений, касающихся обязательств государств-членов этого союза.

б) Фактический статус КТС и ее решений

Однако фактическое положение КТС и ее решений отличается от формально закрепленного в документах. Комиссия неоднократно принимала решения по существу отношений между государствами-членами Таможенного союза. Это видно, например, из Обзора судебной практики и законодательства, приложенного к Договору о функционировании Таможенного союза в рамках многосторонней торговой системы от 19.05.2011. В Обзоре приведены некоторые решения судов и органов Таможенного союза, в которых содержатся ссылки на решения КТС.

Можно привести следующие примеры: 1) Решение Суда ЕврАзЭС от 24.06.2013 «Об отказе в удовлетворении заявления о признании не соответствующим международным договорам, заключенным в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства, Решения Комиссии Таможенного союза от 9.12.2011 № 904 «О мерах по защите экономических интересов производителей стальных кованых валков для прокатных станов в Таможенном союзе»; 2) Решение Коллегии Евразийской экономической комиссии от 04.12.2012 г. № 251 «О внесении изменений в Решение Комиссии Таможенного союза от 9.12.2011 № 875 «О принятии технического регламента Таможенного союза «О безопасности аппаратов, работающих на

газообразном топливе»»; 3) Постановление Суда ЕврАзЭС от 08.04.2013 «О разъяснении Решения Суда Евразийского экономического сообщества от 05.09.2012, которым был признан не соответствующим международным договорам, действующим в рамках Таможенного союза и Единого экономического пространства, пункт 1 Решения Комиссии Таможенного союза от 17.08.2010 № 335»; 4) Решение Комиссии Таможенного союза от 18.06.2010 № 319 (ред. от 09.04.2013, с изм. от 26.09.2017) «О техническом регулировании в таможенном союзе» (вместе с Положением о порядке включения органов по сертификации и испытательных лабораторий (центров) в Единый реестр органов по сертификации и испытательных лабораторий (центров) Таможенного союза, а также его формирования и ведения, Положением о формировании и ведении Единого реестра выданных сертификатов соответствия и зарегистрированных деклараций о соответствии).

Из приведенных документов видно, что КТС вплоть до ее упразднения в 2012 году принимала решения по существу таможенных отношений между государствами-членами Союза, т.е. была реальным органом управления. Этот статус КТС создавался **волей государств-членов Таможенного союза, но выраженной не в нормах договоров, а в признании** существующего положения вещей. Вполне вероятно, что в намерения авторов документов с самого начала не входило придание Комиссии чисто организационных функций, но это не было четко выражено в документах. В любом случае юридическим основанием полномочий КТС является признание государств-членов Союза.

в) Характеристика нынешней КТС

За время, прошедшее после первого договора о зоне свободной торговли до нынешнего Евразийского экономического союза, органы управления интеграцией и Комиссия в том числе, неоднократно подвергались изменениям. Поэтому нужно не только проследить происходившие изменения, но оценить их с точки зрения теории правопреемства. Эта проблема разработана в теории международного права чрезвычайно слабо, и в русскоязычной литературе на эту тему практически нет работ.

В 1970-х годах Комиссии международного права (вспомогательный орган ООН, созданный специально для кодификации разрозненно существующих, но уже многочисленных к тому времени норм, возникших обычно-правовым путем) было предложено кодифицировать нормы международного права, относящиеся к правопреемству. Комиссия решила ограничиться правопреемством государств, оставив за пределами своего внимания вопросы правопреемства правительств и международных организаций, сославшись при этом на недостаточную развитость права в данной области. Действительно, вплоть до середины XX века не было договоров, касающихся правопреемства международных организаций, скорее всего в силу того, что ин-

ститут международных организаций очень молод (первые универсальные международные организации стали создаваться лишь в последней трети XIX века), и лишь конец XX века и особенно XXI век стали эпохой международных организаций²⁹. Тогда же нередкими стали процессы образования, упразднения, преобразования отдельных органов или целых международных организаций. Хотя и до сих пор право международных организаций не так сильно развито, практика создания, реформирования и упразднения международных организаций обнаружила наличие некоторых закономерностей³⁰.

Поскольку и международные организации, и государства являются субъектами международного права, напрашивается допустимость аналогии в применении института правопреемства, тем более, что институт правопреемства государств уже развит довольно значительно и получил новый импульс в начале 1990-х годов в период распада Советского Союза и в определенной степени — Федеративной Народной Республики Югославии. Общим у двух институтов является то, что этот вопрос возникает при перемене субъекта: исчезновении прежнего субъекта и появлении нового³¹. Однако необходимо принимать во внимание два коренных различия между правопреемствами государств, с одной стороны, и международных организаций, с другой.

Во-первых, перемена субъектов международного права совершается по-разному: государство распадается или исчезает совсем либо по собственной воле, как в случае Советского Союза, либо по воле международного сообщества, как в случае нацистской Германии. Международная организация или ее органы исчезают или преобразуются по воле образовавших ее государств, поскольку у международной организации нет собственной воли, а есть только полномочия, делегированные ей государствами-учредителями.

Во-вторых, в основе решения вопросов правопреемства государств лежит территория. Право нового государства признавать обязательства прежнего субъекта в отношении договора может быть ограничено применимостью этого договора к определенной территории, как это было в период правопреемства государств СНГ в отношении договоров СССР.

В основе правопреемства международной организации лежит переход функций, так что встречается определение: правопреемство международ-

²⁹ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть. М., 2005. С. 27–28.

³⁰ Chiu H. Succession in International Organizations // International and Comparative Law Quarterly. 1965. Vol. 14. P. 83–120.

³¹ См.: Encyclopedia of Public International Law, Max Planck Institute of International and Comparative Public Law, Heidelberg [Электронный ресурс]: // URL: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1541> (дата обращения: 09.06.2018)

ной организации — это переход функций одной организации к другой³². Бывает так, что правопреемство от одной организации к другой определяется договором, как это было по Договору об ОЭСР. Данная организация возникла на месте Европейской организации экономического сотрудничества, которая была создана после Второй Мировой войны, чтобы содействовать использованию средств, выделенных Соединенными Штатами Америки на восстановление разрушенной Европы по «плану Маршалла». Когда было решено, что эта организация выполнила возложенные на нее задачи, она была преобразована в Организацию экономического сотрудничества и развития, которая в наше время выступает главным мотором глобализации в мире. При отсутствии договора главными являются практика и намерения государств-членов. При этом изменение названия и изменения в функциях организации могут не означать формирования новой организации в качестве нового субъекта международного права. Можно привести в качестве примера изменения, происходившие с Европейским экономическим сообществом, которое сначала стало Европейским сообществом, а затем Европейским Союзом.

Практика показывает, что иногда государства стремятся только передать какие-либо функции от одной организации к другой, и эти меры приводят, в конце концов, к роспуску организации. Рационализация нередко воспринимается как придание организации большей эффективности, что особенно стало заметно во второй половине XX века. Здесь можно привести пример, когда Западно-Европейский союз (далее — ЗЕС) и Совет Европы договорились о передаче Комитета по социальным вопросам ЗЕС в состав Совета Европы в 1960 году. Его административные функции были переданы по договору при условии, что в договор не будут вноситься изменения. Спустя 40 лет состоялась новая передача, когда ЕС решил образовать свою автономную военную организацию в целях реагирования на международные кризисы. Во время конференции министров в ноябре 2000 года функции ЗЕС в области миротворчества и по вопросам военных кризисных ситуаций было решено передать Евросоюзу.

В случае объединения двух или более организаций возможно упразднение одной из них, если государства-участники отдадут предпочтение другой. Например, в 1946 году Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) и Панамериканская организация санитарии подписали соглашение об объединении, в соответствии с которым Бюро (Секретариат) Панамериканской организации должно было продолжать служить региональным офисом, т.е. органом ВОЗ. Эта последняя организация, поглотив функции Панамериканской организации, сохранила свою субъектность и стала действовать как

³² *Myers P. Succession between International Organizations. L., 1993. P. 12.*

правопреемник Панамериканской организации. Та же ситуация сложилась с Международным бюро образования, чье присоединение к ЮНЕСКО было согласовано обеими организациями в 1968 году.

В процессе любого вида правопреемства исключительные полномочия совершения всех действий принадлежат государствам. Государства, основные субъекты международного права, считаются единственно правомерными решать вопросы правопреемства сугубо в индивидуальном порядке в соответствии с собственной волей. Международные организации как субъекты, лишенные собственной воли (их так называемая собственная воля — это не их свойство, а производное от воли государств-создателей организации) и могущие лишь выполнять возложенные на них функции, не могут осуществлять правопреемство самостоятельно. Значит, никакого общего или автоматического правопреемства международных организаций нет, и для определения самого факта передачи функций или их объема необходимо проследить изменение позиций государств-членов. В том, что касается изменения функций центрального органа Экономического союза, зоны свободной торговли, Таможенного союза, Евразийского экономического союза, Комиссии Таможенного союза — изменение позиций государств-участников может быть прослежено в двух областях: 1) в положениях договоров, регулирующих деятельность сначала Таможенного союза, а ныне — ЕАЭС; 2) в практике государств по принятию законодательных актов, имплементирующих решения органов ЕАЭС.

Остановимся сначала на том, как изменялась воля государств-членов, выраженная в договорах. Как говорилось выше, государства-члены Таможенного союза признали решения КТС обязательными в ст. 7 Договора о Комиссии Таможенного союза от 6.10.2007³³, что и было подтверждено Протоколом о внесении изменений и дополнений в Договор о Комиссии от 9.12.2010³⁴.

В дальнейшем регулирование статуса и деятельности Комиссии определяются двумя документами: Договором о Евразийской экономической комиссии от 18.11.2011 и Договором ЕАЭС от 29.05.2014. Именно Договор о ЕЭК регулирует вопросы правопреемства между КТС и ЕЭК. Согласно ст. 39, с даты вступления в силу Договора о ЕЭК **Комиссия Таможенного союза упраздняется**, т.е. перестает существовать. Далее следует положение довольно общего характера: полномочия, которыми была наделена КТС, пе-

³³ Договор о Комиссии Таможенного союза от 6.10.2007 // Портал Евразийской экономической комиссии [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.tsouz.ru/aboutkts/pages/37.aspx> (дата обращения: 09.06.2018)

³⁴ Протокол о внесении изменений и дополнений в Договор о Комиссии Таможенного союза (Москва, 09.12.2010) [Электронный ресурс]: // URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=5817 (дата обращения: 09.06.2018)

редаются ЕЭК. Правда, следует пояснение, которое можно воспринять как уточнение: передаются полномочия, которыми КТС была наделена в соответствии с международными договорами, формирующими договорно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства, а также решениями Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества (Высшего органа Таможенного союза). Зачем сделано это уточнение, не совсем понятно. Насколько известно, кроме договоров о Таможенном союзе и о самой Комиссии, других источников полномочий КТС нет. Какой может быть еще источник, неясно.

Согласно ст. 38 Договора о ЕЭК, решения Комиссии Таможенного союза, действующие на 1.01.2012, сохраняют юридическую силу. Уточнений нет, и можно понять, что Комиссия упраздняется, но ее решения, действующие на указанную дату, сохраняются и продолжают действовать. Таким образом, под правопреемство подпадает три объекта: 1) сама Комиссия; 2) полномочия Комиссии; 3) принятые Комиссией решения.

Регулируются они по-разному. Комиссия перестает существовать. Теперь в рамках ЕАЭС создается новый орган, хотя его название напоминает прежний — Евразийская экономическая комиссия. Ст. 5 Договора о Евразийской экономической комиссии от 18.11.2011 об обязательном характере решений и об их вхождении в договорно-правовую базу относится не к КТС, а к ЕЭК. То же можно сказать и о нормах Приложения № 1 к Договору о Евразийском экономическом союзе (Положение о Евразийской экономической комиссии). Полномочия КТС продолжают существовать, но передаются новому органу — ЕЭК. Эти полномочия частично изменяются, уточняются и дополняются Договором о ЕАЭС и особенно приложениями к нему, так что ЕЭК теперь регулируется довольно подробно.

Принятые КТС решения сохраняют силу, но в сильно измененном виде, поскольку они принимались для имплементации их государствами и другими органами Таможенного союза. Теперь **они сохраняются в виде положений национального законодательства государств-членов, постановлений и решений органов ТС и ЕАЭС**. Однако общая нормативно-правовая база нынешнего ЕАЭС не совпадает с нормативно-правовой базой, которая существовала в Таможенном союзе, и в случае противоречия должна быть изменена, поскольку изменены основополагающие нормы ныне существующего правового порядка. Точно так же обязательства государств-членов изменены принятием Договора о ЕАЭС и решениями новых органов ЕАЭС.

Право Союза и присоединение новых членов к ЕАЭС

В этом случае вопрос о договорно-правовой базе ЕАЭС должен решаться так же, как в случае присоединения нового государства-участника к любо-

му международному договору. Согласно Венской конвенции о праве международных договоров сам договор при этом не подвергается изменениям, и новый участник принимает на себя обязательства, которые зафиксированы в договоре или дополнены и уточнены в процессе применения данного договора.

Некоторые вопросы могут возникнуть в связи с тем, что первоначальные участники Союза вели и ведут работу по унификации своих национальных правовых порядков, а новые государства присоединяются к Союзу в своем первоначальном виде. Данная проблема постоянно является предметом обсуждения и поисков регулирования в ЕС, к которому присоединяются новые страны. При этом отмечается две трудности: 1) та, о которой упоминалось выше — необходимость достичь того же уровня унификации правового порядка, которая достигнута «старыми» членами; 2) преобразование типа экономики принимаемого государства, поскольку к членам ЕС, где рыночный тип экономики существует уже столетия, присоединяются страны, где совсем недавно действовала плановая экономика.

В ЕАЭС в качестве новых членов также входят довольно разнообразные государства. Хотя после распада СССР все бывшие союзные республики стали входить в мировой рынок, степень отказа от плановой экономики и присутствия государства в экономике пока неодинаковы. Учитывая опыт ЕС и других интеграционных объединений, новые страны присоединяются к ЕАЭС на основе договора, что позволяет заранее установить методы внесения изменений в экономику новых членов. Пока к ЕАЭС присоединились два государства — Армения и Киргизия — и с одним из третьих государств (Вьетнамом) заключено Соглашение о создании зоны свободной торговли.

Процессы присоединения Армении и Киргизии были довольно длительными и в основных чертах они схожи. Начало обоим процессам было положено политическими заявлениями глав государств³⁵. Затем решениями Высшего Евразийского экономического совета на уровне глав государств были созданы рабочие группы, которыми были разработаны «дорожные карты», т.е. планы и программы вхождения каждой страны в ЕАЭС. В каждой республике должны были быть проведены некоторые специальные мероприятия. Так, для Армении главной задачей была гармонизация национального законодательства с договорно-правовой базой Таможенного союза и Единого экономического пространства. Перед Киргизией был поставлен целый набор вопросов, связанных с необходимостью модернизации объектов таможенной инфраструктуры.

³⁵ См., напр.: Совместное заявление президентов Республики Армения и Российской Федерации С.А. Саргсяна и В.В. Путина по итогам рабочего визита Президента Республики Армения в Москву 3.09.2013 // Официальный сайт ЕАЭК [Электронный ресурс]: // URL: http://www.eurasian-commission.org/ru/act/integr_i_makroec/dep_razv_integr (дата обращения 30.06.2018)

После этого были подписаны договоры о присоединении: 10.10.2014 Договор с Арменией³⁶, 23.12.2014 — с Киргизией³⁷. К договорам в качестве приложений приданы протоколы о порядке вступления договора в силу и о международных договорах, уже принятых в ЕАЭС, к которым обязаны присоединиться вновь вступающие. Этот перечень документов показывает, что новые участники ЕАЭС присоединяются к Договору о ЕАЭС и принимают на себя такие же обязательства, как и те, которые сформировались для других государств-членов.

Эти положения вполне отражены в договорах о присоединении. В процессе дальнейшего вхождения новых участников в ЕАЭС их обязательства могут быть уточнены в результате переговоров или решений высших органов ЕАЭС.

Заключение

Множество преобразований, которым подверглись региональные интеграционные объединения, создаваемые на постсоветском пространстве, показывают трудности на этом пути. В процессе анализа стало ясно, что, несмотря на распространённые разговоры о «некоем особенном пути интеграции в нашем регионе», основные тенденции остаются здесь такими же, как и в других районах мира, даже в том, что касается такого сложного и неисследованного вопроса, как правопреемство международных организаций и их органов.

Бывшие союзные республики СССР сделали несколько попыток формирования интеграционных объединений с разными названиями и с различающимися задачами. Они следовали друг за другом, но каждый раз это были новые субъекты международного права. В наиболее стабильном положении оказался центральный орган этих субъектов, а именно Комиссия Таможенного союза, которая в конце концов также была упразднена, но ее функции сохранились и были переданы ее правопреемнику — Евразийской экономической комиссии.

³⁶ Договор между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Российской Федерацией и Республикой Армения о присоединении Республики Армения к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.rbc.ru/politics/02/01/2015/54a6416d9a794732f47760a2> (дата обращения: 30.06.2018)

³⁷ Договор между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Российской Федерацией и Республикой Кыргызстан о присоединении Республики Кыргызстан к Договору о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии [Электронный ресурс]: // URL: www.eaeunion.org (дата обращения: 30.06.2018)



Библиография

- Алехина М.А., Прасолов В.И. Таможенный кодекс ЕАЭС как правовая основа развития торговых отношений между странами-участницами ЕАЭС // Новая наука: опыт, традиции, инновации. 2016. № 1. С. 31–33.
- Ануфриева Л.П. ЕАЭС и «Право ЕАЭС» в международно-правовом измерении // Московский журнал международного права. 2016. № 4. С. 48–62.
- Волова Л.И. Перспективы деятельности Суда Евразийского экономического союза (ЕАЭС) в контексте развития евразийской интеграции // Евразийский юридический журнал. 2017. № 2. С. 143–147.
- Джабиев А.П. Таможенный союз Евразийского экономического союза: тенденции и перспективы развития // Экономика и предпринимательство. 2015. № 5. С. 158–161.
- Зубкова С.В. К вопросу о правосубъектности международных организаций / Наука и образование: проблемы и тенденции развития. Материалы международной конференции. Уфа: Исследовательский центр информационно-правовых технологий», 2013. С. 191–194.
- Ковтуненко Л.В., Кандрина Н.А. Проблемы защиты прав участников ЕАЭС в Суде ЕАЭС / Евразийское правовое пространство: взгляд молодых ученых. Сборник статей Евразийского молодежного юридического форума. Барнаул: Колмогоров, 2016. С. 35–39.
- Кожанков А.Ю. О влиянии норм международного права на таможенное регулирование в Евразийском экономическом союзе // Юридическая наука. 2018. № 1. С. 6–12.
- Костин А.А., Костина О.В. Перспективы развития таможенного сотрудничества в рамках Евразийского экономического союза / Академическая наука: проблемы и достижения. Материалы V Международной конференции. Белгород: Space, 2014. С. 181–187.
- Макеева С.К. Приоритетные направления развития сотрудничества со странами ЕАЭС // Вестник Академии государственного управления при Президенте Кыргызской Республики. 2017. Т. 23. С. 57–63.
- Морозов В.В. Противоречия интеграции ЕАЭС / Институциональные и инфраструктурные аспекты развития различных экономических систем. Сборник статей международной конференции. Уфа: Аэтерна, 2017. С. 31–35.
- Попова А.В. Принципы международного права, подлежащие применению при правопреемстве государств в отношении международных договоров / Актуальные проблемы современного международного права. Материалы конференции. М.: РУДН, 2012. С. 300–310.
- Рыбакова С.В. Об особенностях правосубъектности в условиях современных экономических отношений (на примере финансовой правосубъектности кредитных организаций) / Проблемы формирования нового российского права и новой российской государственности. Материалы конференции. Тамбов: Университетское, 2015. С. 228–236.
- Семенова Н.С., Воронина Т.М. Распад и правопреемство международных организаций / Право международных организаций. М.: Издательство РУДН, 2013. С. 175–184.
- Чудикова Т.П., Губаревич А.В. Пути совершенствования законодательства стран-участниц ЕАЭС в контексте издания Таможенного кодекса ЕАЭС / X Машеровские

чтения. Материалы международной научно-практической конференции студентов, аспирантов и молодых ученых. Витебск: Университетское, 2016. С. 344–345.

Юрченко Д.П. Соотношение права ЕАЭС и права государств-членов ЕАЭС // Теория государства и права. 2017. № 2. С. 61–67.

Eurasian Economic Union and Issues of International Organizations Succession



Galina Shinkaretskaya

Chief Researcher, Institute of State and Law, Russian Academy of Sciences, Doctor of Juridical Sciences. Address: 10 Znamenka Str., Moscow 119019, Russian Federation. E-mail: gshink@yandex.ru



Abstract

The former Soviet Union Republics striving to integrate have created several integration organizations during the past 30 years — the Economic Union, the Free Trade Zone, the Custom Union, the Eurasian Economic Community and the Eurasian Economic Union. The Councils of the Heads of State and the Councils of the Heads of Government have always been among the organs of the organizations with as a rule a commission provided specially to act not on behalf of the member states, but on behalf of the organization itself and empowered to take decisions of compulsory character for the member states. The analysis shows that the succession in the integration organizations is similar to those in other international organizations. Though there is no single normative act providing for the succession of international organizations several regularities are of relevance. The succession in international organizations is performed not by the organizations themselves, but by the member states; the basis for the succession is not territory as during the state succession, but the transfer of functions from the predecessor organization to the successor. Integration organizations created in the post-Soviet territory possess different identity, they do not continue one another, they are separate subjects of international law and they implement their own succession through member states. The Commission of the Customs Union is of special interest. Its personality ceased to exist in 2014 due to the creation of the Eurasian economic commission of the EAEU. The succession of the predecessor to the successor commissions is implemented concerning the three parts: the Commission itself, its functions and its decisions. The Commission is abolished, its functions are inherited by the Eurasian Economic Commission and the decisions have been implemented in the national legislation of the member states, and in the norms and rules of the acts adopted by the Customs Union and the Eurasian Economic Union. The decisions of the Commission continue to act as far as they do not contradict the EAEU Treaty. The general legal basis of the EAEU is not the same as existed within the Customs Union and if contradictions arise, it must be changed since the basic norms of the new legal order have been altered.



Keywords

integration; customs union; EAEC; EAEU; Commission of the Customs union; international organizations' succession; international legal personality, supernationality, organs of an international organization.

Citation: Shinkaretskaya G.G. (2018) Euroasian Economic Union and Issues of Succession among International Organizations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 172–194 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.172.194



References

Alekhina M.A., Prasolov V.I. [2016] Tamozhenny kodeks EAES kak pravovaya osnova razvitiya torgovykh otnosheniy mezhdru stranami-uchastnitsami EAES [Customs Code of EAEU as a Legal Basis for Trade Relations among EAEU Member States]. *Novaya nauka: opyt, traditsii, innovatsii*, no 1, pp. 31–33.

Anufrieva L.P. (2016) EAES i «Pravo EAES» v mezhdunarodno-pravovom izmerenii [EAEU and “EEU Law” in International Law]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no 4, pp. 48–62.

Chudikova T.P., Gubarevich A.V. (2016) Puti sovershenstvovaniya zakonodatel'stva stran-uchastnits EAES v kontekste izdaniya Tamozhennogo kodeksa EAES [Improving Legislations of the EAEU Member States] *Materialy mezhdunarodnoy konferentsii studentov, aspirantov i molodykh uchennykh* [Materials of International Student and Young Scholars Conference]. Vitebsk: University Press, pp. 344–345 (in Russian)

Dzhabiev A.P. (2015) Tamozhenny soyuz Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: tendentsii i perspektivy razvitiya [The Customs Union of EAEU: Trends and Prospects]. *Ekonomika i predprinimatel'stvo*, no 5, pp. 158–161.

Kostin A.A., Kostina O.V. (2014) Perspektivy razvitiya tamozhennogo sotrudnichestva v ramkakh Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza [Development of Customs Co-operation within the EAEU]. *Akademicheskaya nauka – problemy i dostizheniya. Materialy V Mezhdunarodnoy konferentsii* [Academic Science: Issues and Achievements. 5th International Academic Conference Proceedings], Belgorod: University Press, pp. 181–187 (in Russian)

Kovtuneneko L.V., Kandrina N.A. (2016) Problemy zashchity prav uchastnikov EAES v Sude EAES [The Issues of Protecting Member States of EAEU in EAEU Court] *Evraziyskoe pravovoe prostranstvo: vzglyad molodykh uchennykh. Sbornik statey Evraziyskogo molo-dezhnogo yuridicheskogo foruma* [Eurasian Legal Space: A View of Young Researchers. Collection of Papers of Eurasian Youth Legal Forum]. Barnaul: Kolmogorov, pp. 35–39.

Kozhankov A.Yu. (2018) O vliyaniy norm mezhdunarodnogo prava na tamozhennoe regulirovanie v Evraziyskom ekonomicheskom soyuze [On the Influence of the Norms of International Law in Eurasian Economic Union]. *Yuridicheskaya nauka*, no 1, pp. 6–12.

Makeeva S.K. (2017) Prioritetnye napravleniya razvitiya sotrudnichestva so stranami EAES [Priorities in the Co-operation within the EAEU]. *Vestnik Akademii gosudarstvennogo upravleniya pri Prezidente Kyrgyzskoy Respubliki*, vol. 23, pp. 57–63.

Morozov V.V. (2017) Protivorechiya integratsii EAES [Contradictions in EAEU Integration] *Institutsional'nye i infrastrukturnye aspekty razvitiya razlichnykh ekonomicheskikh sistem. Sbornik statey mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii* [Institutional and Infrastructural Aspects of Various Economic Systems. Collection of Papers of International Conference]. Ufa: Aeterna Press, pp. 31–35 (in Russian)

Popova A.V. (2012) Printsipy mezhdunarodnogo prava, podlezhashchie primeneniyu pri pravopreemstve gosudarstv v otnoshenii mezhdunarodnykh dogovorov [Principles of International Law and Succession of States vs. International Treaties]. *Aktual'nye problemy sovremennogo mezhdunarodnogo prava. Materialy konferentsii* [Issues of Modern International Law]. Moscow: RUDN Press, pp. 300–310 (in Russian)

Rybakova S.V. (2015) Ob osobennostyakh pravosub"ektnosti v usloviyakh sovremennykh ekonomicheskikh otnosheniy (na primere finansovoy pravosub"ektnosti kreditnykh organizatsiy) [On Legal Capacity in Current Economic Relations]. *Problemy formirovaniya novogo rossiyskogo prava i novoy rossiyskoy gosudarstvennosti: na puti dvizheniya k «chistomu zolotu prava»*. *Materialy konferentsii* [Problems of Shaping New Russian Law and New Russian Statehood. Conference Proceedings]. Tambov: University, pp. 228–236.

Semenova N.S., Voronina T.M. (2013) Raspad i pravopreemstvo mezhdunarodnykh organizatsiy [Collapse and Legal Succession of International Organizations]. *Pravo mezhdunarodnykh organizatsiy* [Law of International Organisations]. Moscow: RUDN Press, pp. 175–184 (in Russian)

Volova L.I. (2017) Perspektivy deyatel'nosti Suda Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza (EAES) v kontekste razvitiya evraziyskoy integratsii [Perspectives of the Court of EEU in Context of Eurasian Integration]. *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 2, pp. 143–147.

Yurchenko D.P. (2017) Sootnoshenie prava EAES i prava gosudarstv-chlenov EAES [Balance of EAEU law and EAEU Member State Law]. *Teoriya gosudarstva i prava*, no 2, pp. 61–67 (in Russian)

Zubkova S.V. (2013) K voprosu o pravosub"ektnosti mezhdunarodnykh organizatsiy [On the Legal Capacity of International Organizations]. *Nauka i obrazovanie: problemy i tendentsii razvitiya. Materialy mezhdunarodnoy konferentsii* [Science and Education: Issues and Trends of Development. Materials of the International Conference]. Ufa: Analytical Center of Informational Technology, pp. 191–194 (in Russian)

Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса¹



Л.В. Терентьева

доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123242, Российская Федерация, Москва, ул. Садовая-Кудринская, 9. E-mail: terentevamila@mail.ru



Аннотация

В статье исследуется древнеримская максима *jura novit curia*, буквальный перевод которой в юридической литературе звучит как «суд знает право». Содержательные аспекты данного тезиса включают в себя не только факт известности права суду, но и самостоятельность поиска права для правильной оценки фактических обстоятельств и применение права судом. Автор формулирует вывод, что знание судом права (*jura novit curia*) может быть отнесено к общеправовой презумпции, которая связана с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов. При этом, принимая во внимание определенную взаимосвязь презумпций и принципов права, автор обосновывает в качестве корреспондирующего презумпции *jura novit curia* общеправовой принцип — принцип законности. Во второй части статьи автор подвергает критике апеллирование ряда ученых к презумпции *jura novit curia* при обосновании позиции об исключении правовых знаний из объема специальных. По мнению автора, степень вероятности презумпции *jura novit curia* могла бы быть более высокой при закреплённой в законе возможности суда получить правовые консультации относительно оценки содержания, толкования и допустимого применения ряда норм для более полного и всестороннего рассмотрения дела. В третьей части статьи исследуется сложившийся подход в доктрине о нераспространении *jura novit curia* на иностранные законы, негативные последствия которого могут выразиться в необоснованном ограничении применения иностранного права. Принимая во внимание, что содержание презумпции *jura novit curia* также включает в себя возможность выбора судом правовых норм вне зависимости от обращения к ним самими сторонами, автором сделан вывод об отнесении конструкции *jura aliena novit curia* («суд знает иностранное право») к отраслевой презумпции международного гражданского процесса, которая так же, как и общеправовая презумпция *jura novit curia* коррелирует с содержанием принципа законности, в

¹ Статья подготовлена в рамках проекта Российского фонда фундаментальных исследований № 18-011-00883 «Информационный суверенитет: от вопросов определения юрисдикции государства до он-лайн разрешения споров».

рамках которого установление содержания иностранного права осуществляется судом *ex officio* («по должности»).

Ключевые слова

установление содержания иностранного права *ex officio*, *jura novit curia*, *jura aliena novit curia*, правовая презумпция, правовая аксиома, правовая фикция, правовые принципы.

Библиографическое описание: Терентьева Л.В. Общеправовая презумпция *jura novit curia* и отраслевая презумпция *jura aliena novit curia* международного гражданского процесса // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 195–213.

JEL: K33; УДК:341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.195.213

Jura Novit Curia

Древнеримская лаконичная сентенция «*jura novit curia*» переводится как «суд знает право» или «суд знает закон»². Г.Ф. Шершеневич в труде по общей теории права отмечал, что в содержание принципа «*jura novit curia*», помимо знания судом норм действующего права, включается и самостоятельный поиск той нормы, которая наиболее подходит к данному случаю, хотя бы заинтересованные лица и стремились облегчить его задачу указанием норм, на основании которых они обращаются к судебной защите³. Аналогичным образом содержание «*jura novit curia*» отражено и в работе Е.В. Васьковско-го: «...истец должен только изложить фактические обстоятельства дела, дать суду только меньшую посылку для силлогизма; отыскать же соответствующие законы и построить из них большую посылку составляет задачу суда («*jura novit curia*»)»⁴.

Таким образом, римская максима «*jura novit curia*» фактически содержит в себе несколько тезисов: 1) суд знает право; 2) суд осуществляет самостоятельное исследование норм права безотносительно к ссылке сторон на них; 3) суд самостоятельно применяет право к фактическим обстоятельствам, как они преподнесены суду сторонами, что является отражением максимы «*da mihi factum, dabo tibi jus*» — стороны должны излагать лишь фактические обстоятельства, а правовую оценку им дает суд. В связи с этим, исходя из широкого толкования, «*jura novit curia*» включает в себя не только факт из-

² В контексте исследуемого вопроса под «законом» следует понимать все официальные источники юридических норм, что позволяет считать более точным перевод данного тезиса «суд знает право».

³ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. М., 1910 // СПС Гарант.

⁴ Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003 // СПС Гарант.

вестности права суду, но и самостоятельность поиска права для правильной оценки фактических обстоятельств и применение права судом.

В отдельных работах латинское изречение «*jura novit curia*» упоминается в качестве современных принципов гражданского процесса⁵, процессуальных аксиом⁶, правовых презумпций⁷, а также правовых фикций⁸. Для выяснения, относится ли конструкция «*jura novit curia*» к правовым принципам, аксиомам, фикциям или презумпциям, необходимо обратиться к соответствующим средствам юридической техники.

Правовыми фикциями именуются несуществующие положения, которым в силу определенных законом условий придается значение действительных, обязательных фактов. Допущение отнесения правила «*jura novit curia*» к правовым фикциям в литературе аргументируется невозможностью судьи знать в полном объеме весь правовой массив⁹. Судья действительно не может дословно знать всю палитру российских юридических норм. Ряд из них судья устанавливает на этапе рассмотрения дела, очерчивая область поиска, а именно, их отраслевое расположение, что в конечном итоге не оказывает негативного воздействия на конечный результат правоприменения. Но, как было отмечено, конструкция «*jura novit curia*» помимо знания судом права включает в себя также и возможность проявления инициативы судом в исследовании норм права безотносительно к ссылке сторон на них. Последнее обстоятельство не представляет собой несуществующего положения, которому придается значение действительного. Это делает невозможным отнесение «*jura novit curia*» к правовым фикциям.

Не может быть причислена конструкция «*jura novit curia*» и к правовым аксиомам. Аксиома — такое средство юридической техники, которое выражает общепризнанную, не требующую доказательств истину, что предполагает возможность ее опровержения только в целом, а не в отношении единичной ситуации. Конструкция «*jura novit curia*» не может выступать как в форме абсолютного верного, так и неверного суждения ввиду допустимости отдельных исключений из нее, что соответственно также делает невозможным буквальное следование данному тезису.

⁵ Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. № 7 // СПС Гарант; Панов А.А. Принцип «*Jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1. М., 2013. С. 270–296.

⁶ Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском производстве. М., 2006. С. 128.

⁷ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 2005. С. 6.

⁸ Шагова В.В. Защита прав граждан и юридических лиц в российском и зарубежном праве (проблемы теории и практики) / Сборник статей. М., 2002. С. 10.

⁹ Шагова В.В. Указ. соч. С. 10.

Вероятностный характер предположения о знании судом права и возможность его опровержения также не позволяет относить данную сентенцию и к принципам права, поскольку, во-первых, принципы права не могут иметь каких-либо сверхъестественных начал¹⁰; а во-вторых, будучи основополагающими, исходными положениями, они не могут подвергаться какому-либо сомнению и обладать свойством опровержимости¹¹.

Интересно исследовать конструкцию «*jura novit curia*» на предмет отнесения к категории правовых презумпций, а именно, априори верным предположениям, пока не будет доказано обратное. Несмотря на немалое количество научных работ, посвященных правовым презумпциям, единого понимания презумпции не сложилось, не решен вопрос о возможности классификации презумпций на опровержимые и неопровержимые, неоднозначны подходы авторов к определению места презумпций в системе юридико-технических средств. Причины отсутствия единой квалификации и классификации презумпций могут также заключаться в исследовании данного понятия в рамках каждой отдельной отрасли юридической науки, которая концентрируется именно на тех презумпциях, которые входят в соответствующую предметную область, что обуславливает неоднозначность интерпретации данного явления.

В соответствии с определением, данным профессором В.К. Бабаевым, правовой презумпцией является закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденное предшествующим опытом¹². В литературе сложились два противоположных подхода относительно существования неопровержимых правовых презумпций¹³ и отрицания таковых¹⁴. В целом, разделяя вторую позицию о несостоятельности дискуссии деления презумпций на соответствующие виды, следует согласиться с доводами авторов, которые отвергают само понятие «неопровержимая правовая презумпция», поскольку любая презумпция обладает свойством опровержимости, заключающимся в оспоримости применения или неприменения презумпции к определенным фактам¹⁵.

¹⁰ Радько Т.Н., Лазарев В.В., Морозова Л.А. Теория государства и права. М., 2016 // СПС Гарант.

¹¹ Логинов А.С. Правовые презумпции и технико-юридические особенности их реализации в процессе применения права // Юридическая техника. № 4. 2010. С. 322–326; Луткова О.В. Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник МГЮА. 2016. № 12. С. 63–92.

¹² Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 12.

¹³ Бабаев В.К. Указ. соч. С. 12; Левит В.О. Правовые презумпции-дефиниции // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 310–312; Сериков Ю.А. Указ. соч. С. 128.

¹⁴ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Опровержима ли неопровержимая правовая презумпция? // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 87–95; Давыдова М.Л. Правовые презумпции в системе юридической техники // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 159–170.

¹⁵ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95; Булаевский Б.А. Классификация правовых презумпций // Журнал российского права. 2010. № 11 // СПС Гарант.

В подавляющем большинстве работ, посвященных специальному исследованию презумпций, авторы не рассматривают в качестве таковой «*jura novit curia*».

Так, С.В. Липень, предлагая классификацию общеправовых презумпций, не упоминает презумпцию «*jura novit curia*». Согласно авторской классификации, общеправовые презумпции подразделяются на презумпции, характеризующие деятельность власти (истинности государственного правового акта, истинности юридического акта, юридической компетенции государственных органов); презумпции, связанные с характеристикой норм права и правовых актов (истинности норм права, правомерности нормативного правового акта, правомерности законодательного решения, добросовестности законодателя, законности нормативного правового акта правильности нормативного правового акта); презумпции, связанные с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов (истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора), законности правоприменительных процедур); общеправовые презумпции, характеризующие правовое поведение (добропорядочности граждан, законности, добросовестности, невиновности, знания закона)¹⁶.

Место в приведенной выше классификации вполне может быть найдено и для презумпции «*jura novit curia*». В утверждении «*jura novit curia*» сформулированы закономерности определенного этапа правоприменительной деятельности, в силу чего данная презумпция может быть также отнесена к общеправовой презумпции, связанной с характеристикой правоприменительной деятельности государственных органов, включающей в себя презумпции истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора), законности правоприменительных процедур.

В работе А.С. Логинова «*jura novit curia*» также квалифицирована в качестве презумпции правоприменительного процесса, но аргументация отнесения данной конструкции к презумпциям строится на недоброкачественном составе судейского корпуса, который, по мнению автора, ставит под сомнение знание судом права¹⁷. Соглашаясь в целом с отнесением категории «*jura novit curia*» к презумпции правоприменительного процесса, полагаем возможным дополнить основания опровержимости данной презумпции установленными законом основаниями и порядком отмены и пересмотра соответствующих правоприменительных актов, признания их недействительными или незаконными.

В то же время в доктрине есть несколько определений, в которых презумпция представляет собой понятия из смежных категорий и трактуется в

¹⁶ Липень С.В. К вопросу о системе общеправовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 318–321.

¹⁷ Логинов А.С. Указ. соч. С. 322–326.

качестве нормы или принципа права¹⁸. Следует отметить, что подобная подмена одного термина другим лишена целесообразности. Если один термин объясняет смысловое значение другого термина, то в этом случае отпадает практическая целесообразность множественности терминов.

В то же время презумпции могут находить отражение в принципах права. Соотношение принципов и презумпций некоторые авторы видят в определенной связи, которая проявляется в том, что корреспондирующий презумпции правовой принцип наполняет ее своим содержанием и ограничивает правовую презумпцию этим содержанием¹⁹.

Основные содержательные признаки римского изречения «*jura novit curia*» отражены в общеправовом (межотраслевом) принципе законности. Именно данный принцип является наиболее близким к сентенции «*jura novit curia*». Принцип законности гражданском и арбитражном процессе означает, что суды должны правильно применять нормы материального права и осуществлять свою деятельность в полном соответствии с процессуальными нормами, что в полной мере соответствует целям гражданского процесса — установить существующие фактические обстоятельства дела и правильно применить к ним нормы права. В связи с этим заключим, что общеправовой принцип законности выступает одним из условий, обеспечивающих реализацию презумпцию «*jura novit curia*».

Любопытна точка зрения В.М. Баранова, В.Б. Першина и И.В. Першиной о логической некорректности позиции трактовки презумпции в качестве предположения, заключающим в себе высоко вероятностное обобщение²⁰. По мнению указанных авторов, существенным признаком индуктивного обобщения не может признаваться высокая степень его вероятности в силу того, что вероятное обобщение характеризуется в диапазоне от 0 до 1, и, таким образом, любое индуктивное обобщение, будучи по своему основному логическому признаку вероятностным, находит свое место²¹. Стоит согласиться с этой позицией, принимая во внимание, что в современной логике «индукция» часто употребляется как синоним понятий «недемонстративный вывод» и «вероятностный аргумент». Действительно, высоко вероят-

¹⁸ Бабаев В.К. Презумпции в российском праве и юридической практике / Проблемы юридической техники. Н. Новгород, 2000. С. 328; Третьякова О.Д. Презумпции как один из факторов конвергенции правовых систем // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 552–554.

¹⁹ Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2007. С. 6.

²⁰ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95. О существовании обобщения высокой вероятности говорит также и В.А. Кучинский: Кучинский В.А. Юридические презумпции и фикции (общие черты и различия) // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 302–309.

²¹ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Указ. соч. С. 87–95; Ващекин А.Н., Ващекина И.В. Информационное право: прикладные задачи и математические методы // Информационное право. 2017. № 3. С. 17–21.

ностное обобщение не является существенным свойством презумпции, но в то же время для ряда общеправовых презумпций, характеризующих правовое поведение, возможно зафиксировать их как низко вероятностный, так и высоко вероятностный характер на основе статистических исследований. Так, в литературе приведена статистика, говорящая, что основная масса лиц, привлекаемых к ответственности, признается судом виновной в совершении инкриминируемых им деяний и вместе с тем также статистически установлено, что не во всех случаях лица, которым предъявлено обвинение в совершении преступления, признаются судом виновными²². Таким образом, презумпция невиновности в большей степени формулирует низкую вероятность соответствия данной презумпции к конкретным обстоятельствам и фактам, положенным в основу ее применения. Аналогичное заключение можно сделать относительно презумпции знания закона — «*Nemo ignorantia juris recusare potest*» — никто не может отговариваться незнанием закона. Но здесь необходимо отметить, что при отсутствии статистических данных данное предположение строится на субъективных предположениях. Оценка низкой вероятности презумпции знания закона может быть обусловлена предположением, что даже юристы не могут (да это и невозможно) продемонстрировать осведомленность в содержании норм всего отраслевого многообразия. Но презумпция знания закона, несмотря на ее низкую вероятность, должна быть отнесена к основным правовым предположениям, поскольку если не предполагать знания законов страны, то это может привести к фактической невозможности регулирования общественных отношений.

К презумпциям высоко вероятностного характера можно отнести презумпции, связанные с правоприменительной деятельностью государственных органов, а именно: истинности правоприменительного акта, истинности судебного решения (приговора). Как представляется, осуществление деятельности судов на основании принципа законности, который по своему содержанию включает в себя требование к судам правильно применять нормы материального (регулятивного) права и совершать процессуальные действия, безусловно, оказывает влияние на формулирование высоко вероятностного предположения об истинности судебного решения (приговора). Высоко вероятностное обобщение, лежащее в основе данного предположения, также обусловлено статистическими данными Верховного Суда Российской Федерации относительно процентного соотношения отмененных судебных решений и приговоров и оставленных без изменений в пользу последних²³. В связи с этим допустимо говорить о некоторых правовых презумпциях, основанных как на высоко вероятностных, так и низко вероятностных обобщениях.

²² Мамчун В.В. О рискогенности правовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 360–367.

²³ [Электронный ресурс]: // URL: <https://pravo.ru/news/view/144548> (дата обращения: 28.03.2018)

Трудно оценить степень вероятности презумпции «*jura novit curia*», принимая во внимание трудности осмысления всего нормативного состава, наполняющего каждую из отраслей системы права. Для причисления презумпции «*jura novit curia*» к предположению высокой или низкой вероятности должны быть проведены масштабные статистические исследования. Но в то же время можно зафиксировать факторы, способные оказывать влияние на степень вероятности общеправовой презумпции «*jura novit curia*».

«Jura Novit Curia» как аргумент для исключения правовых знаний из объема специальных знаний

В законе отсутствует прямое указание, что юридические знания не могут быть специальными. Между тем ряд ученых, ссылаясь на «*jura novit curia*», исключает из объема знаний специальные правовые (юридические) знания²⁴. Имеется и противоположная позиция. Так, Е.Р. Россинская, Е.И. Галяшина и А.А. Эксархопуло считают устаревшим подход отнесения юридических знаний к категории специальных. Судьи, обладающие знаниями только из определенных отраслей права, не в состоянии ориентироваться во всех тонкостях постоянно развивающегося современного законодательства²⁵.

В доктрине предлагается привлекать осуществляющих научную и практическую деятельность специалистов, что позволило бы существенно повысить эффективность применения правовых норм, поскольку специалисты в наибольшей степени осведомлены о вносимых изменениях в законодательство²⁶. В то же время в литературе выражались сомнения относительно такого рода консультаций, которые, по мнению ученых, способны привести к тому, что судьи будут охотно возлагать функции по установлению юридических обстоятельств дела на иных лиц²⁷. Кроме того, имелись опасения, что на мнение эксперта могут повлиять различные факторы: принадлежность к той или иной научной школе, собственные концепции и доктрины, тенденции развития правовой системы и др.²⁸

²⁴ Рожкова М.А. Вправе ли Суд по интеллектуальным правам запрашивать правовые заключения или все же *jura novit curia*? // Закон. 2016. № 3. С. 88–94; Сахнова Т.В. Судебная экспертиза. М., 2000. С. 8–9; Эйсман А.А. Заключение эксперта. Структура и научные обоснования. М., 1967. С. 89.

²⁵ Россинская Е.Р., Галяшина Е.И. Настольная книга судьи: судебная экспертиза // СПС Гарант; Эксархопуло А.А. Специальные познания и их применение в исследовании материалов уголовного дела. СПб., 2005. С. 26–27.

²⁶ Лазарева Л.В. Некоторые особенности соотношения специальных и правовых знаний // Вестник Владимирского юридического института. 2008. № 4. С. 155–157.

²⁷ Яни П.С. Правовая экспертиза в уголовном деле // Законность. 2001. № 9. С. 21–24.

²⁸ Лазарева Л.В. Правовая экспертиза: проблемы становления и перспективы развития // Вестник МГЮА. 2014. № 3. С. 49–55.

Полоагаем, что исключение правовых знаний из объема специальных не может быть основано на апеллировании к одному из содержательных элементов презумпции «*jura novit curia*», а именно, «суд знает право». Другие две важные составляющие презумпции «*jura novit curia*» — инициативное и самостоятельное исследование норм права безотносительно к ссылке сторон на них и самостоятельное применение права судом — не вступают в противоречие с включением правовых знаний в категорию специальных знаний. Функции суда по осуществлению правосудия не дублируются с функциями специалистов, которые при правовых консультациях не предрешают дела, а оказывают содействие суду в правильном его разрешении. Специалист, не вмешиваясь в компетенцию судьи, дает оценку содержания, толкования и допустимого применения ряда норм и возможные варианты решений, что может только способствовать, а не препятствовать полному и всестороннему рассмотрению конкретного дела. Окончательное принятие решения остается за судьей, который вправе как согласиться, так и не согласиться с соответствующими выводами. Как отмечено Л.В. Лазаревой, проблема разграничения специальных и правовых знаний заключается не в компетенции, а в правомочиях субъекта их применения²⁹.

Что касается первой составляющей презумпции «*jura novit curia*» — «суд знает право» — то данный посыл как раз трудно реализовать при отсутствии возможности суда получать правовые консультации. Как отмечает А.А. Эксархопуло, требование от правоприменителя знания всех законов и нормативно-правовых актов еще могло бы быть возможным 30 и более лет назад, когда в России действовало не более десятка кодексов, в условиях же постоянно меняющегося законодательства данное требование становится с каждым годом все более трудно реализуемым³⁰.

Такого рода консультации предусмотрены ч. 1.1 ст. 16 Административно-процессуальным кодексом Российской Федерации (далее — АПК РФ), по которой Суду по интеллектуальным правам (далее — СИП) дано право направлять запросы в целях получения разъяснений, консультаций и выяснения профессионального мнения ученых, специалистов и прочих лиц, обладающих теоретическими и практическими познаниями по существу разрешаемого дела. В Справке о некоторых вопросах привлечения специалистов и направления запросов Судом по интеллектуальным правам отмечено, что направление запросов ученому и привлечение к участию в процессе специалиста представляют собой различные формы получения Судом разъяснений, консультаций, профессионального мнения³¹. В Справке от-

²⁹ Лазарева Л.В. Указ. соч. С. 49–55.

³⁰ Эксархопуло А.А. Указ. соч. С. 26–27.

³¹ Справка о некоторых вопросах привлечения специалистов и направления запросов Судом по интеллектуальным правам (утв. постановлением Президиума Суда по интеллектуальным правам от 14.11.2014 № СП-21/89) // СПС Гарант.

мечено, что специалист является процессуальной фигурой, тогда как ученый — лицом, обладающим специальными познаниями, которое выступает непосредственным адресатом запроса о разъяснениях, консультациях и об изложении профессионального мнения.

Возможность правовой экспертизы предусмотрена в отношении установления содержания норм иностранного права. В ранее действовавшем Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда от 20.12.2006 (п. 8) было отмечено, что в целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться за содействием и разъяснением в компетентные органы или организации или привлечь экспертов³². Согласно п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 заключение о содержании норм иностранного права, подготовленное лицом, обладающим специальными познаниями в данной области, не является экспертным заключением по смыслу ст. 55, 82, 83, 86 АПК РФ, и правила о назначении экспертизы не распространяются на подобного рода заключения о содержании норм иностранного права³³. В соответствии с п. 45 данного Постановления арбитражный суд вправе поручить экспертизу в области иностранного права российскому или иностранному гражданину, обладающему специальными познаниями в области иностранного права, что может подтверждаться его научными исследованиями в области иностранного права или его практической деятельностью в данной сфере. Экспертиза также может быть поручена образовательному, научному или учебному заведению России, в котором имеются структурные подразделения, занимающиеся исследованиями иностранного права. При этом перед экспертом могут быть поставлены вопросы о содержании норм иностранного права, а не о правовой оценке отношений сторон и доказательств, например, о действительности спорного договора³⁴.

Таким образом, конструкция «*jura novit curia*» должна презюмироваться, но не абсолютизироваться в силу невозможности буквального следования данной максиме. Составляющий содержательный элемент презумпции «*jura novit curia*» — «судья знает право» в большей степени можно отнести к разным выразительным средствам, которые выстраивают идеальные модели осуществления правосудия, не всегда достижимые в реальности. Уместно привести доводы о том, что при работе с национальным правом судья не мо-

³² Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда от 20.12.2006 № 66 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе» // Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2007. № 2 (Постановлением Пленума Высшего Арбитражного Суда от 4.04.2014 № 23 настоящее постановление признано утратившим силу) // СПС Гарант.

³³ Постановление Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // Российская газета. 2017. № 144.

³⁴ Там же.

жет быть подобен божеству, знающему все право, но должен *ex officio* установить право посредством консультаций с компетентными учреждениями, изучения специальной литературы в вызывающих затруднения ситуациях³⁵. Кроме того, очевидно, что со времени утверждения римской максимы «*jura novit curia*» нормативный массив, который предписывалось знать судье, возрос на несколько порядков. Таким образом, степень вероятности презумпции «*jura novit curia*» могла бы быть более высокой при закреплённой в законе возможности суда получить правовые консультации относительно оценки содержания, толкования и допустимого применения ряда норм для более полного и всестороннего рассмотрения дела.

Jura Aliena Novit Curia

Если исходить из существования общеправовой презумпции «*jura novit curia*» в отношении национального права, можно ли сделать вывод о существовании подобной отраслевой презумпции и в отношении иностранного права в рамках международного гражданского процесса (далее — МГП)?

Как известно, суды при рассмотрении дел сталкиваются не только с широким кругом отечественных норм, но и с необходимостью применения иностранного материального права, а в определенных случаях — и иностранного процессуального права к отношениям, осложненным иностранным элементом³⁶. Между тем, распространение презумпции «*jura novit curia*» на иностранное право поддерживается далеко не всеми авторами. Здесь необходимо отметить, что во многих публикациях презумпция «*jura novit curia*» рассматривается именно как принцип и в связи с этим дальнейшее упоминание о «*jura novit curia*» в качестве принципа в настоящей статье обусловлено тем, что таковым ее считают авторы, позиции которых приведены ниже.

В диссертации А.И. Стихиной, посвященной вопросам установления иностранного права в суде, отмечено, что в силу значительного объема иностранных норм принцип «*jura novit curia*» распространяется только в отношении внутреннего права³⁷. Многие авторы разделяют данную позицию, несмотря на то, что в российском праве и доктрине иностранное право рассматривается именно как право³⁸. Так, в работе Д.А. Хоцанова говорится о

³⁵ Головки Л.В. Влияние профессионального статуса суда на степень его активности в уголовном судопроизводстве // Закон. 2016. № 1 // СПС КонсультантПлюс.

³⁶ Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс. М., 2017. С. 46.

³⁷ Стихина А.И. Установление содержания норм иностранного права в суде: дис. ... к. ю. н. СПб., 2007. С. 215.

³⁸ Чирнинов А.М. Нельзя объять необъятное: предмет доказывания в конституционном судебном процессе (на примере России и США) // Сравнительное конституционное обозрение.

том, что, хотя суды и должны устанавливать иностранное право *ex officio*, они не обязаны знать его изначально (принцип «*jura novit curia*» на иностранные законы не распространяется)³⁹. Казахский автор Н.С. Ешниязов также пишет о нераспространении принципа «*jura novit curia*» на иностранные законы, и, более того, в качестве исходной презумпции обозначает противоположную максиму «*jura aliena non novit curia*» («суд НЕ знает чужих законов»). Данное утверждение, раскрывающее в большей степени концептуальный подход стран общего права, обосновывается автором в контексте одного из сформулированных им принципов коллизионного регулирования — «облегчения судопроизводства», который выражается в обращении суда к своему национальному порядку и неприменению иностранного права в отдельных случаях (формулировка односторонних коллизионных норм, субсидиарное применение *lex fori* при невозможности установить содержание норм применимого иностранного права и т.п.)⁴⁰. В данном обосновании можно усмотреть негативные последствия приверженности принципу «*jura aliena non novit curia*», которые могут выразиться в необоснованном ограничении применения иностранного права в целях «облегчения судопроизводства».

Позиция о нераспространении принципа «*jura novit curia*» на содержание иностранного права в большой степени имеет место в англо-американской доктрине и практике, где традиционно закреплена презумпция незнания судом иностранного права, из чего следует, что установление содержания иностранного права является вопросом факта⁴¹. Справедливости ради стоит отметить, что данный принцип не играет решающей роли и в отношении отечественного права как в английской, так и в ирландской и шотландской системах. Судьи (и присяжные, если таковые участвуют в процессе) являются нейтральными арбитрами, разрешающими спор между сторонами⁴².

Получила закрепление в доктрине и противоположная точка зрения о применении принципа «*jura novit curia*» в отношении иностранного права, обоснованная тем, что подобная тенденция имеет место в большинстве стран континентальной Европы⁴³. Традиции континентального права ос-

2017. № 3 // СПС КонсультантПлюс; Медведев И.Г. Настольная книга нотариуса. Международное частное право, уголовное право и процесс в нотариальной деятельности. Т. 4. М., 2015 // СПС КонсультантПлюс.

³⁹ Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. М., 2013 // СПС Гарант.

⁴⁰ Ешниязов Н.С. Условия применения коллизионных норм в международном частном праве (сравнительно-правовой аспект): дис. ...к.ю. н. Алматы, 2017. С. 39, 89.

⁴¹ The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford, 2006. P. 52–53.

⁴² Будылин С. Знает ли судья закон [Электронный ресурс]: // URL: http://m-logos.ru/img/spravka_po_angliiskoe_pravo_Vydilin.pdf (дата обращения: 28.03.2018)

⁴³ Асосков А.В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. № 2. С. 6.

нованы на применении иностранных норм *ex officio*, т.е. при применении иностранного права судья должен применять правовую норму так, как если бы ее применял соответствующий иностранный суд, обязанность по установлению содержания иностранного права лежит на суде. При этом на иностранное право также распространяется и принцип «*jura novit curia*», что было также отмечено в работе Л. Раапе⁴⁴.

Содержательный аспект презумпции «*jura novit curia*», выражающийся в самостоятельной правовой оценке судом представленных сторонами фактических обстоятельств, полностью коррелирует с содержанием принципа законности — установлением фактических обстоятельств дела и подлежащих применению норм материального и процессуального права. В соответствии со ст. 11 Гражданско-процессуального кодекса Российской Федерации суд обязан разрешать гражданские дела на основании Конституции Российской Федерации, международных договоров России и иных нормативно-правовых актов. Часть 1 ст. 168 Административно-процессуального кодекса Российской Федерации предусматривает, что при принятии решения арбитражный суд определяет, какие законы и иные нормативные правовые акты следует применить по данному делу. Право суда самостоятельно определять применимые нормы права подтверждено также в п. 3 Постановления Пленума Верховного суда России № 10/22.

Работа суда с иностранным правом осуществляется по такому же принципу: стороны излагают фактические обстоятельства дела, тогда как правовую квалификацию на основании применимого права дает суд. Все содержательные элементы презумпции «*jura novit curia*» (определение, какие законы и иные нормативно-правовые акты следует применить по данному делу, поиск и выбор той нормы права, которая подлежит применению, несвязанность суда правовой квалификацией иска истцом) также имеют место и при обращении суда к иностранному праву. В связи с этим допустимо говорить о существовании отраслевой презумпции «*jura aliena novit curia*» («суд знает иностранное право») в рамках МГП.

Отраслевая презумпция «*jura aliena novit curia*» так же, как и общеправовая презумпция «*jura novit curia*», находит свое отражение в общеправовом принципе законности, в соответствии с которым содержание иностранного права устанавливается судом *ex officio* («по должности»).

Установление содержания иностранного права *ex officio* предусмотрено в ст. 1191 Гражданского кодекса Российской Федерации, в которой предусмотрены алгоритмы обращения к иностранному праву. Согласно п. 1 ст. 1191 ГК РФ, суд устанавливает содержание иностранного права в соответствии с его официальным толкованием, практикой применения и доктриной в со-

⁴⁴ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 130.

ответствующем иностранном государстве. Таким образом, применение и толкование судом иностранного права должно осуществляться так же, как оно применяется и толкуется в соответствующем иностранном государстве. Возложение на стороны обязанности по установлению содержания иностранного права в отношении споров, вытекающих из предпринимательской деятельности, не означает, что данная обязанность снимается с суда⁴⁵. Соответственно, неправильное установление содержания норм иностранного права влечет определенные процессуальные последствия в виде пересмотра решения суда. Для реализации обязанности суда установить, применить и толковать иностранное право так, как это имеет место в иностранном государстве, суд в соответствии с п. 2 ст. 1191 ГК РФ может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции и иные компетентные органы или организации в России и за границей либо привлечь экспертов.

А.А. Мережко принадлежит точка зрения о невозможности абсолютной реализации применения иностранного права *ex officio* в силу ряда объективных причин, обусловленных прохождением иностранных норм целого ряда фильтров, а именно применение иностранной нормы на основе национального права, в том числе и национального процессуального права, в соответствии с общепризнанными принципами международного права, с учетом институтов международного частного права (оговорка о публичном порядке, императивные принципы права, адаптация)⁴⁶. По его мнению, данное обстоятельство превращает требование применять иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, в фикцию и заставляет судью сделать невозможное. Здесь допустимо не согласиться с автором, поскольку к фикции скорее может быть отнесено само понимание применимого иностранного права, нежели требование применять иностранное право так, как оно применяется на родине. Применение иностранного права в рамках национальных законов, устанавливающих пределы его ограничения, не позволяет говорить о полноценном и безоговорочном применении иностранного права. Отечественные суды применяют не иностранное право как таковое, а лишь допустимую с точки зрения национального закона часть иностранного права. Но сам механизм и порядок применения и установления содержания иностранного права *ex officio*, который очерчен в законе, невозможно

⁴⁵ П. 21 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда России от 9.07.2013 № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением Арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»; п. 44 Постановления Пленума Верховного Суда России от 27.06.2017 № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» // Российская газета. 2017. № 144.

⁴⁶ Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС Гарант.

относить к фикциям, т.е. несуществующим положениям, которым в силу закона придается значение действительных, обязательных фактов.

Установление содержания иностранного права *ex officio* и презумпция «*jura aliena novit curia*» находятся во взаимообусловленной связи друг с другом. Игнорирование презумпции «*jura aliena novit curia*» фактически делает невозможным воплощение нормы, предусматривающей применение норм иностранного права *ex officio*, поскольку трудно применять иностранные нормы исходя из посыла их незнания судом.

В то же время можно отчасти согласиться с позицией Д.А. Хоцанова, который отмечает, что, хотя суды и должны устанавливать иностранное право *ex officio*, они не обязаны знать его *изначально*⁴⁷. Действительно, на этапе первого обращения к применимому иностранному праву судья может не знать содержания иностранных норм. Между тем, данный факт не освобождает суд от их «узнавания». Отраслевая презумпция МГП «*jura aliena novit curia*» должна означать, что судья знает иностранное право на этапе его правоприменения. При этом данная презумпция должна охватывать не только содержание иностранного права, но и определенные условия его применения: применение иностранного права в рамках определенных национальных процессуальных механизмов, соблюдение норм непосредственного применения, недопущение нарушения публичного порядка в результате применения иностранной нормы и т.п.

Здесь уместно экстраполировать доводы насчет распространения принципа «*jura novit curia*» применительно к обычаю, сделанные А.И. Каминкой и Г.Ф. Шершеневичем в начале XX века, в пользу закрепления презумпции «*jura aliena novit curia*». А.И. Каминка отмечал, что «...обычай труднее распознается, чем закон, но ведь и при применении разных законов приходится преодолевать разной степени трудности, что не вызывает принципиально различного к ним отношения. Источники познания другие, но опять-таки этим обуславливается лишь необходимость иных способов их установления. Эти средства могут быть различные: свидетельства сведущих лиц, удостоверения соответствующих учреждений, сборники специально обычного права или судебные сборники решений, в коих уже установлено существование обычаев»⁴⁸. Г.Ф. Шершеневич напоминал, что если обычай носит юридический характер, если это — норма права, то суд должен знать, а, следовательно, и применять его. Если судья не знает обычая, на который указывают стороны, он должен его узнать, принимая к тому все меры⁴⁹.

⁴⁷ Хоцанов Д.А. Указ. соч. // СПС Гарант.

⁴⁸ Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2007 // СПС Гарант.

⁴⁹ Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 1. СПб., 1998. С. 80.

Вышесказанное в равной степени справедливо и применительно к иностранным законам. По сравнению с обычаями, в отношении иностранного права судья, скорее всего, вынужден будет совершить гораздо больше шагов в процессе его познания, но после очерчивания соответствующего круга иностранных норм, установления их содержания, толкования и практики применения, можно вполне говорить о презюмировании «*jura aliena novit curia*». Безусловно, процесс установления содержания иностранного права является более трудоемким, нежели отечественного права, и судья может испытывать разной степени затруднения. Но трудность распознавания иностранного права не может служить отрицанием презумпции «*jura aliena novit curia*» и, как следствие, элиминировать юридический характер соответствующих норм, которые судья в результате установления их содержания должен знать для правильной квалификации спорных обстоятельств.

Принимая во внимание вышеизложенное, следует заключить, что конструкция «*jura aliena novit curia*» («суд знает иностранное право») может быть отнесена к отраслевой презумпции МГП, коррелирующей с общеправовым принципом законности, в рамках которого установление содержания иностранного права осуществляется судом *ex officio* («по должности»). При этом объем презумпции «*jura aliena novit curia*» должен распространяться не только на содержание норм иностранного права, его толкование и практику применения в рамках соответствующей иностранной юрисдикции, но и на условия применения иностранного права в стране суда: соответствие национальным процессуальным механизмам, соблюдение норм непосредственного применения, недопущение нарушения публичного порядка в результате применения иностранной нормы и т.п.



Библиография

- Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. Горький: ГВШ МВД, 1974. 124 с.
- Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Опровержима ли неопровержимая правовая презумпция? // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 87–95.
- Гетьман-Павлова И.В., Касаткина А.С., Филатова М.А. Международный гражданский процесс / под ред. И.В. Гетьман-Павловой. М.: Юрайт, 2017. 271 с.
- Давыдова М.Л. Правовые презумпции в системе юридической техники // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 159–170.
- Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Установление содержания норм иностранного законодательства в международном частном праве // Адвокат. 2008. № 7. С. 112–121.
- Кучинский В.А. Юридические презумпции и фикции (общие черты и различия) // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 302–309.
- Лазарева Л.В. Правовая экспертиза: проблемы становления и перспективы развития // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2014. № 3. С. 49–55.

Левит В.О. Правовые презумпции-дефиниции // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 310–312.

Липень С.В. К вопросу о системе общеправовых презумпций // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 318–321.

Логонов А.С. Правовые презумпции и технико-юридические особенности их реализации в процессе применения права // Юридическая техника. 2010. № 4. С. 322–326.

Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012 // СПС Гарант.

Мосин С.А. Презумпции и принципы в конституционном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2009.

Панов А.А. Принцип «*Jura novit curia*» в международном коммерческом арбитраже / Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 1. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 270–296.

Рожкова М.А. Вправе ли Суд по интеллектуальным правам запрашивать правовые заключения или все же *jura novit curia*? // Закон. 2016. № 3. С. 88–94.

Хоцанов Д.А. Установление содержания иностранных правовых норм в международном частном праве. 2013 // СПС Гарант.

Common Law Presumption *jura novit curia* and Branch Presumption *jura aliena novit curia* in International Civil Process



Lyudmila Terentieva

Associate Professor, Civil Law Department, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 125993, Russian Federation. E-mail: terentevamila@mail.ru



Abstract

One of the purposes of the article is to provide an up-to-date account for the Roman maxim *jura novit curia* (the court knows the law). Traditionally *jura novit curia* means that the court alone is responsible for determining which law applies to a particular case, and how without being limited to the legal arguments advanced by the parties. On the basis of the systematic investigation of different elements of legal technology (legal fictions, principles, axioms or presumptions) the author formulates the conclusion that *jura novit curia* can be attributed to the general legal presumption, which is related to the characterization of law enforcement activities of state bodies. Moreover, taking into account the interconnection of presumptions and principles of law, the author indicates that there is a corresponding functional principle of legality to the presumption *jura novit curia*. In the second part of the article the author criticizes scientific assessment of the presumption of *jura novit curia* as confirmation of position on the exclusion of legal knowledge from the scope of special ones. It was argued in favor of legitimation of the legal advices on interpretation and permissible application of law in order to increase the degree of probability of the presumption of *jura novit curia*. Other substantial elements of the presumption of *jura novit curia*, namely, an initiative and independent study of the rules of law by the court without being limited to the legal arguments advanced by the

parties do not conflict with the possibility of a court to get legal advices from specialists who do not intervene the competence of the judge making the final decision. In the third part of the article, the author finds the arguments for exclusion maxim *jura novit curia* form foreign laws are not conclusive. It may be suggested that this assumption can lead to the negative consequences that can be expressed in the unreasonable restriction of the application of foreign law. On the basis of the analysis it is possible to indicate that *jura aliena novit curia* is the branch presumption of the international civil process, which correlates with the content of the principle of legality and the principle of the international civil process — the establishment of the content of foreign law *ex officio*. The author reasons that ignoring presumption of *jura aliena novit curia* obviously leads to difficulties for the principle of applying foreign law *ex officio*, since it is impossible to apply foreign norms based on presumption *jura non aliena novit curia*. The presumption of *jura aliena novit curia* should cover not only the content of foreign law, but also several conditions for its application based on national law. The article challenged the theory that the requirement to apply foreign law in the same way as it is applied abroad is the fiction. The author justified that the notion of “foreign law” can be attributed to the fictions taking into account that the court can apply only private foreign law and some foreign procedural rules with considering national law restrictions.



Keywords

establishing content of foreign law, *ex officio*, *jura novit curia*, *jura aliena novit curia*, legal presumption, legal axioms, legal fictions, legal principles.

Citation: Terentieva L.V. (2018) Common Law Presumption *jura novit curia* and Branch Presumption *jura aliena novit curia* in International Civil Process. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 195–213 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.195.213



References

- Babaev V.K. (1974) *Prezumpcia v sovetskom prave* [Presumption in the Soviet Law]. Gorky: School of Internal Ministry, 124 p. (in Russian)
- Baranov V.M., Pershin V.B., Pershina I.V. (2010) Oproverzhima li neoproverzhimaya pravovaya prezumpciya? [Is it Possible to Overcome Legal Presumption?]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 87–95.
- Davydova M.L. (2010) Pravovye prezumpcii v sisteme yuridicheskoy tekhniki [Legal Presumptions in Legal Technique]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, p. 159–170.
- Erpyleva N.Yu., Get'man-Pavlova I.V. (2008) Ustanovlenie soderzhaniya norm inostrannogo zakonodatel'stva v mezhdunarodnom chastnom prave [On Content of Foreign Legislative Norms in the International Private Law]. *Advokat*, no 7, pp. 112–121.
- Get'man-Pavlova I.V., Kasatkina A.S., Filatova M.A. (2017) *Mezhdunarodnyy grazhdanskiy protsess* [International Civil Process] Moscow: Yurayt, 271 p. (in Russian)
- Khotsanov D.A. (2013) *Ustanovlenie soderzhaniya inostrannykh pravovykh norm v mezhdunarodnom chastnom prave* [Foreign Legal Norms in International Private Law]. SPS Garant.
- Kuchinskiy V.A. (2010) Yuridicheskie prezumpcii i fikcii (obshchie cherty i razlichiya). *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 302–309.
- Lazareva L.V. (2014) Pravovaya ekspertiza: problemy stanovleniya i perspektivy razvitiya [Legal Expertise. Issues of Development]. *Vestnik Universiteta Kutafina*, no 3, pp. 49–55.

- Levit V.O. (2010) Pravovye prezumpstsi-definititsii [Legal Presumptions Definitions]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 310–312.
- Lipen' S.V. (2010) K voprosu o sisteme obshchepravovykh prezumpstsiy [On Common Law Presumptions]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 318–321.
- Loginov A.S. (2010) Pravovye prezumpstsi i tekhniko-yuridicheskie osobennosti ikh realizatsii v protsesse primeneniya prava [Legal Presumptions and their Implementation in Applying Law]. *Yuridicheskaya tekhnika*, no 4, pp. 322–326.
- Merezhko A.A. (2012) Psikhologicheskaya teoriya mezhdunarodnogo chastnogo prava [Psychological Theory of International Private Law]. SPS Garant
- Mosin S.A. (2009) *Prezumpstsi i printsipy v konstitutsionnom prave Rossiyskoy Federatsii*: avtoref. dis...jurid. nauk [Presumptions and Principles in Constitutional Law. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 28 p.
- Panov A.A. (2013) Printsip «*jura novit curia*» v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe [jura novit curia in International Commercial Arbitration]. *Novye gorizonty mezhdunarodnogo arbitrazha* [New Horizons of International Arbitration]. Moscow: Infotropik Media, pp. 270–296 (in Russian)
- Rozhkova M.A. (2016) Vprave li Sud po intellektual'nym pravam zaprashivat' pravovye zaklyucheniya, ili vse zhe *jura novit curia*? [Has Intellectual Rights Court a Right to Require Expert Conclusions, or *jura novit curia*?]. *Zakon*, no 3, pp. 88–94.

Alternative Dispute Resolution



Borut Stražišar

Assistant Professor, B&B Educational Institution, PhD in law. Address: 16a Letališka Str., Ljubljana SI-1000, Slovenia. E-mail: borut.strazisar@guest.arnes.si



Abstract

Alternative dispute resolution (ADR) becomes a synonym for different techniques as alternative to the long and costly court procedure. Alternative dispute resolution became popular in the middle of 1990's. At first, it was seen as a tool for the reduction of court's backlogs. With the diminishing role of national chambers of commerce — as promoters of arbitration courts — also the arbitration became less and less popular among small and medium size enterprises. These processes were even more radical in ex-Socialist/Communist countries with no small and medium enterprises developed¹. So, the new millennium with the developed IT infrastructure has brought out also new ideas about the society development. The Alternative dispute resolution is now presented as a procedure that is faster and cheaper than the court procedure. To avoid the negative sides of arbitration more elements of court procedure were introduced (like role of experts, provisional measures...). To make Alternative dispute resolution more popular it was promoted as a procedure in which the parties can choose their own judge, produce their own law and even sell the risk of the possible decision. But the latest judgement of EU court in investment arbitration² could be the end of such approach. The main question is whether the arbitration could be still an effective method of dispute resolution also for small and medium size enterprises. For the adequate answer the analysis of historical development of ADR should be seen. Through the historical development the essence of ADR could be explained. Submission is divided in three parts. Introduction presents the historical developments and logic behind ADR. Second part deals with goals and interests in ADR. Understanding the goals and interests helps in understanding the nature of disputes. The last part presents cases in which ADR could be still effectively used. The solutions presented is a synthesis of first and second part findings.



Keywords

dispute; resolution; arbitration; mediation; negotiation; international commercial arbitration

Citation: Stražišar B. (2018) Alternative Dispute Resolution. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 214–233 (in English)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.214.233

¹ There was also a lack of entrepreneur tradition and knowledge.

² Judgment in Case C — 284/16 Slowakische Republik v Achmea BV — The arbitration clause in the Agreement between the Netherlands and Slovakia on the protection of investments is not compatible with EU law.

Introduction

History of ADR

Arbitration is simply a usually (but not always) private process of adjudication in which parties in dispute with each other choose decision-makers (sometimes one, often a panel of three) and the rules of procedure, evidence, and decision by which their dispute will be decided. This is distinguished from mediation in which a neutral third party facilitates party negotiations to resolve a dispute, but does not decide the matters in conflict, and adjudication in which an officer of the state (usually a judge) decides a matter according to principles of law that are often (but not always) published and available for use as precedent by parties other than the principal disputants³. Much of the current outcry and controversy about the use of arbitration is lodged by those (principally on behalf of employees, consumers, and non-merchant contractors for services) who see arbitration being mandated in situations where parties to a contract, or litigants in a court, are being compelled to use arbitration because of a contract clause or court rule that the party probably did not fully understand or agree to⁴. As a result of the growth of international commercial interaction, the number of disputes has increased and arbitration is often considered to be the preferable method of dispute resolution for reasons of expediency, technical specialization, or in order to avoid potential bias that might be encountered in national courts⁵.

First roots of alternative dispute resolution could be found in China in mediation (*tiaojie*). It has origins in Confucian ethics. Confucius taught that natural harmony should not be disrupted, and adversarial proceedings were the antithesis of harmony. Chinese mediation aims not only to respond to a conflict when it breaks out, but also to prevent it from happening. It is total quality management of a conflict. Mediation treats conflict as being necessarily evil, bad, or undesirable. So the mediation aims to resolve conflicts — bring the conflict to end in order to reach the state of harmony. This is consistent with the Chinese folk term for a mediator, *shuo he ze*, a person who speaks in harmonious words to smooth interpersonal relationships. Chinese mediator plays a role that combines the function of counsellor, educator, pacifier, unifier, problem solver, arbitrator, negotiator, litigant, therapist and consultant. The mediator is usually a person who is regarded as an authority in the community. If either of the disputants refuses to accept the words of mediator, the mediator will not only “lose face” in front of the two disputants,

³ *Menkel-Meadow C.* Ethics Issues in Arbitration and Related Dispute Resolution Processes: What’s Happening and What’s Not // *University of Miami Law Review*. 2000, vol. 56, p. 949.

⁴ *Ibid.* P. 950.

⁵ *Nesheiwat F, Khasawneh A.* The 2012 Saudi Arbitration Law: A Comparative Examination of the Law and Its Effect on Arbitration in Saudi Arabia // *Santa Clara Journal of International Law*. 2015, no 3, p. 443.

but also in front of community and the state. The intention of mediation is to avoid the damage to empathy, sympathy, care, respect for others and modesty for self.

Wolaver describes that traces of arbitration could be found in ancient Greece and Rome⁶. While arbitration probably antedates all the former legal systems, it has not developed any code of substantive principles, but is, with very few exceptions, a matter of free decision, each case being viewed in the light of practical expediency and decided in accord with the ethical or economic norms of some particular group⁷.

In ancient Greece in the settlement of disputes between individuals the only concern of authority was the avoidance of disruptive friction between its subjects. The reciprocity principle didn't make peaceful resolution of conflicts. The use of mandatory reasoned arbitration is illustrated by Herodotus' report that the Persian Empire imposed arbitration procedures on the Ionian cities to settle their differences. Xenophon points out the case where Persians pushed the Armenians and Chaldeans to reach agreement about unused land and thus creating win-win situation. On the other case Xenophon point out that the cases of not voluntary exchange aren't just⁸.

The principle of arbitration could be found in Talmud in the book dealing with contracts, partnerships and found objects. Talmud in this book explains cases where portions established by will sum to more than total available. Talmud recognizes that different persons can have the rights that are equally valid but mutually inconsistent. To resolve such problem the principle of fairness should be used. And this can be done only through arbitration

In fact, arbitration that applies Shari'a as its foundation and governing law is endorsed in the Qur'an. Arbitration (or tahkim), often in the sense of an amiable compositeur, has played an integral role as a means of resolving disputes in pre-Islamic Arabia, and the role of arbitration was also acknowledged in all four schools of Islamic legal tradition and has continued to be of widespread use in the region thereafter, including in the earliest disputes between the Saudi Arabian government and foreign oil companies⁹.

Customary laws emerge spontaneously as a consequence of cooperation induced by reciprocities. Reciprocity, in fact, provides the basis for recognition of duty or obligation under customary law. Cooperation does not require collective (governmental) action. Furthermore, the rules of obligation recognized under all

⁶ In Heraldu's *Animadversiones* there is described a court of reconciliation that existed among the Greeks.

⁷ Wolaver E. *The Historical Background of Commercial Arbitration* // University of Pennsylvania Law Review and American Law Register. 1934, no 2, p. 132.

⁸ Lowry S. *The Economic and Jurisprudential Ideas of the Ancient Greeks: our =Heritage from Hellenic Thought. Ancient and Medieval Economic Ideas and Concepts of Social Justice*. S. Lowry and B. Gordon (eds.). Leiden: Brill, 1998, p. 11.

⁹ *Nesheiwat F., Khasawneh A.* Op. cit. P. 444.

the customary law systems that have existed have always focused on individual rights, including the right to private property¹⁰.

Medieval mercantile law was customary law enforced by the merchants themselves, and it was applied even-handedly to foreign merchants and domestic merchants alike.

Why would someone pay a fine or pay off any debt if the coercive power of the state did not exist to force payment? The answer is basically the same as for the question of why someone, particularly someone guilty of an offense, would submit to arbitration in the first place—ostracism and boycott sanctions would convince many to pay their debts¹¹.

It is very common to say that commercial arbitration had its beginning with the practices of the market and fair courts and in the merchant guilds. It is true the guild merchant had wide grants of power as to trade. They were monopolistic in character and, in many cases, the right to trade in a borough depended upon membership in a chartered guild. They took active part in the government of the town, though their chief function was the protection of merchant privileges, guarding not only the local guildsman's interest but also that of town traders who had sought the markets of other towns. The guild was a part of the borough government "whose duty was to maintain and regulate the trade monopoly"¹².

The suggestion that the guilds maintained boards of arbitration for the benefit of members is not borne out by the facts. Although the evidence is very meagre it is reasonably certain that the guild developed its own court to which members came not voluntarily but by order and summons. In cases involving debt and covenant they were, in many cases, courts of original jurisdiction¹³.

The practice of giving penal bonds to enforce engagements was very common. It was usually the practice to put the bond at a high figure as a means of insurance of performance. The validity of the bond depended on its seal and when the obligor revoked the arbitration authority, the bond became enforceable¹⁴.

Rolls of St. Ives (1110–1250) shows that mercantile court was indeed a state court. The St. Ives documents show that such coercive power—to enforce decisions, to collect damages, and to assess fines—was exercised routinely. Indeed, in the context of thirteenth-century legal theory, there could have been little dispute about such questions; these powers lay very clearly in the hand of the abbot of Ramsey. The court was part of the abbey's patrimony, which included the manor

¹⁰ *Benson B.* Enforcement of Private Property Rights in Primitive Societies // *Journal of Institutional and Theoretical Economics*. 1988. no 4, p. 772.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Wolaver E.* *Op. cit.* P. 133.

¹³ *Ibid.* P. 134.

¹⁴ *Ibid.*

of Slepe in which the village was located. The residents of St. Ives were largely of villain status and owed tenurial obligations to the abbey. The abbot therefore had direct, personal jurisdiction over the many residents of St. Ives who appear in the court rolls, and who came before the fair court as before the court of their lord¹⁵.

The executive authority of the abbot over the fair, so well established in theory, was also confirmed in practice. The officers of the fair court—the steward, the bailiffs, and the clerks—were appointed by the abbot or by his representatives. The court was held in the abbot's own administrative buildings, and the fines and amercements paid in the fair court went to the abbot's treasury¹⁶.

It was a feature of 13th century practice, however, that despite the development of juridical concepts, parties tended to refer disputes to arbitration under a multi-jurisdictional commission to act as arbiter, arbitrator and amicable compositor, suggesting that the distinctions under discussion were those which struck jurists as important than those which were necessarily relevant in practice. When a submission was made the parties would not necessary be sure or indeed care whether the resolution was achieved in the form of an arbitrium or a mere composition, and by deploying the widest form of commission they permitted the most appropriate form of disposal to be used in the light of the arbitration¹⁷.

Originally conceived as a means to resolve commercial disputes among merchants during the medieval period, arbitration thrived as the preferred dispute resolution mechanism in specialized, self-regulating communities. Merchants were interested in a system that would resolve disputes (1) quickly (so they could leave the fairs) and (2) in accordance with industry standards (to facilitate relationships among the parties). Thus, self-regulating communities, like merchants in the seventeenth and eighteenth centuries, adopted an arbitral system to resolve disputes. Traditional arbitration, unlike litigation, empowered these disputants to appoint a disinterested third party who was an expert in the industry to resolve the dispute in accordance with understood customary norms. The arbitral process, with its lack of formalism, provided the swift results the parties desired. Moreover, the arbitral system ensured finality, also essential to facilitating continuing relationships, by obtaining the parties' agreement to abide by the arbitrator's resolution of the claim¹⁸.

¹⁵ *Sachs S.* From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant' // *American University International Law Review*. 2006, no 5, p. 685.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Godfrey M.* Arbitration in the Ius Commune and Scots Law // *Roman Legal Tradition*. 2002, no 2, p. 122.

¹⁸ *Cole S.* Curbing the Runaway Arbitrator in Commercial Arbitration: Making Exceeding the Powers Count. 2015. Available at: // http://works.bepress.com/http://works.bepress.com/sarah_cole/2/ (accessed: 2.02.2016)

Interestingly, even if the parties had not agreed that the arbitrator's decision was final, judicial involvement would nevertheless have been unnecessary to ensure enforcement of most arbitration agreements or awards because both parties had an incentive to avoid self-serving behaviour. The amount in controversy tended to be relatively small, meaning that the value of the parties' ongoing relationship, as well as the reputational interest of each party within the industry, vastly outweighed the stakes at issue in any particular case. Thus, parties willingly abided by arbitration agreements and decisions in order to preserve their relationship and their respective reputations, and, accordingly, to protect their livelihoods¹⁹.

As we see from the history of arbitration the background of arbitration has changed through time. So today arbitration has almost nothing to do with the arbitration in medieval times. Even today the term arbitration as a dispute resolution, has totally diverse background in different countries. Present seeking of efficient and cheap way of dispute resolution has nothing to do with arbitration procedure. The answer is connected with:

- social position of organization under the auspices of it operates the arbitral court;

- relation of arbitral court to state organization (true NGO, quasi NGO or governmental organized NGO);

- relation of parties to arbitral court (internal or external arbitration).

Logic Behind Alternative Dispute Resolution

Before proceeding on logic behind alternative dispute resolution, one terminological question should be resolved. Term "alternative dispute resolution" is misleading and inappropriate. Not all mechanisms, enumerated by legal theory, are really alternative or really dispute resolution. Merriam Webster dictionary defines adjective alternative in three different meanings:

- offering or expressing a choice;

- not usual or traditional;

- existing or functioning outside of the established society²⁰.

Negotiations or even mediations could not fall within term alternative in none of above three meanings. Indeed, they represent a contractual obligation to settle disputes peacefully and amicably. So, mediation is one of the ways to settle dispute amicably before going to court or arbitral court. Both are traditional, usual and exist form history within the society. Problematic is also the word dispute. Webster dictionary defines verb dispute in three meanings:

¹⁹ Ibid.

²⁰ Webster M. Alternative. 2016. Available at: // <http://www.merriam-webster.com/dictionary/alternative> (accessed: 17.07.2016)

to say or show that (something) may not be true, correct, or legal;
to argue about (something);
to fight in order to take control of (something)²¹.

Real disputes have their roots in problems of contractual implementation. But could we really talk about dispute before the procedure of adjudication? Preadjudication procedure actions are targeted to resolve the problem of contractual implementation and to find new common solution. So technically speaking it's not a dispute, it's a contractual problem. Solving the problem means also the preparedness of both parties to discuss the contract as whole. On the other hand, dispute means orientation only on one problem. There is no preparedness of both parties to discuss the contract as whole. Thus it would be more appropriate to talk about non-adjudication conflict solving (NACS). The only case in which we could talk about alternative dispute resolution are arbitral and state courts. The choice for arbitral court excludes the state court and vice versa. As we'll see forward, different ways of problem/dispute solving/resolution have different background and thus require different approach.

Negotiations are the first mechanism listed on the list how to solve conflict. Even if they are the oldest way to resolve conflicts, law is almost tacit about them. "Negotiation" is derived from the Latin *neg* (not) and *otium* (leisure or ease). Hence, the word "negotiation" reflects the inherent tension—not leisure—within the activity²². Walton and McKersie suggested that negotiation denotes "...the deliberate interaction of two or more complex social units which are attempting to define or redefine the terms of their interdependence"²³. Winning in negotiations should not be defined in terms of defeating the other side, but rather in terms of achieving own objectives. Competition is part of negotiation, but so is cooperation. Negotiation involves both give and take. The other party in the negotiation is not one's adversary, but one's partner. Or it should be called counterpart²⁴. Conflicts escalate because of naive realism. Negotiations are taxing for participants in part because information is incomplete and uncertain, and a common strategy to reduce informational complexities is for people to act as naive realists: People assume that the world is as they perceive it; that other people view the world in that very same way²⁵. American negotiation theory highlights "interests" as a key component of negotiations. According to this theory, people negotiate to fulfil their

²¹ Ibid.

²² Cohen J. Adversaries? Partners? How about Counterparts? // *Conflict Resolution Quarterly*. 2003, no 4, p. 430.

²³ See for details: Walton R. and McKersie R. *A Behavioral Theory of Labor Negotiations*. Beverly Hills: Sage Publications, 1965.

²⁴ Cohen J. Op. cit. P. 431.

²⁵ De Dreu C. PACT against Conflict Escalation in Negotiation and Dispute Resolution // *Current Directions in Psychological Science*. 2005, no 3, p. 149.

interests. Getting to Yes, the classic American negotiation text, urges negotiators to “focus on interests, not positions.” Interests are commonly thought to include substantive, procedural, and psychological interests²⁶. Marc Galanter warns that naming negotiation as alternative dispute resolution is misleading because it implies that negotiation is infrequent, new, unproven, and marginal²⁷. He points out that negotiation is always a part of litigation. It’s a strategic pursuit of a settlement through mobilizing the court process — litigotiation²⁸. Condlin defines three processes within negotiation:

assessment — a negotiator identifies the principal meaning of an adversary’s communication, determines whether it accurately predicts what the adversary will do, and measures the importance the adversary attaches to the predicted behaviour. Call these the questions of meaning, trustworthiness, and valuation;

exchange — is the process of offer, concession, and, usually agreement. These manoeuvres occur in sequence, and collectively are referred to as the concession pattern. Exchange takes place within a bargaining range, a set of points located on a spectrum of overlap between the smallest amount one side will accept and the largest amount the other side will give before refusing to settle;

persuasion — is the process of convincing an adversary to view a matter in dispute favourably to oneself. It can take the form of threat, appeal, and argument. Threat is the prediction that one will harm another unless the other performs some specified action within his control. Appeal is the request that an adversary make a gratuitous concession and is similar to the practice in animals of going “belly-up” when faced with certain defeat by a more powerful enemy. Argument is the invocation and reasoned elaboration of authoritative norms-rules, policies, and principles-to support a negotiation position or to rebut an adversary’s position²⁹.

As we could see, the process of negotiation has little to do with legal norms and legal arguments. The whole negotiation process is more about parties’ interests, expectations and concessions’ limits. Legal norms post only the border for negotiations. Parties could not negotiate about cases that violate the cogent legal norms or it would be amoral.

Next mechanism in conflict solving is mediation. West’s Law Encyclopedia defines mediation as “A settlement of a dispute or controversy by setting up an independent person between two contending parties in order to aid them in the

²⁶ *Barkai J.* Cultural Dimension Interests, Dance of Negotiation, and Weather Forecasting: A Perspective on Cross-Cultural Negotiation and Dispute Resolution // *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. 2008, no 3, p. 403.

²⁷ *Galanter M.* Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process // *Journal of Legal Education*. 1984, no 2, p. 268.

²⁸ *Ibid.* P. 267.

²⁹ *Condlin R.* Cases on Both Sides: Patterns of Argument in Legal Dispute-Negotiation // *Maryland Law Review*. 1985, no 1, p. 65.

settlement of their disagreement³⁰. In International Law, mediation is the friendly interference of one state in the controversies of nations. It is recognized as a proper action to promote peace among nations.” Mediation derives from 14th century Medieval Latin word *mediationem* and means “a division in the middle,” noun of action from past participle stem of *mediare* “to halve; to be in the middle”³¹. Mediator is a person who has no socially legitimate authority to render a decision but his mandate is to settle a case. Mediation range between bargaining and therapy³². The process of mediation should be seen as extension of negotiations. Mediation and mediators help disputing parties to:

- open or improve communications between or among them;
- establish or build more respectful and productive working relationship;
- better identify, understand, and consider each other’s interests, and concerns;
- propose and implement more effective problem-solving or negotiation procedures;
- recognize or build mutually acceptable agreements³³.

Mediators are independent. They also commonly do not have predetermined, biased, or fixed opinions or views regard how the dispute should be resolved, but they are able to look at all parties’ issues, needs, interests, problems and relationships in a more objective, impartial, or “multipartial” manner than can participants themselves. It’s expected form mediator to be impartial and neutral person, although the neutrality is hard to define and to measure. Mediators has often the view of neutrality-as-impartiality. “Impartiality” is equivalent to the absence of feelings, values, or agendas; “bias” is to be avoided-it is a strong opinion, value, feeling, or agenda. The mediator’s goal is either to dismiss their opinions, values, feelings, and agendas or to separate them from the mediation process³⁴.

Mediation offers some clear advantages over adversary processing: it is cheaper, faster, and potentially more hospitable to unique solutions that take more fully into account nonmaterial interests of the disputants. It can educate the parties about each other’s needs and those of their community. Thus, it can help them learn to work together and to see that through cooperation both can make positive gains. One reason for these advantages is that mediation is less hemmed-in by rules of procedure or substantive law and certain assumptions that dominate the adversary process³⁵. In most mediations, the emphasis is not on determining rights or interests, or who is right and who is wrong, or who wins and who loses

³⁰ See: *West’s Encyclopedia of American Law*. 2nd ed. London: Gale Group, 2008. P. 505.

³¹ *Harper D.* (2001–2016). Online Etymology Dictionary. Available at: <http://www.etymonline.com/index.php?term=mediation> (accessed 16.07.2016).

³² *Silbey S., Merry S.* Mediator Settlement Strategies // *Law & Policy*, 1985, no 1, p. 7.

³³ See for details: *Moore C.* The Mediation Process. San Francisco: John Wiley and Sons, 2014.

³⁴ *Cobb S., Rifkin J.* Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation // *Law & Social Inquiry*. 1991, no 1, p. 35.

³⁵ *Riskin L.* Mediation and Lawyers // *Ohio State Law Journal*. 1982, no 1, p. 29.

because of which rule; these would control the typical adjudicatory proceeding. The focus, instead, is upon establishing a degree of harmony through a resolution that will work for these disputants. A danger inheres in this illegal character: individuals who are not aware of their legal position are not encouraged by the process to develop a rights-consciousness or to establish legal rights. Thus, the risk of dominance by the stronger or more knowledgeable party is great³⁶.

We can conclude that mediation follows more or less the same logic a negotiation. Goal is to solve conflict with the help of third person. Goal is to reach a new agreement, acceptable from both parties and thus overcome the existing conflict. Legal norms are pushed into background. Parties are seeking how to resolve conflict not how to legally protect their interests.

Arbitration is the last method of conflict resolution and also adjudication. It's a subject of different scholarly articles and books. In last years there is a strong movement for its promotion. To make arbitration efficient states are changing their laws and bylaws³⁷. Arbitration courts change their procedural codes towards simplified court procedures. Arbitral procedure wants to become cheaper, faster and more efficient than court procedure. Indeed, arbitration is seen as efficient version of privatized courts. In this changeable world the question about essence of arbitration should be posted again. What is arbitration? The word arbitration has roots in Latin *arbitrari* — “decided by one’s own discretion or judgment”. It should be made the distinction between the “arbitrator” deciding according to the law, and the “arbitrator” and “amicable compositor” deciding according to justice³⁸.

Parties created arbitration to resolve disputes effectively, efficiently and at a lower cost than they could achieve through litigation. While arbitration is similar to litigation in that a neutral third-party resolve the dispute, it differs in several important ways, including that the parties design the process and control (at least in theory) the issues and law the arbitrator can consider and the remedies she can order. In addition, in a typical arbitration, parties trade the right to challenge the substance of the decision-maker’s ruling in exchange for a fast and relatively final resolution of the issue. Narrow judicial review of arbitration awards made sense historically because parties wanted their disputes resolved according to norms and customs, rather than laws³⁹.

³⁶ Ibid. P. 30.

³⁷ Despite being a relatively recent chapter in arbitration, thus, less common than interim measures in the context of civil court proceedings, interim measures are becoming increasingly important in arbitration practice. Rules on emergency relief were aimed at responding to the parties’ demand to have the choice to avoid approaching State courts with interim relief requests before the formation of the arbitral tribunal.

³⁸ *Godfrey M.* Arbitration in the Ius Commune and Scots Law. Roman Legal Tradition, 2002, no 2, p. 122.

³⁹ *Cole S.* Op. cit. Available at: <http://works.bepress.com>: http://works.bepress.com/sarah_cole/2/ (accessed: 2.02.2016)

Moreover, modern commercial disputes might have purely commercial aspects, or purely legal aspects, or a combination of both. If legal questions are at issue, merchants would have an interest in obtaining expanded judicial review of arbitration awards because arbitrators are generally considered experts in particular industries but not in the law. In other words, merchants might want to increase the predictability of results where legal issues are central to the dispute while still taking advantage of some of arbitration's benefits, such as speed and efficiency⁴⁰.

Like other sellers, courts and arbitration institutions provide bundles of services to their customers — in this case, bundles of dispute resolution procedures to the parties in a dispute. Courts provide the default bundle, but parties can opt instead for arbitral procedural bundles that vary according to the applicable arbitration rules chosen by the parties. Scholars traditionally assume that sophisticated parties make a single choice between courts and arbitration based on the bundle of dispute resolution services that seem most appealing *ex ante*. As with the literature on bundling generally, however, legal scholars are increasingly focusing their attention on the unbundling of court and arbitral procedures — that is, the ability of parties to contract for *à la carte* or customized dispute resolution procedures in court and arbitration. Carve-outs and carve-ins are mechanisms by which parties choose between court and arbitral bundles of procedures on a claim-by-claim or remedy-by-remedy basis. By using carve-outs and carve-ins, parties can obtain a more carefully calibrated unbundling of procedure than an arbitration clause or forum-selection clause alone would provide, but at a much lower overall cost than the parties would incur by contracting for individual procedures. What often results is a sort of middle ground for bundling of procedural rules: parties choose among pre-set bundles of dispute resolution services, but unbundle the circumstances where any given dispute resolution bundle will be used⁴¹. Arbitration, in short, is a trade-off in which the parties agree to exchange the benefits and risks of dispute resolution under the formal law for the benefits and risks of dispute resolution in a less formal setting⁴².

International commercial arbitration, while sometimes cited as an example of private ordering, is in fact—a hybrid case—with important elements of public involvement supplementing the use of a private decision maker. International commercial arbitration, as distinguished from trade association arbitration, is nonspecialized arbitration between private parties involved in international commercial transactions. Parties to international arbitration agreements reject the option of having their dispute resolved under privately developed commercial rules, the so-

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Drahozal C., O'Hara O'Connor E. Inbundling Procedure: Carve-Outs From Arbitration Clauses // Florida Law Review. 2015, no. 5, p. 945.*

⁴² *Reuben R. First Options, Consent to Arbitration, and the Demise of Separability: Restoring Access to Justice for Contracts with Arbitration Provisions // SMUL Rev. 2003, no 56, p. 819.*

called new Law Merchant or *lex mercatoria*. Instead, they choose to have their dispute resolved under publicly created laws. Moreover, unlike parties in trade association arbitrations, parties in international commercial arbitrations often turn to the courts for aid in enforcing awards. Too often, international arbitration is grouped with trade association arbitration in ways that blur the important distinctions between the two⁴³.

Trade association arbitration is most likely to be used for transactions in simple goods, although less likely in international transactions involving greater distances than domestic transactions. International commercial arbitration is the more likely choice for international transactions, except in cases in which the applicable law is clear or emergency relief is likely to be needed. In such cases, parties are more likely to choose litigation in national courts⁴⁴.

We must distinguish two types of arbitration:

rights arbitration — refers to situations covered by pre-existing rules or customs. When a dispute has arisen because the rules are unclear, the arbitrator makes a judgement about the meaning of the rules, and in this way, decides the parties' rights;

interests arbitration — there are no pre-existing rules. Judgements are made on the parties' interests, i.e., the relative benefits each would receive⁴⁵.

In the case of rights arbitration the arbitrator must clarify the meaning of the rules or in some cases resolve a contradiction among prevailing rules. In the interest arbitration the decision will be based on a conception of fairness, or on the relative powers of the two sides in order to make a stable workable agreement. The interests arbitrator is a fast and safe substitute for the bargaining process⁴⁶.

Informality of arbitrage is a two-edged sword. Because arbitration permits parties to resolve their disputes without the constraints of law, it has the potential to be faster and less expensive than traditional litigation. It also offers the possibility of better decision making, as arbitration awards are generally made by persons whom the parties agree upon, often because of the arbitrator's sophistication in the subject matter of the dispute. Moreover, unfettered by rules of evidence or procedure, arbitral decisions can be based on whatever evidence the parties wish to put before the arbitrator, including industry customs and practices and other applicable but non-legal norms. However, the absence of legal standards can translate into gross substantive and procedural injustices, particularly when there are severe power imbalances between the parties, and the absence of substantive

⁴³ *Drahozal C.* Private Ordering and International Commercial Arbitration // Penn State University Law Review. 2009, no 4, p. 1032.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *O'Neill B.* A Problem of Rights Arbitration from the Talmud // Mathematical Social Sciences. 1982, no 2, p. 345.

⁴⁶ *Ibid.* P. 346.

judicial review worsens the situation by making capricious awards essentially uncorrectable. This problem is exacerbated by the fact that arbitrators, unlike judges, have economic incentives with respect to their caseloads that can affect their judgment in individual cases, making them perhaps more favourably disposed toward “repeat players” than “ones hotters.”⁴⁷

Access to arbitration should not be confused with “access to justice” more generally. Adopting arbitration as the final forum is consensual and a party has the choice whether or not to agree to this form of dispute resolution. If cost pressure is a concern for a party then it should be taken into account before an agreement to arbitrate is made. Of course, the cost of pursuing a dispute and the potential for an adverse costs award is likely to be as much a concern in relation to those contemplating litigation as it is for arbitration⁴⁸.

Goals and Interests in ADR

As seen from the presented historical development non-judicial dispute resolution was chosen by the parties due to different reasons and local markets demands. Nevertheless, each historical period and each local market custom and demand contribute a small stone to a mosaic of 20th century arbitral procedures and courts. Changes in local chambers of commerce (transition from mandatory to voluntary membership, no formal control of local market...), globalization of commerce (no need form import-export companies, expanding number of subjects in international trade...), modern banking systems (enabling fast money transfer) and abolition of trade barriers place in front of dispute resolution new challenges.

Contrary to the present stand, medieval merchant courts were far away from the modern perception of arbitral court. They were a part of borough authority. Notwithstanding this fact they introduced some key principles of ADR.

Firstly, they promote customary law and not the state (city) law. The introduction of *Lex Mercatoria* set the solid foundation for the medieval “international” trade. Because it was a general customary law, it was accepted from all the merchants and also understood by all merchants. Malynes wrote: “Every man know eth, that for Manners and Prescriptions, there is a great diversity amongst all Nations: but for the customs observed in the course of traffic and commerce, there is that sympathy, concordance, and agreement, which may be said to be of like condition to all People, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually. And these Customs are properly those observations which Merchants maintain between themselves, and if these be separated from the Law

⁴⁷ *Reuben R.* Op. cit. P. 820.

⁴⁸ *Williams D., Walton J.* Costs and Access to International Arbitration // Journal of the Chartered Institute of Arbitrator. 2014, no 4, p. 432.

of Nations, the remainder of said Law will consist of but few points.” The 19th Century brought modern civil codifications (French Code Civil 1804, Austrian Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, ABGB 1811, Montenegrin Opšti imovinski zakonik in 1888 and German Bürgerliches Gesetzbuch in 1900) that accepted also some customs used in everyday life. Nevertheless, the trade customs were part of commercial life till the 1980’s. Process of industrial globalisation and international trade expansion (with more and more complex contracts) caused the wane of trade customs and also the position of arbitration courts. If earlier that courts were a successors of merchant courts and interpreters of customary law, after 1980’s became as an alternative to state courts. On the other hand, also the state courts, to the virtue of modern civil codes, gain the authority to judge on the basis of customary law (if the parties of contract include customary law as governing law) Mentioned change destroyed the key concept of customary law — the concept of full autonomy and expression of self-regulation⁴⁹. Thus in present life most of agreements in international trade are governed by state laws and not by customs.

Second, even though the medieval merchant courts in UK (but not in other continental Europe city states) were a part of borough’s governing authority, they promote the basic principle — essence over procedure. There were some procedural rules, but all it was in the hand of arbiter⁵⁰. Merchants brought disputes to arbiters mainly for time and financial reasons⁵¹. Procedural rules were always connected to time consuming and also to the lawyers⁵². Thus merchants used this way of dispute resolution to resolve disputes arising from the day to day trade. They were questions about fulfilment of rights and obligations under customary law. Contrary to state regulations, customary law is more open to interpretation. Rules aren’t so exact — they mostly deal with principles (ethical and moral). Main part of decision procedure was also interpreting basic trade principles. Using arbitration, merchants got a quick decision (and thus possibility to move to a fair in another city) not damaging further trade relations. Main interest of the parties was achieving the execution of business relation and not avoiding the proper obligations. We can see the use of arbiters for both type of arbitrage: rights and interests. Due to the openness of customary law the same rule could be used for long time — only the interpretation was changed through time. The use of customary rule could be

⁴⁹ It’s a kind of paradox. The 1980’s and 1990’s brought a policy of wide self-regulation in different fields of human activities (e.g. IT, medicine...). On the other hand, national and international chambers of commerce and “classic industry” moved out of self-regulation.

⁵⁰ See Koturljević B. *Della mercatura et del mercante perfetto*. Dubrovnik, 1458.

⁵¹ Ibid.

⁵² Koturljević in the chapter »O mijestu primjernem za trgovca (About the right place for the merchant) « wrote: “...in the towns that commerce is ruled by Justinian Law (*i.e. state law*) there are also lawyers. And as it is known the lawyers are the main enemy of merchant’s sack...”

widened or narrowed — depending of the time and space component. Over all the customary law was sc. divine law — equal justice and fairness⁵³.

Third, aim of medieval merchant courts was also to gain execution of award. The same goal was pursued also in the medieval systems of arbiters in Mediterranean area. Although the problem of non-execution is not an invention of modern society⁵⁴. This goal was achieved through two mechanisms:

fear of place-ostracism and boycott sanctions;

penal bonds, set in case for non-execution of merchant court's award.

First mechanism worked efficiently because of trade monopolies (so the borough market authorities decided about accession to local market) and small number of merchants (they were personally known). We found no historical data about the execution of penal bonds. But, considering the descriptions of life of medieval merchant in Kotruljević's work, most merchants were life dependent from daily trade. So, execution of the award was necessary for merchant to gain the daily payments and moving to other fair location⁵⁵.

Fourth, there was no clear distinction between arbitration and non-arbitration procedure. In Kotruljević's work in the chapter "About the merchant's personality" we could find the guidance about setting possible disputes amicably⁵⁶. So arbiter main goal was to find a solution acceptable for both parties. This could be reached through various mechanisms — from counselling, through a way of mediation to final adjudication. It was up to arbiter to choose the right "tool" to settle the dispute. Merchants choose arbiter because of his ability and knowledge how find the solution for the dispute. It was not important whether the settlement was reached on the basis of "wise man's advice" or on adjudication. We can't ignore the fact that even in that time the arbiter was chosen when the parties were unable to settle their dispute among themselves. As we can see from the China case, the wise arbiter plays many roles with one goal — to effectively resolve the conflict. Main goal though was not to find the solution itself but to overcome relation's conflict among the parties. We could see this approach in interest arbitration or in the cases that different persons can have the rights that are equally valid but mutually inconsistent

And last but not least, as we see it from historical development described at the beginning of this submission, the parties had chosen arbiter because of his professional and moral authority. Both authorities were part of arbiter's day-to-day life. Professional authority was gained through his professional activity. It showed

⁵³ Malynes talks about common sense and justice. He points out that state law is in some cases unjust. So, the *Lex Mercatoria* allow to find the solutions that are just and in accordance with divine law.

⁵⁴ The fact is that non-execution was also a big problem for medieval merchants. Benedikt Kotruljević wrote a special chapter titled "On execution".

⁵⁵ *Kotruljević B. Op. cit.*

⁵⁶ Due to the preservation of merchant's good reputation.

his capability to work in certain professional field and that his capability was respected and recognized by other professionals from the same profession. Such capability was not limited to good professional work but also to his attitude to the work done and towards others in the same profession. From today's standing we could talk about extraordinary, leading professional. Dealing with moral authority of arbiter is a bit trickier. Starting from Koturljević's work the moral aspect of merchant's personality was wider as we take into consideration today. Merchant's moral value was factor of different life relations:

merchant's personal relation to the product or service;

merchant's personal relation to other traders;

merchant's personal relation towards apprentice;

merchant's personal relation towards his family (and education of his family members);

merchant's personal relation towards his life.

So, the moral authority was a result of whole plethora of merchant's past and present relations seen in outside world or whispered in outside world. On the other hand the moral authority of merchant-arbiter was built on successful cases. Successful cases showed that parties respect and executes the given solution not only on the ground of professional reputation but also on the ground of moral reputation. If the arbiter was known as fair, impartial and righteous (that is a part of moral quality), then the parties didn't have ground to attack the given solution without reasonable professional arguments. And this is also the main logic behind arbitration. It's the decision of the parties to submit their dispute (or rather problem) to someone else's decision (or judgement). The parties didn't expect the legal solution (that was part of state courts system), rather they expected the professional working solution for their conflict. That was also the reason why in such procedures there were no lawyers. In this way arbiters could be creative and innovative to find the solutions that fit to each specific relation and thus neglected a possible intention to solve similar problems in similar way.

Today's Trends and Possible Solutions

International trade's demands (esp. speed of international trade) posts in front of its actor's new questions and challenges. Many old solutions were abandoned as archaic and improper for present time. Most "new age trade economists" have tried to persuade that new economic relations are different from old relations. If we read the work of Koutrljjević we can see that in trade nothing has really changed. The logic of trade remained the same. The main ideas of merchant's role in market are still the same. The problem of non-execution of contractual obligations is still the same. The system of accountability remained the same (as the tool for the merchant to see whether he produces loses or profits). The only two things that have

changed were speed and terminology. But the logic and intention is still the same as it was 1000 years ago.

Non-judiciary dispute resolution has been also a part of a whirl of mentioned changes. Invention of sc. alternative dispute resolution, recognizing arbitral awards as execution title, importing elements of civil procedure in arbitral procedures (remuneration of costs, extraordinary measures, court experts,...) shows us that that industry and commerce is trying to find a fast, not expensive and efficient system of dispute resolution. The main idea was to find an alternative to judicial system that was overloaded with time and money consuming protection of parties' rights within the civil procedure. On the other hand, such ideas were also the reflection of 1990's perception that state economy and state organizations are expensive, inefficient and also corrupted. So, the alternative dispute resolution was seen also as a project of privatization of state court system. And the proponents of such system had had all the arguments in their hand (civil procedure was costly, time consuming and — due to increase of court cases in many countries — a lot of cases were ended without judgement due the time reason).

The current legal framework for international arbitration was initiated by the Geneva Protocol in 1923 and Geneva Convention in 1927 and culminated in the signing of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in 1958 ("New York Convention"), the promulgation of the UNCITRAL Arbitration Rules in 1976, the adoption of the UNCITRAL Model Law in 1985 and the enactment of "modern" arbitration statutes in many developed jurisdictions from 1980 to the present day⁵⁷.

The shiny era of international trade arbitration was ended in 2nd decade of 21st century. The international corporate community has become somewhat disenchanted with that particular mechanism because of concerns about rising costs, delays, and procedural formality⁵⁸. As a result, parties are looking for other means of resolving international commercial disputes. So, the arbitration has lost the advantages that had attracted actors in international trade. Thus, mediation and conciliation was offered as an alternative to arbitration procedure. So, the industry is searching the way back to the roots of non-adjudication and mainly informal procedures. On the other hand, arbitral courts all over the world seek how to regain the past glory of arbitration and how to get clients (and their money) back under the veil of trade associations. This process is now two folded:

arbitral procedures are really becoming the alternative court procedures (only main difference — clients can choose judges and there is only one instance);

⁵⁷ *Born G., Wendy M.* Global Trends in International Arbitration. 2006. Available at: <http://www.americanlawyer.com> (accessed: 26.08.2016)

⁵⁸ *Strong S.* Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation // *Washington University Journal of Law and Polity.* 2014, no 4, pp. 11–39.

promotion of institutional mediation and conciliation procedures within trade associations.

So the Western civilization stubbornly persists on the difference between arbitration, mediation, conciliation and other forms of out-of-court dispute resolution. And thus the western legal theory in this field produced the artificial nonsense — formal regulation of traditionally informal procedures. And mentioned nonsense had destroyed and will destroy the historically efficient mechanisms of out-of-court dispute resolution. Developments and final results in international trade dispute resolutions brought out the never ending legal dilemma of domestic law: is procedure the slave of material law or is material law the slave of procedure? We could advocate that on individual trader there is a wish to use procedural rules to abide the execution of obligation. But on international level the demand of capital returns the main principle is still “*pacta sunt servanda.*” Without that principle international trade would be dead. Main players in international trade are aware of that fact and thus reverting from arbitral procedures to other less formal and more efficient procedures.

What could we do helping the international trade to find the lost treasure?

First, we should distinguish among adjudication and non-adjudication types of dispute resolution. Both types serve to the same purpose — resolution of conflict among parties. We should bear in mind that under the rules of FIDIC there is arbitral procedure that is quasi-adjudicative. Party who is not satisfied with the result of arbitration can still begin the court procedure. We could say that the basic distinction among both types of resolution is the content of decision. In adjudication procedures we are resolving disputes. In non-adjudication procedures we are resolving conflicts. Someone would argue that there is no difference between dispute and conflict. If we look to Merriam-Webster dictionary we could see the difference:

dispute — to say or show that (something) may not be true, correct, or legal;

to argue about (something); to fight in order to take control of (something);

conflict — a struggle for power, property, etc.; strong disagreement between people, groups, etc., that results in often angry argument; a difference that prevents agreement: disagreement between ideas, feelings, etc.

The main difference is that in dispute there is a “battle line” and in conflict such “battle line” doesn’t exist. So, the conflict resolving approach has more chances to bring the acceptable solution. The conflict approach allows accepting the compromise; the dispute approach allows only to accept one party’s stand and thus leaving the other party disgruntled (and provoking new conflicts). Solution is that to the industry should be offered non-adjudication procedure as a part of conflict resolution. More activity should be done on informing the actors in industry how to deal with conflict instead how to deal with disputes. Or better, how to prevent that conflict arises in dispute.

Second, the distinction among different types of conflict solution should be abolished. The main goal should be the elimination of conflict. So, it's on chosen arbiter (in the wider sense) what approach will chose. Nevertheless, the parties should still have the emergency exit in adjudication procedure in case that conflict resolution process would fail or not end in preferred way. With such exit parties would more willingly participate to find new solution for given conflict. On the other hand, such approach demands the development of two different types of arbitral courts:

- with recognized adjudication procedures and recognized arbitral awards;
- without adjudication procedures and arbitral awards recognized only after undersigning by both parties.

We could say that such solution will bring back the real distinction among private way of conflict resolution and official dispute resolution (which could be also private).

Third, formal procedures should be abolished and/or put in the hand of parties and arbiters. In this way the procedures would be faster and low cost again. As said, the main goal is elimination of conflict and not the lawyers' show.

Fourth, the prevention of conflict of interests for arbiters should be widely accepted. The policy of conflict of interests' prevention is warranty for equal treatment of both parties. In modern world the professional and moral authority could be always questioned. The parties chose the arbiter. With the selection of arbiter parties accept also his/hers professional and moral quality. In such system prevention of conflict of interests assures the equal and just treatment of both parties.

And last but not least — the efficient system for execution of reached deals should be introduced. As we have learned from the past, the fear from ostracism and boycott was the main factor that merchants were willing to execute arbitral awards. If we look to system of e-bay or Alibaba the same principle is valid also today. Buyers are more willing to trade with the seller with more positive responses or higher trusted rate. So, the sellers (and buyers) are trying to be fair and to gain higher grade. Higher grade and positive responses means also more business in the future. Such system could be accepted also in the field of non-adjudication way of conflicts" resolving. The following system could be introduced. The parties with the choice of arbiter would also undersign the agreement that in the case of non-execution of closed deal (within non-adjudication procedure) such case and names of the parties would be published on the public black list run by trade associations. The parties would be obliged to inform the arbiter about execution of accepted solution within three months after the successful ending of non-adjudication procedure. If there is case of non-execution, the arbiter is obliged to inform the trade association about such fact.



References

- Barkai J. (2008) Cultural Dimension Interests, Dance of Negotiation, and Weather Forecasting: A Perspective on Cross-Cultural Negotiation and Dispute Resolution. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, no 3, pp. 403–448.
- Born G. & Wendy M. (2006) *Global Trends in International Arbitration*. Available at: <http://www.americanlawyer.com> (accessed: 26.08.2016)
- Cole S. (2015) *Curbing the Runaway Arbitrator in Commercial Arbitration: Making Exceeding the Powers Count*. Available at: <http://works.bepress.com>: http://works.bepress.com/sarah_cole/2/ (accessed: 2.02.2016)
- Drahozal C. (2009) Private Ordering and International Commercial Arbitration. *Penn State University Law Review*, no 4, pp. 1032–1050.
- Drahozal C. & O'Hara O'Connor E. (2015) Unbundling Procedure: Carve-Outs From Arbitration Clauses. *Florida Law Review*, no 5, pp. 1945–2006.
- Galanter M. (1984) Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process. *Journal of Legal Education*, no 2, pp. 268–276.
- Ghibrazde N. (2015) Preclusion of Remedies Under Article 16(3) of the UNCITRAL Model Law. *Pace Int'l Law Review*, no 1, pp. 347–396.
- Godfrey M. (2004) Arbitration in the *Ius Commune* and Scots Law. *Roman Legal Tradition*, no 2, pp. 122–135.
- Harper D. (2016). *Online Etymology Dictionary*. Available at: <http://www.etymonline.com/index.php?term=mediation> (accessed: 16.07.2016)
- Lowry S. (1998). The Economic and Jurisprudential Ideas of the Ancient Greeks: Our Heritage from Hellenic Thought. T. Lowry & B. Gordon (eds.). *Ancient and Medieval Economic Ideas and Concepts of Social Justice*. Leiden: Brill, pp. 11–37.
- Moore C. (2014). *The Mediation Process*. 4th ed. San Francisco: John Wiley and Sons. 590 p.
- Petros F. (2009). Underlying Distinctions between ADR, "Shimglina" and Arbitration. *Mizan Law Review*, no 1, pp. 105–133.
- Silbey S. & Merry S. (1985). Mediator Settlement Strategies. *Law & Policy*, no 1, pp. 7–32.
- Strong S. (2014). Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation. *Washington University Journal of Law and Polity*, no 4, pp. 11–39.
- Williams D. & Walton J. (2014). Costs and Access to International Arbitration. *Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, no 4, pp. 432–442.

Проблема конфликта налоговой квалификации и ее решение на основе Модельной налоговой конвенции ООН



Д.Э. Дамиров

докторант института экономического и налогового права при Кильском университете им. Кристиана Альбрехта, магистр экономического права. Адрес: 24118, Германия, Киль, Лейбништрассе, 6. E-mail: j.damirow@gmail.com



Аннотация

Трансграничная экономическая активность субъектов налогового права, ставшая возможной в эру глобализации, несмотря на свое в целом позитивное влияние на экономику как развивающихся, так и развитых стран, способствовала возникновению новых вызовов в отрасли международного налогового права. В связи с этим дилемма двойного неналогообложения, зиждущаяся на факте негативного конфликта налоговой квалификации, стала одной из главных проблем современного налогового права на международном уровне. Борьба против подобного рода незаконных налоговых льгот ведется странами как на локальном уровне, посредством введения пунктуальных норм, регулирующих данные случаи, так и на универсальном уровне при посредничестве таких организаций, как Организация экономического сотрудничества и развития и Организация Объединенных Наций. Основными инструментами данной борьбы на субнациональном уровне являются соглашения об избежании двойного налогообложения. Несмотря на количественное превосходство заключенных под эгидой Модельной налоговой конвенции ОЭСР подобного рода соглашений, немалое значение для развивающихся стран имеет также аналогичная Модельная конвенция, разработанная ООН. В статье рассматриваются теоретические и практические аспекты конфликта налоговой квалификации, равно как и методика борьбы против указанного налогового феномена в Модельной налоговой конвенции ООН в отношении развивающихся стран. Исследование нацелено на анализ норм, направленных на пресечение конфликта налоговой квалификации. Для детального ознакомления с особенностями вышеупомянутой Конвенции в статье произведен краткий исторический экскурс развития Модельной налоговой конвенции ООН, равно как основных методов регулирования проблемы двойного налогообложения. В целях более детального изучения защитных механизмов против конфликта квалификации проведен сравнительный анализ предыдущих и нынешних положений Конвенции, касающихся данного налогового феномена. В заключительной части статьи, исходя из перспектив развивающихся стран, дана правовая оценка нынешних положений Конвенции в отношении затрагиваемых вопросов.



Ключевые слова

налоговое право, двойное неналогообложение, Модельная конвенция, конфликт налоговой квалификации, ОЭСР, ООН, метод освобождения, метод зачета.

Библиографическое описание: Дамиров Д. Э. Проблема конфликта налоговой квалификации и ее решение на основе Модельной налоговой конвенции ООН // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 3. С. 234–252.

JEL: K34; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.234.252

Введение

Проблема конфликта квалификации доходов субъектов налогового права с давних времен является трудноразрешимой дилеммой для налоговых органов большинства развитых и развивающихся стран. Особую актуальность сей налоговый казус приобрел в период глобализации, когда ввиду активной межграницной деятельности транснациональных корпораций, когда классическая схема процесса налогообложения из формы «Налогоплательщик — Государство А» сменилась на схему «Государство А — Налогоплательщик — Государство Б». Переход к вышеописанной схеме ознаменовал не только начало масштабной эпохи развития международного налогового права как самостоятельной отрасли права, но и зарождение новых, доселе не изученных видов уклонения от уплаты налогов.

Одним из видов подобного рода уклонений является так называемое двойное неналогообложение (или же *антиналогообложение*)¹, в рамках которого доходы субъекта налоговых правоотношений от его коммерческой деятельности не подпадают под действие налоговых норм ни одного из государств, в котором он осуществляет свою фактическую деятельность². Возникновение подобных случаев неналогообложения возможно как ввиду надлежащего (*proper use*), так и в результате ненадлежащего (*improper use*) использования положений, вытекающих из межгосударственных налоговых соглашений³. Нередки также случаи использования недобросовестными налогоплательщиками и внутренних законодательных пробелов обоих

¹ Гидирим В. Применение Венской конвенции о праве международных договоров для толкования налоговых соглашений // *Налоги*. 2015. Вып. 4. С. 24–31; Глотова И. Методы борьбы с налоговыми неплательщиками устарели // *Российская газета*. 29.09.2013.

² См. об этом: *Kahlenberg C. Prevention of Double Non-Taxation: An Analysis of Cross-Border Financing from a German Perspective* // *Intertax*. 2015. Vol. 43. Issue 3. P. 218–244.

³ *Scapa A., Lars A. Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention* // *Intertax*. 2005. Vol. 33. Issue 6/7. P. 266–285.

государств, зиждущихся на отсутствии должной централизованной гармонизации налоговых норм⁴. Как следствие, оба государства терпят значительные налоговые убытки⁵, а сами налогоплательщики приобретают налоговые льготы без каких-либо законных оснований. Таким образом, вышеупомянутый налоговый феномен приобретает явно выраженную негативную⁶ окраску и представляет собой отрицательное для любого из договаривающихся стран правовое явление.

Проблема конфликта квалификаций в современном налоговом праве

Одной из методик достижения подобного рода незаконной налоговой привилегии является метод конфликта квалификаций. Суть данной методики заключается в использовании пробелов и различий в налоговой оценке тех или иных доходов⁷ в налоговых законодательствах ряда стран⁸, в которых осуществляется фактическая деятельность налогоплательщиков, равно как буквальная трактовка соглашений об избежании двойного налогообложения между данными странами в целях максимально возможной минимизации⁹

⁴ *Bispo R.M.* Cross-Border Intra-Group Hybrid Finance / A Comparative Analysis of the Legal Approach Adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States // *Bulletin for International Taxation*. 2013. Issue 7. P. 364; *Nouwen M.* European Union/International — The Gathering Momentum of International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax Competition: The State of Play of Recent Work of the OECD and European Union // *European Taxation*. 2013. Issue 10. P. 492; *Essers P.* International Tax Justice between Machiavelli and Habermas // *Bulletin for International Taxation*. 2014. Issue 2. P. 62.

⁵ В своем большинстве проблема двойного неналогообложения характерна при дифференциальной оценке различных видов **прямых** налогов, ибо подавляющее большинство методов уклонения от налогообложения на международном уровне зиждется на межгосударственных налоговых соглашениях в отношении налогов на **доходы и имущество**. В отечественной литературе, однако, был выдвинут тезис о теоретической возможности двойного неналогообложения при применении косвенных налогов, см.: *Черепанов С.* Система объектов обложения косвенными налогами (сравнительно-правовой анализ на примере законодательства Российской Федерации, Республики Казахстан, Республики Беларусь): автореф. дис.... к. э. н. Екатеринбург, 2010. 26 с.

⁶ Д. Винницкий использует для описания данного правового казуса формулировку «нежелательные ситуации». См.: *Винницкий Д.* Основные функции международного налогового права // *Российский ежегодник международного налогового права*. 2009. Вып. 19. С. 12–29.

⁷ *Vogel K.* Double Tax Treaties and Their Interpretation // *International Tax & Business*. 1986. Issue 1. P. 59. Под доходами в данном контексте подразумевается прибыль, подпадающая под налогообложение **прямыми** налогами. Так, с точки зрения налогового права ЕС, возникший на основе **косвенного** налогообложения конфликт квалификации не может быть расценен как метод уклонения от налогов. См.: *Royal Bank of Scotland Group v. Deutschland*. ECJ 22. 12. 2010. C-277/09.

⁸ *Jacobs O.* Internationale Unternehmensbesteuerung. Munich, 2016. P. 1271.

⁹ *Tillmanns B.* Beseitigung der Doppelbesteuerung durch Staatsverträge / Mössner J. Steuerrecht international tätiger Unternehmen. Cologne, 2005. S. 401.

налогового бремени¹⁰. Зарубежными, в частности, западноевропейскими специалистами выдвинут тезис, что конфликт налоговой квалификации сходен с проблемой «скрытой коллизии» в международном частном праве и является его аналогом в сфере международного налогового права¹¹. При этом влияние конфликта квалификаций на конечное налогообложение двояко: при так называемом позитивном конфликте квалификаций налогоплательщик подпадает под налоговое бремя обоих государств¹²; при негативном конфликте квалификаций налогоплательщик избегает налогообложения своих доходов¹³.

Пример 1

Налогоплательщик А, обладающий гражданством государства Х, является держателем 30% пая полного товарищества в государстве Y. К концу календарного года в связи с ухудшением финансовых показателей данного товарищества А решает продать принадлежащий ему пай своим партнерам. Если государство Y, в котором находится непосредственно само товарищество, оценивает данную корпоративную единицу транспарентно (не как юридическое лицо), а государство Х, напротив, в качестве субъекта корпоративного права, то доход от продажи пая данного товарищества в государстве Х будет оценен как доход от отчуждения имущества, а в государстве Y, наоборот, данная сумма будет учтена в качестве дохода товарищества, создавая дополнительную налоговую нагрузку его участникам. Таким образом, создается ситуация двойного налогообложения.

Пример 2

Налогоплательщик А, обладающий гражданством государства Х, является держателем 30% пая полного товарищества в государстве Y. Данное товарищество специализируется на оптовой закупке стальных газовых труб у местных поставщиков с целью извлечения прибыли при их повторной розничной перепродаже. А выделяет кредит товариществу, которое обязуется ежемесячно выплачивать ему заранее определенную сумму с процентами. В данном случае государство Y, в котором находится товарище-

¹⁰ Burwitz G. Neuere Entwicklungen im Steuerrecht // Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht. 2017. S. 173.

¹¹ *Bartin E.* De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des Conflits des Lois // .Journal du droit international privé. 1897. P. 225, 466, 720; *Kahn F.* Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts, in: Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Berlin, 1891. Vol. 30. S. 107–143; *Arendt W.* Zum Qualifikationsproblem im deutschen internationalen Steuerrecht // Steuer und Wirtschaft. 1959. Vol. 38. S. 381; *Vogel K.* Aktuelle Fragen bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen // Der Betriebsberater. 1978. S. 1021.

¹² *van Weeghel S.* The Improper Use of Tax Treaties. Alphen aan den Rijn. 1998. P. 158–160.

¹³ *Vogel K.* Double Tax Treaties and Their Interpretation... P. 6.

ство, квалифицирует подобного рода выплаты на основе ст. 11 Модельной конвенцией ОЭСР в отношении налогов на доход и капитал¹⁴ в качестве доходов от процентов и дает право налогообложения государству X. В свою очередь, государство X квалифицирует данный доход как прибыль от предпринимательской деятельности на основе ст. 7 Модельной конвенцией ОЭСР и передает право налогообложения обратно государству Y. В итоге оба государства фактически отказываются от налогообложения, так что налогоплательщик не платит налогов ни в первом, ни во втором государствах.

Как видно, при любом из видов конфликта квалификаций конечное налогообложение затрагивает одного и того же налогового субъекта¹⁵. Исходя из описанных выше примеров становится ясно, что для государств наиболее опасны именно негативные конфликты квалификаций. Наряду с этим на практике часто встречаются ситуации асимметричной оценки юридической формы предприятий¹⁶. Возникновение подобного рода базирующихся на различиях корпоративного законодательства договаривающихся стран казусов также чревато налоговыми конфликтами квалификации.

Пример 3

Налогоплательщик А, являющийся зарегистрированным в стране X товариществом на вере, осуществляет свою коммерческую деятельность целиком и полностью в стране Y. При этом страна Y оценивает данное товарищество с точки зрения корпоративного права в качестве юридического лица, в то время как страна X не причисляет данное товарищество к оным. Как следствие, страна Y расценивает доходы данного налогового субъекта в качестве объекта корпоративного налогообложения, тогда как страна X и впредь расценивает доходы товарищества на вере в качестве объекта подоходного налога для каждого из участников данного товарищества. В данном случае если корпоративная налоговая ставка в стране Y значительно ниже ставки подоходного налога в стране X, то налоговый субъект приобретает экономическую выгоду, которая возникает вследствие отсутствия в межгосударственных налоговых соглашениях нормы, регулирующей такие налоговые случаи.

¹⁴ OECD Model Tax Convention. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm> (дата обращения: 10.06.2018)

¹⁵ Kleist D. Methods for elimination of double taxation under double tax treaties — with particular reference to the application of double tax treaties in Sweden. Uppsala, 2012. P. 126; Flick H. Das Erfordernis der Subjektidentität bei Doppelbesteuerungsnormen // Steuer und Wirtschaft. 1960. Vol. 37. S. 329.

¹⁶ Heerdt T. Steuersubjektqualifikationskonflikte bei Einbringung in eine Kapitalgesellschaft // Internationales Steuerrechts. 2012. S. 866; Hannes B. Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht. Hamburg, 1992. S. 163–164; Burmester G., Endres D. Festschrift für Helmut Debatin zum 70. Geburtstag. Munich, 1977. S. 55–56.

Наконец, нередки конфликты налоговых квалификаций ввиду неопределенности гражданства того или иного лица¹⁷ (в частности, при налогообложении апатридов), равно как и вследствие наличия нескольких фактических мест осуществления деятельности юридического лица¹⁸. Пресечение подобного рода незаконных методов налогового обогащения является приоритетной задачей¹⁹ не только для ОЭСР, которая в последние годы является безусловным лидером в разработке новых защитных налоговых механизмов, но и для ООН, невольно оставшейся в тени своего маститого коллеги.

Разрешение конфликта квалификаций посредством Модельной налоговой конвенции ООН об избежании двойного налогообложения

История Модельной конвенции Организации Объединенных Наций об избежании двойного налогообложения

История Модельной конвенции ООН берет начало в 1980 году, когда в целях всесторонней защиты налоговых интересов развивающихся стран Комитет экспертов по вопросам международного налогового сотрудничества ООН разработал Модельную конвенцию об избежании двойного налогообложения между развивающимися и развитыми странами. С практической точки зрения актуальность Модельной конвенции ООН была обоснована несколькими факторами. Все эти факторы зиждились на экономических интересах развивающихся стран, которыми они ввиду политических и социальных причин не могли пожертвовать для достижения налогового компромисса с финансовыми органами развитых стран.

Первой и наиболее существенной причиной, способствовавшей разработке Модельной конвенции ООН, являлось нежелание отказа развивающихся стран от обложения мировых доходов налогоплательщиков²⁰. Ко второму

¹⁷ Hannes B. Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht. Hamburg. 1992. S. 141–142.

¹⁸ Strunk G., Kaminski B., Köhler S. Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungs-abkommen. Bonn, 2015. S. 61.

¹⁹ Мачехин В., Устюгова А. О понятии «двойное неналогообложение» // Налоги и налогообложение. 2017. № 1. Р. 139–143.

²⁰ Договаривающаяся страна, гражданство которой имеет налоговый резидент, обладает правом налогообложения не только локальных доходов, но и всех остальных доходов данного лица, сгенерированных за пределами данной страны. В западной литературе данный феномен именуется в качестве принципа мировых доходов: «*Welteinkommensprinzip*» в немецком праве (Kippenberg J. Das Welteinkommensprinzip und die ersten DBA // Internationales Steuerrecht. 2017. S. 952), «*worldwide taxation principle*» в американском праве (Fleming C., Peroni R., Shay E. Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income // Florida Tax Review. 2001. Issue 4. P. 349–350).

существенному фактору можно отнести намерение фискальных органов развивающихся стран получать максимально возможную налоговую выгоду от доходов налоговых нерезидентов на их территории. И, наконец, перед развивающимися странами особняком стоял вопрос выработки методик привлечения иностранного капитала, равно как и увеличение инвестиционной привлекательности посредством налоговых инструментов. Указанные проблемные пункты на практике приводили к ситуациям тотального игнорирования норм Модельной конвенции ОЭСР, когда законодательными органами развивающихся стран принимались законы, обходящие правила Модельной конвенции. Данный процесс, характерный для стран, придерживающихся теории трансформации²¹ в отношении межгосударственных правовых актов²², широко известен под названием «Treaty-Override»²³ и несет в себе элементы, негативные для развития сотрудничества в сфере международного налогового права.

Таким образом, ввиду отсутствия возможности решения вышеперечисленных задач классическими методами и инструментами ОЭСР возникла необходимость в разработке нового альтернативного документа. Именно таким документом стала Модельная конвенция ООН. В целях учета международного правового опыта и пресечения уже разрешенных иными конвенциями налоговых проблем трансграничного характера²⁴ за основу разработанного документа (равно как и комментария к Модельной конвенции ООН) была взята Модельная налоговая конвенция ОЭСР 1977 г. В целях адаптации Конвенции ООН к постоянно модифицирующимся налоговым реалиям²⁵ за последние полвека данный документ был трижды обновлен. Конечным итогом бурной

²¹ Теория трансформации подразумевает издание специального правового акта трансформации, в котором закрепляются нормы межгосударственного договоров. Таким образом, привычная для имплементации межгосударственных договоров в национальное законодательство двухступенчатая система «подписание договора — ратификация договора» трансформируется в схему «подписание договора — принятие правового акта трансформации». Подробнее об этой системе: *Гаврилов В.* Теории трансформации и имплементации норм международного права в отечественной правовой доктрине // *Московский журнал международного права.* 2001. № 2. С. 39–61.

²² См. об этом: *Vogel K.* Double Tax Treaties and Their Interpretation.... P. 17–22.

²³ Под Treaty-Override следует понимать случаи, когда государства в целях обеспечения своих фискальных интересов проводят налогообложение определенных доходов, невзирая на то, что в межгосударственном соглашении о преодолении двойного налогообложения право налогообложения принадлежит исключительно другой договаривающейся стороне, подробнее см.: *Stöber M.* Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides // *Deutsches Steuerrecht.* 2016. S. 1889.

²⁴ Department of Economic & Social Affairs. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. New York, 2001. P. 9.

²⁵ Ibid. P. 17.

правотворческой деятельности явился финальный документ, одобренный Экспертной комиссией ООН²⁶ и опубликованный весной 2017 года²⁷.

Общие положения Модельной конвенции ООН относительно методов пресечения двойного налогообложения

Доходы налогоплательщиков при их межграничной экономической активности категорируются на основе вида их источника²⁸. В этом отношении подход как Модельной конвенции ООН, так и Конвенции ОЭСР к рассматриваемому вопросу идентичен. При отсутствии нужной категории для соответствующих видов прибыли налогоплательщиков применяется налоговые предписания той страны, в которой велась фактическая экономическая активность, приведшая к возникновению вышеописанных доходов²⁹. Вытекающая из данной ситуации проблема двойного налогообложения разрешается применением двух классических и общепризнанных налоговых инструментов в деле преодоления двойного налогообложения: освобождением доходов от налогового бремени (*Exemption method*: см. 23А модельных конвенций ОЭСР и ООН), либо посредством зачета уже выплаченных в первой стране налогов другой страной (*Credit method*: см. 23А модельных конвенций ОЭСР и ООН).

Пример 4

Налогоплательщик А, имеющий гражданство страны Х, в результате своей коммерческой деятельности за календарный 2017 год в стране Y, сгенерировал доход в размере 20.000 €, из которого 3.000 € были выплачены в качестве налога в стране Y.

Если для доходов с подобного рода предпринимательской деятельности в межгосударственном налоговом соглашении об избежании двойного налогообложения между странами Х и Y предусмотрен метод освобождения (*Exemption method*), заработанные налогоплательщиком в стране Y матери-

²⁶ Available at: <http://www.un.org/esa/ffd/events/event/fourteenth-session-tax.html> (дата обращения: 10.06.2018)

²⁷ В свою очередь, попытка ликвидации проблемы двойного неналогообложения посредством заключения межгосударственных налоговых соглашений была раскритикована в отечественной литературе: *Хаванова И.* Фискальный (налоговый) суверенитет и его границы в интеграционных образованиях // Журнал российского права. 2013. № 11. С. 41–51.

²⁸ Art. 6–22 of United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries / OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

²⁹ Department of Economic & Social Affairs. United Nations Model... P. 309; OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version. Paris, 2017. P. 378.

альные средства не будут учтены при подсчете суммарных доходов данного налогового субъекта в стране X.

Если же договаривающиеся страны предусмотрели для подобного рода доходов метод зачета выплаченных налогов (Credit method), то выплаченные в стране Y налоги (3.000 €) будут вычтены из суммы мировых доходов налогоплательщика в стране X. Таким образом, налогооблагаемая база данного субъекта будет снижена на уже выплаченную в другой договаривающейся стране сумму.

Весьма закономерным в данном контексте является фактическое дублирование норм Модельной конвенции ОЭСР аналогичным документом ООН. Несмотря на параллелизм содержания изучаемых документов, специфика Модельной конвенции ООН способствует ее более детальной и всесторонней концентрации на вопросах защиты от методов уклонения от налогового бремени посредством искусственно созданных конфликтов квалификаций.

1. Метод освобождения доходов от налогового бремени одной из стран.

Применение данного налогового инструмента подразумевает полное освобождение сгенерированных налогоплательщиком доходов одной из сторон-участниц договора о двойном неналогообложении. Естественно, вытекающие из данного «джентльменского» поступка последствия сказываются весьма положительно на финансовом благосостоянии налогоплательщика, ибо ему оставляется возможность одноразовой и окончательной уплаты налогов в определенной Модельной конвенцией договаривающейся стране. Наряду с этим при значительном различии налоговых ставок двух государств налогоплательщики могут ощутимым образом оптимизировать свою налоговую нагрузку посредством подпадания под налоговое бремя государства с более «щадящей» налоговой политикой. Во избежание подобного рода не соответствующих интересам противоположной стороны договора о пресечении двойного налогообложения явлений модельные конвенции ОЭСР и ООН модернизировали³⁰ классическое понятие «освобождения доходов» и внедрили прогрессивное освобождение доходов от налогообложения. Суть данной оговорки заключается в применении к локальным доходам налогоплательщика фиктивной налоговой ставки, которая могла бы быть применена при суммировании всех его мировых доходов.

Пример 5

Налогоплательщик А, являющийся гражданином договаривающейся страны X, за календарный 2017 год сгенерировал в договаривающейся стране Y доход со своей коммерческой деятельности в размере 20000 €. В то же время в договаривающейся стране X была сгенерирована прибыль в размере 30000 €.

³⁰ Section 3 of Art. 23A of United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries and OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

Договаривающаяся страна X придерживается прогрессивной системы налогообложения и, соответственно, применяет к доходам в размере в 30000 € налоговую ставку в размере 25%. При годовых доходах налогоплательщика в размере 45000 € и больше применяется фиксированный налоговый процент в размере 35%.

Согласно соглашению о преодолении двойного налогообложения между договаривающимися странами, стране X предоставляется право применения прогрессивного освобождения доходов с коммерческой деятельности своих резидентов.

Исходя из этого для определения конечной суммы налоговых выплат к локальным доходам резидента в стране X (30000 €) прибавляется сумма, сгенерированная в стране Y (20000 €). К получившейся сумме 50000 € применяется налоговая ставка, которая применялась бы к сумме локальных доходов (к 30000 €), — 25 %. Таким образом, сумма налоговых выплат резидента составит $50000 \text{ €} \times 25\% = 12500 \text{ €}$. Без применения метода прогрессивного налогового освобождения, эта сумма бы равнялась $17500 \text{ €} (50000 \text{ €} \times 35\%)$ ³¹.

Обе модельные конвенции определили в качестве альтернативы данному инструменту метод зачета выплаченных в одной из стран-участниц налогов, который может применяться к определенным видам доходов. В данном контексте отличительной чертой предыдущей версии Модельной конвенции ООН от Конвенции ОЭСР было применение к доходам налогоплательщиков от лицензионных выплат метода зачета выплаченных налогов, а не прогрессивного освобождения. Это в первую очередь может быть обосновано истекающим из абзаца 2 ст. 12 данной Конвенции правила применения для подобного рода оперативной прибыли права страны-источника доходов. Исходя из этого правила, применение метода прогрессивного освобождения доходов могло бы привести к патовой ситуации налогообложения одного и того же налогового объекта финансовыми органами обоих государств. Во-вторых, данный подход отражает чаяния развивающихся стран, которые при межграницной налоговой конкуренции с развитыми странами заинтересованы в максимальном налоговом отчислении нерезидента в национальный бюджет.

Наконец, в качестве третьей причины следует отметить природу подобного рода доходов. Прибыль от лицензионных выплат не может регу-

³¹ Следует отметить, что практическое применение оговорки о прогрессии возможно только для стран с прогрессивной налоговой ставкой, ибо при пропорциональной налоговой ставке влияние суммы доходов на конечную цифру налоговой ставки совершенно иное. Ввиду этого в большинстве договоров о двойном неналогообложении, заключенных между странами с конкурирующими системами налоговой ставки, применяется классическое правило освобождения доходов от налогообложения без указания на прогрессивную натуру данного инструмента.

лироваться императивными публичными нормами и определяется сугубо частноправовыми отношениями субъектов гражданского права. Исходя из данной перспективы, теоретически возможным видится вероятность заключения соглашения о выплате лицензионных выплат выше сложившихся рыночных цен. Это, в свою очередь, может привести к вычету несуразно крупной суммы доходов в качестве издержек, связанных с осуществлением коммерческой деятельности. Подобного рода налоговая оптимизация может привести к очень низкому, а то и к нулевому налоговому бремени в стране-источнике доходов и, соответственно, значительно более лояльному налогообложению в другой стране. Исходя из всех этих фактов, оговорка о применении к лицензионным выплатам правила зачета иностранных налогов выглядит обоснованным и продуманным решением.

2. Метод зачета выплаченных в одной из стран налогов в налоговой базе другой страны.

Так же как и первый метод, по структуре и функциональному ареалу метод зачета иностранных налогов в Модельной конвенции ООН в большинстве своем повторяет аналогичные положения из Модельной конвенции ОЭСР. Однако тезис о всецелой идентичности рассматриваемых положений не соответствует истине. В частности, основным отличительным фактором Модельной конвенции ОЭСР является возможность внедрения фиктивного зачета иностранных налогов в случаях, когда экономический уровень противоположной страны ниже, чем уровень стран-участниц ОЭСР³². Данная оговорка, внедренная еще в 2000 году³³ в комментарий к Модельной конвенции ОЭСР, не соответствовала интересам развивающихся стран, и, как следствие, не нашла отражения в Модельной конвенции ООН.

Положения о разрешении проблемы квалификации в предыдущей версии Модельной Конвенции ООН

Применение методов преодоления двойного налогообложения со стороны договаривающейся страны, налоговым резидентом которой является налогоплательщик, возможно только если к доходам данного лица уже было применено налогообложение в другой договаривающейся стране. Исходя из этого, основополагающим для применения указанных методов является вопрос, когда именно другая договаривающаяся страна имеет право на налогообложение доходов нерезидентов. Касательно данного вопроса предыдущая версия Модельной конвенции ООН содержала ряд положений, отличающих ее от Конвенции ОЭСР.

³² OECD. Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version. P. 404.

³³ Принятие оговорки о фиктивном зачете иностранных налогов явилось итогом Доклада ОЭСР. «Tax Sparing. A Reconsideration». См.: OECD. Tax Sparing / A Reconsideration. Paris, 1998.

Начиная с 2011 года³⁴ Экспертной комиссией ООН велись дискуссии касательно разработки методики пресечения ситуаций с конфликтом квалификаций. Основная суть данных прений сводилась к внедрению аналогичного Модельной конвенции ОЭСР правила, согласно которому при неналогообложении либо при оценке доходов с предпринимательской деятельности нерезидентов в качестве дивидендной или процентной прибыли страной-источником подобного рода доходов, другая договаривающаяся страна имела бы право «сменить»³⁵ метод налогового освобождения на метод зачета выплаченных налогов. Применение подобного рода правила было чревато возникновением патовых ситуаций, ибо с учетом специфики экономических аспектов договаривающихся стран каждая из них, руководствуясь финансовыми интересами, была бы заинтересована в отказе налогоплательщикам от применения метода налогового освобождения даже при получении малейших налоговых льгот со стороны другой договаривающейся стороны. Это, в свою очередь, могло привести к снижению уровня предпринимательской активности многих зарубежных инвесторов, что негативно сказалось бы на потенциальной стране-источнике дохода. Однако, несмотря на столь очевидно не совпадающие с первичной целью Модельной конвенции ООН последствия, описанная выше норма нашла-таки закрепление в комментарии к Модельной конвенции ООН от 2011 г.³⁶

Единственной отличительной чертой данного предписания от нормы Модельной конвенции ОЭСР являлось причисление к случаям налогообложения с низкой налоговой ставкой наряду с дивидендными и процентными выплатами также и лицензионных выплат. При возможной квалификации доходов от предпринимательской деятельности нерезидента в качестве этих трех видов доходов, равно как и при отсутствии какого-либо налогообложения в стране-источнике прибыли, другая договаривающаяся сторона имела право на беспрекословный отказ от применения метода налогового освобождения. Следует отметить, что, учитывая рекомендательный характер данного правового документа, фактически решение об отказе от налогового освобождения *при любых видах доходов* в другой стране зависело полностью от договаривающейся стороны, в которой налогоплательщик являлся резидентом. Таким образом, для использования указанной оговорки договаривающимся сторонам наряду с заключением договора о двойном нена-

³⁴ Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters UN-Committee. Report on the seventh session (24–28 October 2011). New York, 2012. P. 13.

³⁵ Так называемый метод «switch-over»; подробнее о данном методе на примере налоговой системы ФРГ: *Kahlenberg C.* Prevention of Double Non-taxation: An Analysis of Cross-Border Financing from a German Perspective // *Intertax*. 2015. Issue 3. P. 228; *Haase F, Dorn K.* Rätsel um den Anwendungsbereich der jüngeren abkommensrechtlichen Switch-over-Regelungen // *Internationales Steuerrecht*. 2011. S. 791.

³⁶ Department of Economic & Social Affairs. United Nations Model... P. 317.

логообложении на основе Модельной конвенции ООН следовало также в двухстороннем порядке признать комментарии к Модельной конвенции ООН в качестве единственного источника толкования данного соглашения.

Изменения методики разрешения конфликта квалификаций, внесенные в версию Модельной конвенции ООН 2017 года

Ввиду роста злоупотреблений вытекающими из Модельной налоговой конвенции ООН льготами, равно как и начала систематической борьбы против различных видов уклонений от налогообложения, в последние годы назрела необходимость пересмотра ряда положений обеих модельных конвенций (и ООН, и ОЭСР). Это относится и к пресечению двойного налогообложения, и, в частности, к разработке универсальных защитных механизмов против возможных эпизодов с конфликтом квалификаций. Итогом бурной правотворческой деятельности явилась новая версия Модельной конвенции ООН, принятая в апреле 2017 года³⁷.

Как и предыдущие версии Модельной конвенции, нынешняя трактовка данного правового документа мало отличается от аналогичной трактовки Модельной конвенции ОЭСР. К сожалению, стоит отметить, что происходящая в мировом налоговом сообществе в последние годы односторонняя императивизация налоговых норм не обошла стороной и искомый документ. Главным проявлением этого является придание обязательного характера имплементированному ранее из Модельной конвенции ОЭСР в комментариях к Модельной конвенции ООН правилу о возможности смены метода налогового освобождения на метод налогового зачета. Таким образом, противоречащая основам и всеобщей концепции данного правового документа норма приобрела обязательный характер и нашла закрепление в четвертом абзаце ст. 23А Конвенции³⁸. Данное правило нашло отражение и в комментариях к Модельной конвенции ООН³⁹, которая также декларирует уже *обязательный* характер применения правила «смены» налогового освобождения на метод налогового зачета. Для этого достаточным считается факт того, что возникшая в результате неприменения другой договаривающейся стороной своих национальных налоговых норм, проблема конфликта квалификаций зиждется на законодательно необоснованных налоговых льготах. Другими словами, при заведомом неприменении договаривающейся стороной права на налогообложение доходов нерезидентов ввиду определенных политико-

³⁷ Available at: <http://www.un.org/esa/ffd/events/event/fourteenth-session-tax.html> (дата обращения: 10.06.2018)

³⁸ UN-Committee, E/C.18/2014/CRP.10. P. 12; UN-Committee, E/2014/45-E/C.18/2014/6. P. 58.

³⁹ UN-Committee E/C.18/2014/CRP.10. P. 17–18; UN-Committee, E/2014/45-E/C.18/2014/6. P. 58.

правовых соображений⁴⁰ применение ограничительного правила из нововведенной ст. 23А Модельной конвенции невозможно⁴¹.

Стоит отметить, что, несмотря на придание данной правовой норме обязательного характера, ее внедрение в Конвенцию сопровождалось критикой со стороны многих членов Комитета. Так, утверждалось, что фактическое оставление возможности стране, чьим резидентом является налогоплательщик, менять метод налогового освобождения на метод налогового зачета не способствует развитию инвестиционного потенциала договаривающейся страны, в которой были генерированы доходы нерезидентов⁴². Наряду с этим подобное ограничение воздействует пагубным образом и на самих инвесторов, уменьшая заработанную ими фактическую чистую прибыль. В данном случае единственной стороной, получающей экономическую пользу от применения этого правила, выступает лишь договаривающаяся сторона, в которой налогоплательщик является резидентом, ибо ей оставляется возможность дополнительного налогового обогащения посредством сохранения права на налогообложение иностранных доходов своих резидентов.

Данная — *справедливая на взгляд автора* — критика была принята во внимание при составлении последней редакции четвертого абзаца ст. 23А конвенции. Так, для минимизации возможных негативных последствий исследуемой правовой нормы Комиссия внесла оговорку⁴³ о *неприменении* данного правила в тех случаях, когда договаривающаяся сторона-источник заведомо не облагала нерезидента налогом с генерируемой им прибыли. В данном случае основополагающую роль играет легальность подобного рода льгот, когда государство, исходя из фискальных интересов, предпочитает смягчить режим налогообложения зарубежных инвесторов в целях улучшения экономического климата в стране⁴⁴.

Пример 6

В качестве примера подобного рода случаев в отечественном праве можно привести отказ федеральных фискальных органов от своего права на налогообложение в отношении резидентов, осуществляющих свою предпринимательскую деятельность в свободном порту Владивосток⁴⁵.

⁴⁰ UN-Committee, E/C.18/2014/CRP.10. P. 11.

⁴¹ Примечательно, что факт применения к доходам нерезидентов законодательно обоснованных налоговых льгот все равно будет приводить к ситуации двойного неналогообложения. См.: Гидирим В. Указ. соч. С. 24–31.

⁴² UN-Committee, E/C.18/2014/CRP.16. P. 7–8.

⁴³ Department of Economic & Social Affairs. United Nations Model... P. 326.

⁴⁴ UN-Committee, E/C.18/2014/CRP.10. P. 15.

⁴⁵ Ст. 19 Федерального закона от 13.07.2015 № 212-ФЗ «О свободном порте Владивосток» с отсылкой к п. 4 ст. 284 Налогового Кодекса России от 05.08.2000 № 117-ФЗ.

Правовым последствием данной оговорки является невозможность смены метода пресечения двойного налогообложения договаривающейся стороной при заведомом отказе от применения налогообложения страной-источником доходов. Таким образом достигается компромисс по вопросу о разделении налоговых полномочий финансовых органов двух договаривающихся сторон.

Заключение

Правовая оценка внесенных пунктуальных изменений в Модельную конвенцию ООН является довольно сложной дилеммой. Несомненно, само по себе обновление правового документа в целях его сведения к современным налоговым стандартам является положительным фактором. Поскольку в вышеописанном процессе модернизации красной линией проходит тематика борьбы с методиками уклонений от налогообложения, значимость подобного рода обновлений чрезвычайно велика. При этом с финансовой точки зрения закреплённые в Модельной конвенции ООН положения способствуют ещё более всестороннему охвату налоговыми органами договаривающихся сторон доселе не отрегулированных налоговых случаев, что в перспективе увеличит налоговые поступления в государственную казну.

Однако при детальном изучении проблематики очевидным становится факт, что постулаты, закреплённые в последней редакции Конвенции, в большинстве не отличаются новизной подхода к проблемам (в частности, к проблеме конфликта квалификаций), предлагая вместо этого ответ, нашедший отражение в Модельной конвенции ОЭСР. Предлагаемый в новой версии Модельной конвенции ООН подход в меньшей степени учитывает стремления и финансовые интересы договаривающейся стороны-источника дохода, равно как и инвесторов, противопоставляя им налоговые интересы противоположной страны-резидента.

Не совсем понятен также механизм, на основе которого одна договаривающаяся сторона сможет классифицировать предоставленные резиденту налоговые льготы в другой стране в качестве «законных». Особняком стоит вопрос об отделении «законных» налоговых льгот от искусственно приобретенных аналогов, при помощи которых была оптимизирована налогооблагаемая база в другой договаривающейся стороне. Данный вопрос играет важную роль при идентификации налоговыми органами факта двойного уклонения от налогообложения посредством метода конфликта квалификаций. На практике получение подобного рода налоговой информации о действующих в стране-источнике доходов льготах сопряжено с продолжительными временными издержками. Исходя из этого, налоговые органы в целях оптимизации своей деятельности могут заведомо отказать резиденту в ме-

тоде налогового освобождения с условием пересчета его налогооблагаемой базы при соответствующем объяснении налоговой льготы другой стороной уже со стороны налогоплательщика. Это, в свою очередь, может привести к непосредственному осуществлению инвесторами тех задач, которые должны быть решены налоговыми органами обеих сторон посредством координированной системы передачи налоговой информации.

Таким образом, несмотря на положительный в целом эффект для разрешения проблемы конфликта налоговой квалификации, фактическая реализация внесенных в Модельную налоговую конвенцию ООН от 2017 года изменений вызывает ряд вопросов практического характера. Реновация данного правового документа способствовала отождествлению ее методик по преодолению конфликта квалификаций с аналогичными налоговыми инструментами из Модельной конвенции ОЭСР, что в перспективе может лишить ее статуса альтернативного налогового договора, ставящего на передний план интересы развивающихся стран. Наконец, процессы деинтернационализации, нашедшие отражение в современной системе международного налогового права⁴⁶, значительно затрудняют возможность распространения данной налоговой конвенции в отношениях между развивающимися и развитыми странами. Все эти факторы ставят актуальность данного правового документа, а равно и ее методы преодоления конфликта налоговых квалификаций в ближайшем будущем под вопрос.



Библиография

Bispo R. Cross-Border Intra-Group Hybrid Finance. A Comparative Analysis of the Legal Approach adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States // *Bulletin for International Taxation*. 2013. Issue 7. P. 571–588.

Burwitz G. Neuere Entwicklungen im Steuerrecht // *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*. 2016. Issue 12. S. 457–458.

Essers P. International Tax Justice between Machiavelli and Habermas // *Bulletin for International Taxation*. 2014. Issue 2. P. 235–265.

Fleming C., Peroni R., Shay E. Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income // *Florida Tax Review*. 2001. Issue 4. P. 349–350.

Haase F., Dorn K. Rätsel um den Anwendungsbereich der jüngeren abkommensrechtlichen Switch-over-Regelungen // *Internationales Steuerrecht*. 2011. Issue 20. S. 791–797.

⁴⁶ В частности, речь идет о разработке отдельными развитыми странами своих собственных модельных налоговых конвенций в целях пресечения двойного налогообложения. В связи с этим следует отметить как налоговую конвенцию, разработанную налоговыми органами США (Available at: <https://www.irs.gov/individuals/international-taxpayers/the-us-model-income-tax-convention-and-model-technical-explanation>), так и немецкий аналог данного соглашения. Available at: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Steuern/Internationales_Steuerrecht/Allgemeine_Informationen/2013-08-22-Verhandlungsgrundlage-DBA-deutsch.html (дата обращения: 10.06.2018)

- Hannes B. Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht. Hamburg: Wirtschaftsverlag, 1992. 338 S.
- Heerd T. Steuersubjektqualifikationskonflikte bei Einbringung in eine Kapitalgesellschaft // Internationales Steuerrechts. 2012. Issue 22. S. 866–872.
- Jacobs O.H. Internationale Unternehmensbesteuerung. Munich: C.H.BECK, 2016. 1271 S.
- Kahlenberg C. Prevention of Double Non-taxation: An Analysis of Cross-Border Financing from a German Perspective' // Intertax. 2015. Issue 3. P. 218–244.
- Kippenberg J. Das Welteinkommensprinzip und die ersten DBA // Internationales Steuerrecht. 2017. Issue 22. S. 952–953.
- Kleist D. Methods for Elimination of Double Taxation under Double Tax Treaties — with Particular Reference to the Application of Double Tax Treaties in Sweden. Uppsala: Iustus Förlag, 2012. 372 S.
- Scapa A., Lars A. Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention // Intertax. 2005. Issue 6/7. P. 266–285.
- Stöber M. Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides // Deutsches Steuerrecht. 2016. Issue 33. S. 1889–1895.
- Tillmanns B. Beseitigung der Doppelbesteuerung durch Staatsverträge / Mössner J. Steuerrecht international tätiger Unternehmen. Cologne: Verlag Dr. Otto Schmidt, 1995. 1102 S.
- Vogel K. Double Tax Treaties and Their Interpretation // International Tax & Business. 1986. Issue 1. P. 4–85.
-

Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based on UN Model Tax Convention



Javid Damirov

Doctoral Candidate, Institute of Economic and Tax Law, Christian Albrecht University of Kiel, Master in Economic Law. Address: 6 Leibnizstraße, Kiel 24118, Germany. E-mail: j.damirov@gmail.com



Abstract

Despite the positive influence on the economies of developed and developing countries, cross-border economic activities of subjects of tax law promote to the emergence new challenges and hitherto novel problems in the branch of the international tax law. In this path, the dilemma of double non-taxation that is based on the fact of negative conflict of tax qualification became one of the main problems of modern international tax law. The fight against provision of such kind of illegal tax benefits have a double nature: on one side this fight is conducted by the countries at the local level by introduction of new punctual anti-abuse rules; on the other side organizations such as the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) and the United Nations (UN) separately combat against conflict of tax qualification at international level. In this regard, international acceptable instruments of combating such as treaties for the avoidance of double taxation receive the main role at the subnational level. Notwithstanding quantitative superiority of the agreements based on model tax convention of OECD, nowadays a similar model tax convention, drafted by UN, plays an important role for developing countries. This article deals with the theoretical and practical emergence aspects of conflict of tax

qualification, as well as with the relevant methods of fighting against the above-stated tax phenomenon in the UN model tax convention. The research was aimed at the analysis of the rules directed at suppression of conflict of tax qualification. For more detailed acquaintance with the features of the mentioned above convention, this article gives short historical outline concerning stages of development of United Nations model tax convention and regarding the main ways and means of overcoming a problem of double taxation. With thorough research of protective mechanisms against the conflict of tax qualification, the comparative analysis of the previous and current rules of the convention regarding mentioned tax phenomenon was carried out. At last, the final part of the article is providing legal appraisal of the current rules of mentioned convention concerning the raised questions and summarizing the results of research.



Keywords

tax law; double non-taxation; model tax convention; conflict of tax qualification; OECD; UN; exemption method; credit method.

Citation: Damirov J. (2018) Issue of Tax Conflict Qualification and its Solution Based on the UN Model Tax Convention. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 234–252 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.3.234.252



References

Bispo R. (2013) Cross-Border Intra-Group Hybrid Finance. A Comparative Analysis of the Legal Approach adopted by Brazil, the United Kingdom and the United States. *Bulletin for International Taxation*, issue 7, pp. 571–588.

Burwitz G. (2016) Neuere Entwicklungen im Steuerrecht. *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, no 12, S. 457–458.

Essers P. (2014) International Tax Justice between Machiavelli and Habermas. *Bulletin for International Taxation*, issue 2, pp. 235–265.

Fleming C., Peroni R., Shay E. (2001) Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income. *Florida Tax Review*, issue 4, pp. 349–350.

Haase F., Dorn K. (2011) Rätsel um den Anwendungsbereich der jüngeren abkommenrechtlichen Switch-over-Regelungen. *Internationales Steuerrecht*, issue 20, S. 791–797.

Hannes B. (1992) Qualifikationskonflikte im Internationalen Steuerrecht. Hamburg: Wirtschaftsverlag, 338 S.

Heerdt T. (2012) Steuersubjektqualifikationskonflikte bei Einbringung in eine Kapitalgesellschaft. *Internationales Steuerrechts*, issue 22, S. 866–872.

Jacobs O.H. (2016) *Internationale Unternehmensbesteuerung*. Munich: Beck, 1271 S.

Kahlenberg C. (2015) Prevention of Double Non-Taxation: An Analysis of Cross-Border Financing from a German Perspective'. *Intertax*, issue 3, pp. 218–244.

Kippenberg J. (2017) Das Welteinkommensprinzip und die ersten DBA. *Internationales Steuerrecht*, issue 22, S. 952–953.

Kleist D. (2012) *Methods for Elimination of Double Taxation under Double Tax Treaties with Particular Reference to the Application of Double Tax Treaties in Sweden*. Uppsala: Iustus Förlag, 372 p.

Scapa A., Lars A. (2005) Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention. *Intertax*, issue 6/7, pp. 266–285.

Stöber M. (2016) Zur verfassungs- und europarechtlichen (Un-)Zulässigkeit von Treaty Overrides. *Deutsches Steuerrecht*, issue 33, S. 1889–1895.

Tillmanns B. (1995) Beseitigung der Doppelbesteuerung durch Staatsverträge, in: Mössner J.M. *Steuer recht international tätiger Unternehmen*. Cologne: Otto Schmidt, 1102 S.

Vogel K. (1986) Double Tax Treaties and Their Interpretation. *International Tax & Business*, issue 1, pp. 4–85.

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой. «Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

Журнал входит в **Web of Science Core Collection Emerging Sources Citation Index, Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных:

Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1,5 усл. п.л., рецензий — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации УДК.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

ДЛЯ ЗАМЕТОК

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *В.С. Беззубцев*
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашников*

Подписано в печать 10.09.2018. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,12. Тираж 500 экз.