

Право

ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

2/2015



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

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

Адрес редакции

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

Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2015

Правовая мысль: история и современность

Е.И. Алексеевская

Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? 4

Е.Б. Ганюшкина

Свобода распространения информации в свете действующих норм международного права 17

В.С. Беззубцев

Соотношение государственного суверенитета и принципа уважения прав человека в контексте применения международно-правовых мер принуждения 37

А.В. Туликов

Обеспечение информационной безопасности как гарантия прав человека 50

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

А.Я. Петров

Понятие «охрана труда»: теоретико-правовой аспект 61

Н.В. Закалюжная

Дистанционная работа и схожие правоотношения 76

М.Р. Яхина

Специальная дисциплинарная ответственность: проблемы современного правового регулирования 92

Л.Л. Сюкияйнен

Требования к участникам закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд: законодательные новеллы 103

Судебная система и практика

В.Б. Евдокимов, Т.А. Тухватуллин

О необходимости создания конституционных (уставных) судов в субъектах Российской Федерации 112

Д.М. Замышляев

Судебная специализация: проблемы понятийного аппарата 122

О.А. Vagin

Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated December 11, 2014 № 32-П 131

М.В. Yuzvak

Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice of 2014 (Tax Disputes) 136

Право в современном мире

М.В. Antonov

Some Remarks about Legal Systems Integrity 148

З.Ч. Чикеева

Факторный анализ реформирования законодательства Кыргызской Республики 166

Е.С. Батусова

Современные подходы к правовому регулированию срочных трудовых договоров в странах Европейского Союза: проблемы и пути решения 175

И.В. Гетьман-Павлова, Л.И. Каримова

Кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств в штате Орегон (США) 186

Дискуссионный клуб 202

Рецензии 238

Law

JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

Publisher

National Research
University Higher School
of Economics

Editorial Council

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

Editorial Board

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

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya
(HSE, Russian Federation)

Address:

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

2/2015



ISSUED QUARTERLY

Legal Thought: History and Modernity

E.I. Alexeevskaya New Code of Civil Proceedings: Outlook	4
E.B. Ganyushkina The Freedom of Disseminating Information in the Light of Applicable International Law.....	17
V.S. Bezzubtsev Correlation between State Sovereignty and Protection of Human Rights in the International Context of Applying Coercive Measures.....	37
A.V. Tulikov Information Security as a Guarantee for Human Rights	50

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

A.Ya. Petrov Labor Protection in Legal Theory	61
N.V. Zakaluzhnaya Distant Work and Similar Relations	76
M.R. Yakhina Special Disciplinary Liability: Problems of Modern Legal Regulation	92
L.L. Syukiyaynen Requirements to the Participants of Public Procurements: Legal Amendments	103

Judicial System and Practice

V.B. Evdokimov, T. Tuhvatullin On the Necessity to Establish Constitutional (Charter) Courts in the Russian Federation Constituents	112
D. Zamyshlyayev Judicial Specialization: Issues in Terminology	122
O.A. Vagin Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated December 11, 2014 № 32-П (in English)	131
M.V. Yuzvak Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice of 2014 (Tax Disputes) (in English).....	136

Law in the Modern World

M.V. Antonov Some Remarks about Legal Systems Integrity (in English).....	148
Z.Ch. Chikeeva Factor Analysis of Reforming the Legislation of the Kyrgyz Republic	166
E.S. Batusova Modern Approach to Legal Regulation of Fixed Term Contracts in European Union: Problems and Solutions.....	175
I.V. Get'man-Pavlova, L.I. Karimova Codifying Conflict of Law Regulation of Extracontractual Obligations in Oregon, USA	186

Discussion Club	202
------------------------------	-----

Book Review	238
--------------------------	-----

Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

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

The objectives of the journal include:

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

The following key issues are addressed:

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

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

Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть?



Е.И. Алексеевская

ведущий научный сотрудник Института проблем правового регулирования Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: e.alexeevskay@hse.ru



Аннотация

В рамках законотворческой работы над едиными правилами гражданского судопроизводства, которые будут применяться судами общей юрисдикции и арбитражными судами, автор обращает внимание на проблему унификации и кодификации принципов судопроизводства. Обосновывается тезис о необходимости использования более широкого подхода: включения в новый кодекс как основных, межотраслевых принципов и институтов, так и принципов международного права в области обеспечения прав, свобод и законных интересов человека, в том числе правосудием. На основе анализа основных положений и принципов международного права автор делает вывод, что имеется необходимость закрепления в новом кодексе принципов справедливого судебного разбирательства: быть осведомленным в отношении дела, затрагивающего права, свободы и законные интересы; свободно осуществлять процессуальные права; пользоваться бесплатной юридической помощью в случаях, предусмотренных законом; соблюдение частных и публичных интересов; соблюдение правовой определенности. При этом акцентируется внимание, что одна часть принципов концепции справедливого судебного разбирательства уже знакома гражданскому и арбитражному процессам, а другая их часть известна лишь по постановлениям Европейского Суда по правам человека по жалобам против Российской Федерации. Однако механическое перенесение уже закрепленных принципов цивилистического процесса в новый кодекс не будет соответствовать задачам и цели гражданского судопроизводства. Принципы гражданского судопроизводства необходимо осмыслить с учетом прогрессивно развивающихся правоотношений, судебной практики, в том числе Европейского Суда по правам человека. Автор на примере реализации принципов публичности и рассмотрения дела в разумный срок наглядно демонстрирует объективную необходимость обновления содержания принципов гражданского судопроизводства с учетом использования электронных публичных сервисов. Автор обращает внимание на необходимость установления единого уровня правовых гарантий, которые вытекают из общепризнанных принципов международного права соблюдения прав, свобод и законных интересов в судебных и внесудебных процедурах.



Ключевые слова

гражданский процесс, арбитражный процесс, гражданское судопроизводство, принципы гражданского процесса, справедливое судебное разбирательство, быть осведомленным в отношении дела, затрагивающего права, свободы и законные интересы, свободно осуществлять процессуальные права, пользоваться бесплатной юридической помощью в случаях, предусмотренных федеральным законом, соблюдение частных и публичных интересов, принцип правовой определенности.

Библиографическое описание: Алексеевская Е.И. Новый кодекс гражданского судопроизводства: каким ему быть? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 4–16.

JEL: K41; УДК: 347

Объединение высших судебных органов по разрешению экономических споров и иных дел, рассматриваемых арбитражными судами, и по рассмотрению гражданских, уголовных, административных и иных дел, разрешаемых судами общей юрисдикции, обозначило необходимость выработки единых правил гражданского судопроизводства. По замыслу федерального законодателя наименование нового нормативного правового акта должно звучать как «кодекс гражданского судопроизводства», что соответствует как исторической традиции (Уставу гражданского судопроизводства 1864 г.), так и положению п. 2 ст. 118 Конституции Российской Федерации, согласно которому судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства¹. Не вступая в дискуссию относительно наименования нового объединенного кодекса, полагаю удобным пока обозначать его именно так.

Одним из первых вопросов, возникающих у авторов кодекса гражданского судопроизводства (далее — Кодекс), является вопрос о том, какие правила процесса взять за его основу: правила гражданского или арбитражного процесса? Одни ученые и практики ратовали за то, чтоб в основу Кодекса были положены правила Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК), другие — Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК).

Разделяя взгляды последних, замечу, что АПК устанавливает более четкий и подробный алгоритм процессуальных действий, совершаемых в установленные сроки, что позволяет сократить общий срок судопроизводства и устранить неясности, дает процессуальные гарантии лицам, участвующим в деле. При выработке положений нового Кодекса необходимо исходить не только из единства основных и межотраслевых принципов и институтов², стремления унифицировать и привести их к единому знаменателю³, но и предусмотреть положения, которые приблизили бы гражданское судопроизводство к стандартам справедливого разбирательства⁴, учитывали бы уже существующие аналогичные положения в национальном законодательстве⁵. К числу таких положений относятся принципы судопроизводства.

Традиционно принципам судопроизводства посвящены первые статьи кодексов в разделе I «Общие положения». Их значение трудно переоценить, поскольку именно они распространяют свое действие на все иные положения кодекса. Сопоставление принципов гражданского и арбитражного процессов, установленных в АПК и в ГПК, позволяет сделать вывод, что они тождественны. Поэтому их воспроизведение в проекте нового Кодекса гарантировано. Вместе с тем следует отметить, что гражданское судопроизводство должно отвечать требованиям справедливого судебного разбирательства, учиты-

¹ Российская газета. 1993. 25 декабря.

² Рязановский В.А. Единство процесса: учебное пособие. М.: Городец, 2005. 80 с.

³ Сахнова Т.В. Новые ГПК и АПК РФ: единство процесса? / АПК и ГПК 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения. Материалы Всероссийской научно-практической конференции. М.: РАП, 2004. С. 25–34.

⁴ Глушкова И.Б. Реализация права на справедливое судебное разбирательство в арбитражном процессе: дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 11–17; Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006. С. 3–9; Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование: дис... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 8; Томьен Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: МНИМП, 1998. С. 201–263.

⁵ Рехтина И.В. Надзорное производство в гражданском процессе: вопросы теории и практики: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 133–171.

вая международные обязательства Российской Федерации⁶ и ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации (общеизвестные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы)⁷.

Стандарты соблюдения прав, свобод и законных интересов в судебных и внесудебных процедурах установлены в таких международных актах, как Всеобщая декларация прав человека (1948), Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950), Международный пакт о гражданских и политических правах (1966), Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека (1995).

Всеобщая декларация прав человека (далее — Декларация) закрепляет ряд общих принципов, которые должны соблюдать все органы государства в отношении каждого⁸. Так, ст. 8 Всеобщей декларации воспроизводит право каждого на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом. Статья 10 предусматривает, что каждый для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом.

В то же время Всеобщая декларация прав человека предусматривает ряд базовых принципов: «признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, и равных и неотъемлемых прав их является основой свободы, справедливости и всеобщего мира», «права человека охранялись властью закона в целях обеспечения того, чтобы человек не был вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения», «достоинство и ценность человеческой личности и равноправие». Соблюдение этих ценностей возложено на государство-участника.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод⁹ (далее — Конвенция) вобрала в себя основы Всеобщей декларации прав человека, дополнив международные стандарты новыми положениями в отношении требований к судебным и несудебным процедурам. Центральное место в Конвенции занимает ст. 6 (п. 1), согласно которой «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или — в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо, — при особых обстоятельствах, когда публичность нарушала бы интересы правосудия».

Право на справедливое судебное разбирательство подразумевает соблюдение следующих требований:

⁶ Имеется в виду ратификация Россией Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. в 1998 году.

⁷ Российская газета. 1993. 25 декабря.

⁸ Российская газета. 1995. 5 апреля.

⁹ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

- публичное разбирательство дела судом;
- независимым и беспристрастным судом;
- судом, созданным на основании закона;
- рассмотрение дела судом в разумный срок;
- осведомленность в отношении дела, затрагивающего права и свободы;
- свободно осуществлять процессуальные права;
- пользоваться бесплатной помощью переводчика или защитника в случае незнания языка, на котором осуществляется судопроизводство, и/или отсутствия денежных средств;
- соблюдение баланса частных и публичных интересов;
- соблюдение принципа правовой определенности.

При этом часть принципов справедливого судебного разбирательства напрямую не вытекает из п. 1 ст. 6 Конвенции; Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ) их специально сформулировал с учетом идей Конвенции. Положение п. 1 ст. 6 гарантирует каждому право на суд, которое подразумевает свободный доступ в суд. Этот аспект права раскрывается в возможности добиться судебного разбирательства дела в суде первой и второй инстанций, включая обжалование судебного акта вплоть до Верховного суда государства и в посильных судебных расходах¹⁰. Право на доступ в суд означает, что этот доступ должен быть не только формальным (предусматриваться национальным законодательством), но и реальным.

Принцип публичности судебного разбирательства предполагает не только доступ общественности в зал судебного заседания для наблюдения за ходом процесса, но и оглашение судебного решения¹¹, его опубликование (если это предусмотрено национальным законодательством), доступ к материалам дела, возможность получить их свободно. При закрытом режиме судебного разбирательства принцип публичности будет проявляться в осведомленности лиц, участвующих в деле, о деятельности суда. В этом случае стороны по делу могут получить судебное решение в канцелярии суда либо иным способом, предусмотренным процессуальным законодательством.

Принцип независимости и беспристрастности суда понимается как неотъемлемая часть порядка избрания и назначения судьи, учреждения того или иного суда, так и как часть принципа равноправия сторон. Создание судом равноправных условий состязания создает у лиц, участвующих в деле, и общества в целом (как постороннего наблюдателя судебного процесса) чувство независимости и беспристрастности суда, который своими действиями создает равные процессуальные условия, что находит отражение в судебном акте. При рассмотрении дела в нескольких судебных инстанциях принцип независимости и беспристрастности суда должен обеспечиваться правилом о недопустимости повторного участия судьи в рассмотрении дела.

Требование о рассмотрении дела судом, созданным на основании закона, предполагает осуществление судопроизводства судом, учреждение которого было реализовано посредством принятия закона парламентом. Учреждение компетентного суда подразумевает разрешение им споров, подпадающих под его юрисдикцию (подведомственность, подсудность).

¹⁰ Постановление Европейского Суда по правам человека по жалобе «Эйри против Ирландии» от 9 октября 1979 г.

¹¹ См. напр.: Постановление Европейского Суда по правам человека по жалобе «Рякиб Бирюков против России» от 17 января 2008 г. // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. Специальный выпуск. 2009. № 1. С. 42–48.

Рассмотрение дела в разумный срок является сложным критерием справедливого судебного разбирательства и состоит из нескольких аспектов, в свете которых оценивается продолжительность судебного процесса: сложность дела, собственное поведение заявителя, последствия несоблюдения разумного срока для заявителей, оперативность работы судебных органов. Учитывая общий характер положения п. 1 ст. 6 Конвенции, требование рассмотрения дела в разумный срок охватывает период времени с момента подачи заявления в суд до момента исполнения судебного постановления. Исходя из этого, ЕСПЧ в каждом деле устанавливает соответствие судебного разбирательства по делу заявителя требованиям п. 1 ст. 6 Конвенции.

Требование быть осведомленным в отношении дела предполагает привлечение к участию в деле лица, чьи права, свободы и законные интересы затрагиваются разрешением конкретного правового спора. Независимо от их процессуального положения такие лица извещаются судом о времени и месте рассмотрения спора. Осведомленность в отношении положения дела, о представленных доказательствах по делу или замечаниях на них позволяет лицу осуществлять свои процессуальные права и состязаться с другой стороной спора на равных условиях. Извещение судом о месте и времени судебного разбирательства лиц, участвующих в деле, позволяет им принимать непосредственное участие в судебном заседании и осуществлять иные процессуальные права, например, поддерживать свою правовую позицию при рассмотрении дела, заявлять ходатайства.

Равенство сторон в судебном процессе является важным аспектом концепции справедливого судебного разбирательства, что означает предоставление правовых гарантий состязавшимся сторонам спора по отстаиванию их прав и законных интересов на основе равенства. Принцип свободного осуществления права тесно связан с принципом осведомленности в отношении дела, затрагивающего права и свободы, поскольку без обладания информацией о состоянии и движении дела невозможно своевременно и эффективно реализовать процессуальные права.

Требование обеспечить бесплатной помощью переводчика или защитника при незнании языка, на котором осуществляется судопроизводство, и/или отсутствия денежных средств означает реальную возможность реализации процессуальных прав и обязанностей в процессе.

Принцип соблюдения баланса частных и публичных интересов, принцип рациональности решений и их обоснованности и законности — судебное решение как результат справедливого судебного разбирательства должно содержать его обоснование и решать все заявленные требования по спору. Аргументированное изложение обоснования судебного решения позволяет понять лицам, участвующим в деле, почему суд пришел к данному итогу слушаний и на каких нормах права оно основано. ЕСПЧ в постановлении по жалобе «Красуля против России» от 22 февраля 2007 г. напомнил, что «пункт 1 статьи 6 Конвенции обязывает суды мотивировать свои решения». Комитет министров Совета Европы (далее — Комитет) в приложении к Рекомендации R(84)5, принятой 28 февраля 1984 г., отметил, что в решении должна быть ссылка на любую норму права, и в нем, безусловно, должны быть решены все вопросы, связанные с доводами сторон. Необоснованные судебные решения не позволяют утверждать, что судебное разбирательство по делу было справедливым, а правовой спор решен в рамках закона.

Принцип правовой определенности предполагает, что ни одна из сторон по делу не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу решения суда в целях получения нового результата разрешения правового спора, т.е. стабильность судебных актов и гражданского оборота.

Статья 13 Конвенции предусматривает право каждого, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

Приведенное положение Конвенции является дополнительной гарантией защиты нарушенных прав. Государства-участники, взявшие обязательства соблюдать провозглашенные Конвенцией права человека, обязаны предусмотреть механизмы их защиты. Данная статья устанавливает не только право на эффективное средство правовой защиты, но и право добиваться восстановления прав, нарушенных государственными органами. Следует отметить, что это предопределяет иерархию органов и должностных лиц, решения, действия (бездействие) которых могут быть оспорены (проверены). Принципы ст. 6 и 13 Конвенции направлены на предоставление правовой защиты в рамках национального законодательства государствами-участниками, а при ее отсутствии — на защиту на международном уровне от действий (бездействия) государства, нарушившего права.

Идеей эффективной защиты прав человека пронизаны и другие международные документы, в том числе Международный пакт о гражданских и политических правах¹². Он принят позднее Декларации и Конвенции, и это повлияло на его преемственность общепризнанных принципов и положений, их воспроизведение. Вместе с тем Пакт устанавливает целый ряд требований, которые необходимо соблюдать органам государственной власти при реализации прав, свобод и законных интересов. К числу этих требований относятся: «развивать возможности судебной защиты» (п. «b» ст. 2), «обеспечить применение компетентными властями средств правовой защиты, когда они предоставляются» (п. «c» ст. 2). Специальной нормой, которая устанавливает требования к несудебной и судебной процедуре, является ст. 14 Международного пакта, которая, по сути, воспроизводит ст. 6 Конвенции.

Что касается Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека, то она, по сути, воспроизводит положения Европейской конвенции, учитывает Всеобщую декларацию, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966), Международный пакт о гражданских и политических правах и Факультативный протокол к нему (1977), а также международные обязательства по правам человека, принятые в рамках СБСЕ/ОСБСЕ¹³. Конвенция 1995 г. утверждает стандарт соблюдения прав, свобод и законных интересов в судебных и несудебных процедурах на территориях стран Содружества Независимых Государств. Поэтому если будут реализованы все громче звучащие призывы к денонсации Европейской конвенции¹⁴, то это не освободит Россию от выполнения международных обязательств по соблюдению стандарта прав, свобод и законных интересов человека в судебных и несудебных процедурах.

Хартия Европейского Союза об основных правах, принятая 7 декабря 2000 г. (далее — Хартия), сохраняет преемственность ценностей прав человека, но переосмысливает их, устанавливая своей целью защиту прав личности не от государства и его органов власти, а от наднациональных организаций и их органов. Такая постановка охранной задачи является результатом глобализации и объединения стран Европы в

¹² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1994. № 12.

¹³ СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ <http://elenamizulina.ru/work> (дата обращения: 10.12.2014)

Европейский Союз, что предполагает более высокие правовые гарантии, которые выходят на наднациональный уровень. Так, ст. 41 Хартии предусматривает право на хорошее управление, подразумевающее, что «каждое лицо имеет право на рассмотрение своего дела институтами и органами Союза беспристрастно, справедливо и в разумный срок. Данное право, в частности, охватывает:

- право каждого лица быть заслушанным до принятия по отношению к нему меры индивидуального характера, влекущей для него неблагоприятные последствия;
- право каждого лица на доступ к затрагивающему его информационному доосье при соблюдении законных интересов в виде конфиденциальности, профессиональной и коммерческой тайны;
- обязанность администрации мотивировать свои решения».

Пункт 3 ст. 41 Хартии устанавливает, что «каждое лицо имеет право на возмещение Сообществом убытков, причиненных ему институтами или их служащими при осуществлении своих обязанностей, в соответствии с общими принципами, свойственными правовым системам всех государств-членов», а п. 4 ст. 41 гарантирует, что «каждое лицо может обращаться к институтам Союза на одном из языков, на которых составлены договоры, и должен получить ответ на том же самом языке». Данная статья предусматривает общий стандарт предоставления публичных услуг как органами власти государства, так и наднациональными органами.

Статья 47 Хартии провозглашает право каждого на эффективное обжалование и на доступ к беспристрастному суду, если его права и свободы, гарантированные правом ЕС, были нарушены. Каждое лицо имеет право на справедливое, публичное рассмотрение его дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, который предварительно учрежден законом. Каждое лицо может пользоваться услугами адвоката, защищать себя и иметь представителя. Тем, кто не располагает достаточными средствами, предоставляется юридическая помощь в той мере, в которой данная помощь необходима для обеспечения эффективного доступа к правосудию¹⁵.

Российская Федерация не является членом Европейского Союза, и поэтому формально принципы Хартии не распространяются на деятельность российских несудебных и судебных органов (несмотря на опубликование Хартии для всеобщего сведения в Московском журнале международного права)¹⁶. Однако данные принципы сформированы под влиянием практики ЕСПЧ и созвучны принципам Федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», АПК, ГПК, Кодекса РФ об административных правонарушениях, УПК, Конвенций¹⁷. Сравнивая уровень правовых гарантий в судебной и несудебной процедуре, можно сделать вывод, что названные федеральные законы создают различный уровень

¹⁵ <http://eu-law.ru/about/%d0%bf%d1%80%d0%b0%d0%b2%d0%be-%d0%b5%d0%b2%d1%80%d0%be%d0%bf%d0%b5%d0%b9%d1%81%d0%ba%d0%be%d0%b3%d0%be-d1%81%d0%be%d1%8e%d0%b7%d0%b0/d1%85%d0%b0%d1%80%d1%82%d0%b8%d1%8f/> (дата обращения: 28.01.2015)

¹⁶ См. напр.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 18 декабря 2008 г. № КАС 08-646 «Об оставлении без изменения решения Верховного суда Российской Федерации от 21 октября 2008 г. № ГКПИ 08-1741, которым отказано в удовлетворении заявления о признании частично недействующим пункта 11 Административного регламента исполнения государственной функции по организации рассмотрения предложений, заявлений и жалоб осужденных и лиц, содержащихся под стражей, утв. Приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 26 декабря 2006 г. № 383» // ВС. 2009. № 11.

¹⁷ Имеется в виду Конвенция о защите прав человека и основных свобод и Конвенция Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека.

правовых гарантий, например, в части получения мотивированного ответа на заявление гражданина или права знать о ходе рассмотрения письменного обращения.

Примечательно, что в западных странах изначально сложились две системы: 1) стремление к кодификации и унификации административной процедуры (например, Австрия, Германия); 2) выработка требований к судебной процедуре (например, Великобритания, Франция)¹⁸. В результате процессов глобализации и имплементации норм международного права в национальное законодательство стран Европы и процесса восхождения национального права на международный уровень ряд правовых гарантий стал базовым. К их числу относятся право быть незамедлительно уведомленным о начале процедуры, право доступа к материалам дела, право на мотивированный ответ органа власти.

Реализация норм международного права, воспроизводящих требования справедливого судебного разбирательства, непосредственно сопряжена с воплощением этих норм международного права в нормативных правовых актах государств-участников соответствующих международных соглашений, в их соблюдении и применении при осуществлении органами государственной власти своих полномочий. Имплементация подразумевает соблюдение, исполнение, использование норм и принципов международного права государством как составляющие международного правового механизма.

Согласно п. 3 ст. 5 Федерального закона от 5 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации непосредственно. Как указано в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», к признакам, свидетельствующим о невозможности непосредственного применения положений международного договора, относятся, в частности, содержащиеся в договоре указания на обязательства государств-участников по внесению изменений во внутреннее законодательство этих государств.

При присоединении к Декларации, Европейской конвенции и Пактам Российская Федерация не делала оговорок о принятии специальных правил рассмотрения дела (за исключением Хартии, участницей которого не является), поэтому, следуя логике разъяснений Верховного Суда Российской Федерации, общепризнанные принципы этих международных актов действуют в Российской Федерации непосредственно. Вместе с тем правоприменительная практика показывает, что в большинстве случаев при рассмотрении дел российские суды общей юрисдикции придерживаются правил, установленных в федеральных законах, и редко обращают внимание на стандарты справедливого судебного разбирательства. Причиной такого положения дел видится в буквальном следовании императивным предписаниям процессуального законодательства. В связи с этим является небезосновательным утверждение Б.Л. Зимненко, что «нельзя полностью согласиться с содержанием п. 3 ст. 5 Федерального закона Российской Федерации «О международных договорах Российской Федерации», предусматривающего, что «положения официально опубликованных международных договоров Российской Федерации, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в Российской Федерации *непосредственно*»¹⁹.

¹⁸ Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ Зимненко Б.Л. Нормы международного права в судебной практике Российской Федерации. Пособие для судей. М.: РАП, 2003. С. 32.

Необходимо воспроизвести принципы справедливого судебного разбирательства в Кодексе, поскольку «идейные основы (начала) права лишь тогда становятся его принципами, когда закрепляются в самом праве: его содержании и формах»²⁰. Это позволило бы распространить их действие на весь процесс в целом и реально обеспечить правосудием права и свободы человека и гражданина, а равно организаций. Кроме того, воспроизведение принципов справедливого судебного разбирательства в Кодексе создало бы единый уровень правовых гарантий в судебной и несудебной процедурах, на всех их стадиях и во всей стране.

Что касается принципов гражданского судопроизводства, которые уже воспроизведены в национальном законодательстве, то их механическое перенесение не будет отвечать задачам и цели судопроизводства. Их следует переосмыслить в свете концепции справедливого судебного разбирательства и при необходимости внести коррективы. К числу таких положений относятся принципы публичности судебного процесса и рассмотрения дела в разумный срок.

Принцип публичности судебного процесса подразумевает как обеспечение доступа в суд, открытость судебных процессов, доступ обществу, так и осведомленность заинтересованных лиц о судебном процессе, доступ к документам дела, возможности их получения. Как справедливо отметила М.А. Филатова, стандарт публичности не нашел пока своего безусловного воплощения в российском праве «как доступ к материалам судебных дел, протоколам судебных заседаний для лиц, не участвующих в деле, но имеющих оправданный интерес к ознакомлению с такими материалами»²¹. Разделяя ее взгляды, необходимо отметить, что принцип публичности судебного разбирательства в гражданском процессе по мере повышения уровня иерархии суда, осуществляющего проверку судебного акта, проявляет тенденции к сужению. В частности, это касается производства в суде кассационной инстанции или в суде надзорной инстанции, где заинтересованные лица не только не извещаются о начавшейся проверке, но и сам заявитель ничего не знает о ее ходе. На это, недопустимое упрощение уже обращалось внимание в юридической литературе²², но оно осталось без внимания. Более того, положения ст. 383 и 391.7 ГПК РФ не предусматривают процессуальной обязанности судьи, вынесшего определение об отказе в передаче жалобы в судебное заседание соответствующей судебной инстанции, направлять копию этого определения ее подателю. В результате возникает парадоксальная ситуация: сначала жалобщик получает копию определения суда, что дело по его жалобе истребовано, а затем наступает молчание компетентного суда о ходе проверки. Такое регулирование существенно затрудняет доступ в суд, особенно для подателей кассационной или надзорной жалобы в гражданском процессе, которые не извещаются о ходе проверки, и им не направляют соответствующие «отказные» определения. Они не могут обратиться в следующую судебную инстанцию, поскольку у них отсутствуют надлежащим образом заверенные копии судебных актов соответствующей проверочной инстанции (о которых заявители долгое время могут не знать ввиду отсутствия соответствующей информации, в том числе на официальном сайте суда). В материалах гражданского дела определения, выносимые судьей в кассационной инстанции, не хранятся, поэтому заявителю приходится преодолевать значи-

²⁰ Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Юрист, 2004. С. 105.

²¹ Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012. С. 60.

²² Алексеевская Е.И. О соблюдении принципа правовой определенности в производстве в суде надзорной инстанции // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 4. С. 45–50.

тельные расстояния для получения копий необходимых ему судебных актов, либо нести дополнительные судебные расходы на пересылку прошения о выдаче соответствующих копий судебных актов²³.

Можно было бы сослаться на успешную практику в арбитражном процессе по обеспечению доступа к материалам дела и к судебным актам, но учитывая, что в АПК внесены изменения, которые предписывают к кассационным и надзорным жалобам прилагать заверенные соответствующим судом копии обжалуемых судебных актов, правила арбитражного процесса в части реализации принципа публичности на стадиях кассационной и надзорной инстанций нельзя считать соответствующими концепции справедливого судебного разбирательства.

Аналогичные нарекания вызывает реализация принципа рассмотрения дела в разумный срок, несмотря на то, что он относительно недавно вошел в перечень принципов цивилистического процесса в национальном законодательстве. Свидетельством этого утверждения является практика судов общей юрисдикции по рассмотрению заявления о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок. В большинстве случаев суды отказывают заявителям со ссылкой на ч. 2 ст. 1 Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» («нарушение установленных законодательством Российской Федерации сроков рассмотрения дела или исполнения судебного акта само по себе не означает нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»)²⁴. Показательным примером может служить дело, в котором податель соответствующего заявления ссылался на нарушение права на рассмотрение дела в разумный срок. Заявитель указывал, что его несложное дело по иску о расторжении договора на оказание образовательных услуг и возврату денежных средств, уплаченных потребителем образовательных услуг, было рассмотрено за 422 дня вместо 60 дней, а период волокиты составил 362 дня (10 дней — несвоевременное принятие искового заявления, 221 дня — несвоевременное назначение дела к судебному заседанию, 93 дня — отсутствие контроля суда за выполнением работниками суда их служебных обязанностей, 38 дней — нарушение срока изготовления мотивированного решения суда)²⁵.

Государство, устанавливая порядок судопроизводства, предполагает осуществление процессуальных прав и обязанностей в определенный срок, который способствует достижению цели правосудия. Поэтому обеспечение правосудием прав, свобод и законных интересов предполагает своевременное рассмотрение и разрешение правовых споров. Своевременность рассмотрения дела судом подразумевает соблюдение, в том числе судом, установленных законом или назначенных судом сроков. Нарушение судом установленного срока не отвечает задачам и цели правосудия. Сохранение названного положения в законодательстве и практика его применения не соответствуют не только цели принятия Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», но и цели правосудия в общем.

²³ *Андерсон Дж.* Реформа судебной системы в странах Европы и Центральной Азии: доклад на VII Международной научной конференции «Модернизация экономики и государство» 4–6.04. 2006. М.: Изд. дом ГУ ВШЭ, 2006. С. 26.

²⁴ СЗ РФ. 2010. № 18. Ст. 2144.

²⁵ Гражданское дело № 2-1091/2014 Пресненского районного суда г. Москвы.

Принципы справедливого судебного разбирательства, которые в настоящее время не воспроизведены в национальном процессуальном законодательстве, следует сформулировать с учетом практики ЕСПЧ как по жалобам против Российской Федерации, так и по жалобам против других государств-участников Конвенции, а также с учетом использования электронных публичных сервисов²⁶. Это позволит повысить уровень правовых гарантий и исключить вероятность нарушений ст. 6 Конвенции в будущем.

Реализация данных предложений позволит сформировать более прогрессивные гражданские процессуальные нормы в других разделах Кодекса, даст возможность осознать направление и идеальную модель судебной системы, помогут уяснить смысл иных его положений и институтов. Этому также будет способствовать широкое обсуждение положений Кодекса до его принятия, что отмечалось ранее в юридической литературе²⁷.



Библиография

Алексеевская Е.И. О соблюдении принципа правовой определенности в производстве в суде надзорной инстанции // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2008. № 4. С. 45–50.

Андерсон Дж. Реформа судебной системы в странах Европы и Центральной Азии: доклад на VII Международной научной конференции «Модернизация экономики и государство», 4–6 апреля 2006 г. [Текст] : [пер. с англ.] / Дж. Андерсон, Ч. Грей. М.: Изд. дом. ГУ ВШЭ, 2006. С. 26.

Административные процедуры и контроль в свете европейского опыта / под ред. Т.Я. Хабриевой, Ж. Марку // СПС «КонсультантПлюс».

Глушкова И.Б. Реализация права на справедливое судебное разбирательство в арбитражном процессе: автореф. дис... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. 26 с.

Гомьен Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М.: МНИМП, 1998. 600 с.

Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М.: Статут, 2006. 283 с.

Зимненко Б.Л. Нормы международного права в судебной практике Российской Федерации. Пособие для судей. М.: РАП, 2003. 198 с.

Калистратова Р.Ф. Доступность и эффективность правосудия в проектах ГПК и АПК / Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства / отв. ред. И.А. Приходько. М.: Лиджист, 2001. С. 99–104.

Кожевникова Ю.С., Алексеевская Е.И. Информационные технологии как точка соприкосновения органов исполнительной власти, осуществляющих надзорные полномочия // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2013. № 9. С. 35–38.

Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М.: Юрист, 2004. 669 с.

Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: международное и внутригосударственное правовое регулирование: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2003. 25 с.

Рахманина Т.Н. Кодификация законодательства. М.: Юрист, 2005. 141 с.

Рехтина И.В. Надзорное производство в гражданском процессе: вопросы теории и практики: монография. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 133–171.

Рязановский В.А. Единство процесса: Учебное пособие. М.: Городец, 2005. 80 с.

²⁶ Кожевникова Ю.С., Алексеевская Е.И. Информационные технологии как точка соприкосновения органов исполнительной власти, осуществляющих надзорные полномочия // *Государственная власть и местное самоуправление*. 2013. № 9. С. 35–38.

²⁷ См. напр.: Рахманина Т.Н. Кодификация законодательства. М.: Юрист, 2005. С. 94; Калистратова Р.Ф. Доступность и эффективность правосудия в проектах ГПК и АПК. Проблемы доступности и эффективности арбитражного и гражданского судопроизводства / отв. ред. И.А. Приходько. М.: Лиджист, 2001. С. 99.

Сахнова Т.В. Новые ГПК и АПК РФ: единство процесса? / АПК и ГПК 2002 г.: сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения. Материалы Всероссийской научно-практической конференции. М.: Российская академия правосудия, 2004. С. 25–34.

Стандарты справедливого правосудия (международные и национальные практики) / под ред. Т.Г. Морщаковой. М.: Мысль, 2012. 584 с.

New Code of Civil Proceedings: Outlook



Ekaterina I. Alexeevskaya

Senior Research Fellow, Institute of Legal Regulation, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: e.alexeevskay@hse.ru



Abstract

As part of the legislative work of the common rules of civil procedure to be applied by the courts of general jurisdiction and arbitration courts, the author addresses the problem of unification and codification of principles. The thesis of the need for a broader approach: include major, cross-industry principles and institutions, and the principles of international law relating to the rights, freedoms and legitimate interests of the person, including the judiciary ones in the new code. Based on the analysis of the main provisions and principles of international law, the author concludes that there is a need for consolidation in the new code of principles of a fair trial, to be informed with regard to matters affecting the rights, freedoms and legitimate interests; freely exercise procedural rights; access to free legal aid in cases stipulated by the federal law; compliance with private and public interests; compliance with the principle of legal certainty. In this case, the focus is on what part of the principles of the concept of a fair trial is already familiar in civil and arbitration process, and the other part is known only by the decisions of the European Court of Human Rights Complaints against the Russian Federation. However, mechanical transfer of the principles already enshrining civil process in the new code will not be consistent with the objectives and purposes of civil proceedings. The principles of civil procedure are necessary to comprehend subject to the progressively developing legal, judicial practice, including the European Court of Human Rights. The author by the example of the openness and consideration of the case within a reasonable time demonstrates the objective necessity of updating the content of the principles of civil proceedings, taking into account the use of electronic public services. The article also draws attention to the need to establish a uniform level of legal safeguards that arise from the generally recognized principles of international law, the rights, freedoms and legitimate interests in judicial and non-judicial proceedings.



Keywords

civil process; arbitration; civil procedure; the principles of civil process; fair trial; court fine; awareness of the cases; exercise rights freely; access to free legal aid; respect for private and public interests; the principle of legal certainty.

Citation: Alexeevskaya E.I. (2015) New Code of Civil Proceedings: Outlook. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–16 (in Russian).



References

Alekseevskaya E.I. (2008) O soblyudenii printsipa pravovoy opredelennosti v proizvodstve v sude nadzornoy instantsii [On the Principle of Legal Certainty in Supervisory Court]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 4, pp. 45–50.

Anderson Dzh. (2006) Reforma sudebnoy sistemy v stranakh Evropy i Sentral'noy Azii [Judicial Reform in Europe and Central Asia]. *Proceedings of 7th Research Conference Modernizatsiya ekonomiki i gosudartsvo. State University Higher School of Economics*. Moscow: HSE, p. 26 (in Russian)

Glushkova I.B. (2011) *Realizatsiya prava na spravedlivoe sudebnoe razbiratel'stvo v arbitrazhnom protsesse (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Implementing the Right to Fair Trial in Arbitration (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Saratov, 26 p. (in Russian)

Gom'en D., Zvaak L. (1998) *Evropeyskaya konventsiya o pravakh cheloveka i Evropeyskaya sotsial'naya khartiya: pravo i praktika* [European Convention on Human Rights and European Social Charter]. Moscow: MNIMP Publishing, 600 p. (in Russian)

Kalistratova R.F. (2001) *Dostupnost' i effektivnost' pravosudiya v proektakh GPK i APK* [Accessibility and Efficiency of Judgement in GPK and APK Projects]. Prikhod'ko I.A. (ed.) *Problemy dostupnosti i effektivnosti arbitrazhnogo i grazhdanskogo sudoproizvodstva* [Issues of Accessibility and Efficiency of Arbitration and Civil Proceedings]. Moscow: Legist, pp. 99–104 (in Russian)

Khabrieva T.Ya., Marku Zh. (eds.) (2011) *Administrativnye protsedury i kontrol' v svete evropeyskogo opyta*. SPS «Konsul'tantPlyus».

Kozhevnikova Yu.S., Alekseevskaya E.I. (2013) *Informatsionnye tekhnologii kak tochka soprikosnoveniya organov ispolnitel'noy vlasti, osushchestvlyayushchikh nadzornye polnomochiya [IT as Contact Points for Supervisory Bodies of Executive Power]. Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no 9, pp. 35–38.

Morshchakova T.G. [ed.] (2012) *Standarty spravedlivogo pravosudiya (mezhdunarodnye i natsional'nye praktiki)* [Fair Justice Standards (International and Internal Practice)], Moscow: Mysl', 584 p. (in Russian)

Osokina G.L. (2004) *Grazhdanskiy protsess. Obshchaya chast'* [Civil Process. General Part]. Moscow: Yurist, 669 p. (in Russian)

Rabtsevich O.I. (2003) *Pravo na spravedlivoe sudebnoe razbiratel'stvo: mezhdunarodnoe i vnutrigosudarstvennoe pravovoe regulirovanie (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Right to Fair Trial: International and Internal Legal Regulation (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Kazan, 25 p. (in Russian)

Rakhmanina T.N. (2005) *Kodifikatsiya zakonodatel'stva* [Codification of Legislation]. Moscow: Yurist, 141 p. (in Russian)

Rekhtina I.V. (2010) *Nadzornoe proizvodstvo v grazhdanskom protsesse: voprosy teorii i praktiki: monografiya* [Review Proceedings in Civil Process: Theory and Practice: Monograph]. Moscow: Yurlitinform, pp. 133–171 (in Russian)

Ryazanovskiy V.A. (2005) *Edinstvo protsessa: uchebnoe posobie* [Uniformity of Process. Manual]. Moscow: Gorodets, 80 p. (in Russian)

Sakhnova T.V. (2004) *Novye GPK i APK RF: edinstvo protsessa? [New GPK and APK RF: a Uniform Process?]. Proceedings of Research Conference Comparative Analysis and Topical Problems of Law Enforcement*. Moscow: Russian Academy of Justice, pp. 25–34.

Zhuykov V.M. (2006) *Sudebnaya reforma: problemy dostupa k pravosudiyu* [Judicial Reform: Issues of Accessibility to Judgement]. Moscow: Statut, 283 p. (in Russian)

Zimnenko B.L. (2003) *Normy mezhdunarodnogo prava v sudeyskoy praktike Rossiyskoy Federatsii. Posobie dlya sudey* [International Law Norms in Russian Federation Judicial Practice. Manual for Judges]. Moscow: RAP Publishing, 198 p. (in Russian)

Свобода распространения информации в свете действующих норм международного права



Е.Б. Ганюшкина

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 101000, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ganushel@mail.rur



Аннотация

Свобода информации является предметом обсуждения с первых дней работы органов ООН. По этой проблематике приняты многочисленные рекомендательные нормы, введен в действие ряд международных договоров на универсальном и региональном уровне. Несмотря на это, в деле реализации свободы информации остается еще очень много невыясненного. Настоящая статья рассматривает только часть этой большой проблемы — какова должна быть степень свободы информации, когда процесс ее распространения осуществляется через средства массовой информации. Позиция государств в этом плане далека от единых подходов. То, что было очевидным для большинства государств сразу после окончания Второй мировой войны, в наши дни подвергается существенной ревизии. Это не способствует укреплению взаимопонимания разных народов и даже может способствовать ухудшению межгосударственных отношений. Вопреки мнению некоторых ученых о том, что сложились и реализуются принципы и нормы международного права, составляющие «право массовой информации», автор настоящей статьи склонен поддержать точку зрения о нецелесообразности искусственного отделения права массовой информации от технических и содержательных аспектов информационного права в целом, а также против выделения проблем международно-правового регулирования международных информационных отношений из контекста действующих в системе международного права отраслей. Большинство принципов, сформулированных исследователями для международного информационного права, одновременно являются принципами права массовой информации. Нет общепризнанного определения понятия «массовая информация», что затрудняет выработку общих подходов государств в области регламентации тех средств, с помощью которых обеспечивается широкое распространение информации в обществе. В статье приведены сведения о наиболее важных для современного состояния международных отношений направлениях сотрудничества государств в сфере распространения информации; представлена информация о новых проектах, внесенных на рассмотрение различных международных организаций; очерчен круг потенциально возможных форматов обсуждения проблем распространения информации на межгосударственном уровне; рассмотрены наиболее интересные для понимания того, насколько абсолютна свобода распространения информации, дела международных судов. Государства для поддержания международного мира и стабильности должны искать общие подходы, независимо от того, какие технические средства используются.



Ключевые слова

информационная война, право массовой информации, международные информационные отношения, международное информационное право, международная информационная безопасность, информационно-коммуникационные технологии, пропаганда, идеологическая агрессия, ложная или извращенная информация.

Библиографическое описание: Ганюшкина Е.Б. Свобода распространения информации в свете действующих норм международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 17–36.

JEL: F53, F 55; УДК: 341

Трудно не заметить проявления информационного противостояния государств. Многие российские специалисты констатируют развернутую по всему миру информационную войну против России¹.

В широком понимании термина «информационная война» — это скоординированная кампания обнародования недостоверной информации с использованием различных средств передачи информации, сопровождаемая тотальным контролем над ключевыми СМИ. Примеры фальсификации реальности приведены, например, Председателем Конституционного суда РФ В. Зорькиным: предъявление высокопоставленными представителями США и Великобритании с международных трибун фальсифицированных доказательств наличия в Ираке оружия массового поражения; демонстрация ведущими мировыми телеканалами зрителям съемки продвижения грузинских войск в Южной Осетии, и объявление их «вторжением в Грузию российских танковых колонн» в августе 2008 г.²; распространение через глобальные СМИ по всему миру фальсифицированных фото... намеренное искажение событий в Египте, Тунисе, Сирии во время «революций арабской весны»³.

В узком смысле «информационная война» — это видеозаписи и текстовые сайты в Интернете. В Соглашении⁴ между правительствами государств-членов Шанхайской организации о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности от 16 июня 2009 г. термин «информационная война» определен как «противоборство между двумя или более государствами в информационном пространстве с целью нанесения ущерба информационным системам, процессам и ресурсам, критически важным и другим структурам, подрыва политической, экономической и социальных систем, массовой психологической обработки населения для дестабилизации общества и государства, а также принуждения государства к принятию решений в интересах противоборствующей стороны». Определение сформулировано прежде всего для предотвращения негативных воздействий на информационное киберпространство⁵.

¹ Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М.: Статут, 2015. С. 301.

² О фальсификации событий августа 2008 г., организованной западными СМИ (телеканалами Евроньюз, Би-Би-Си и др.), в том числе искажении смысла Душанбинской декларации глав государств-членов ШОС от 29 августа 2009 г., а также об опасности для РФ оказаться в изоляции в мировом информационном пространстве см.: Лукин А.В. Поворот к Азии. Российская внешняя политика на рубеже веков и ее активизация на восточном направлении. М.: Весь мир, 2014. С. 132, 322.

³ Зорькин В. Право — и только право. О вопиющих правонарушениях, которые упорно не замечают // Российская газета. 2015. 24 марта.

⁴ См. Приложение 1 Соглашения между правительствами государств-членов Шанхайской организации сотрудничества о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности // Бюллетень международных договоров. 2012. № 1. С. 13–21. Вступило в силу 2 июня 2011 г., в том числе для Российской Федерации.

⁵ На основе Соглашения 2009 г. 12 сентября 2011 г. в ходе 66-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН (далее — ГА) от имени государств-членов ШОС был распространен проект «Правил поведения в области обеспечения международной информационной безопасности» (он же Кодекс информационной

Широко декларируемая во многих странах свобода слова, свобода информации в большинстве случаев связывается со свободой массовой информации. В то же время нет общепризнанного определения термина «массовая информация». Представители доктрины международного права предполагают формирование «права массовой информации».

Под **правом массовой информации** авторами учебников по международному праву понимается совокупность специальных международных принципов и норм, регулирующих права и обязанности субъектов международного права в процессе использования (или санкционирования использования) СМИ⁶.

Это доктринальное определение созвучно тексту Декларации терпимости (толерантности), утвержденной резолюцией Генеральной конференции ЮНЕСКО 16 ноября 1995 г.: «международное информационное право» — совокупность принципов и норм международного права, регулирующая международные отношения по поводу информации».

В.П. Талимончик считает, что международные информационные отношения включают отношения, связанные с созданием, поиском, получением, распространением, передачей, использованием, хранением, преобразованием, систематизацией, уничтожением информации, а также с доступом к ней; отношения по использованию телекоммуникаций; отношения по реализации международной информационной безопасности⁷.

Исходя из **Доктрины информационной безопасности**⁸ Российской Федерации, утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 9 сентября 2000 г.⁹, речь идет

безопасности. См.: Международное право: учебник / отв. ред. С.А. Егоров. М.: Статут, 2014. С. 1074). Наконец, новые идеи в деле разработки информационных технологий, которые могут быть использованы в целях, не совместимых с задачами по поддержанию международной стабильности и безопасности, отражены в Письме постоянных представителей Казахстана, Китая, Кыргызстана, РФ, Таджикистана и Узбекистана при ООН от 9 января 2015 г. на имя Генерального секретаря (документ А/69/723). В отличие от концепций, предполагающих регулирование кибервойн, документ государств-членов ШОС нацелен на предотвращение конфликтов в информационном пространстве, в нем закреплено обязательство государств не применять информационно-коммуникационные технологии в целях нарушения международного мира и безопасности, а также вмешательства во внутренние дела других государств и подрыва их политической, экономической и социальной стабильности (Сообщения для СМИ об инициативе стран-членов ШОС «Правила поведения в области обеспечения международной информационной безопасности») // http://www.mid.ru/brp_4nsf/newslne (дата обращения: 24.03.2015). Предложения ШОС будут рассматриваться 69-й сессией ГА (п. 91 повестки дня «Достижения в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности»).

⁶ Международное право: учебник / отв. ред. А.Н. Вылегжанин. М.: Юрайт, 2009. С. 779. Международное право: учебник / отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М.: Международные отношения, 2000. С. 488.

⁷ Талимончик В.П. Международно-правовое регулирование отношений в сфере инфраструктуры: автореф. дис... д-ра юрид. наук. СПб., 2013. С. 13.

⁸ В Основах государственной политики Российской Федерации в области международной информационной безопасности на период до 2020 года, утв. Президентом Российской Федерации 24 июля 2013 г. № ПР-1753, под международной информационной безопасностью понимается такое состояние глобального информационного пространства, при котором исключены возможности нарушения прав личности, общества и прав государства в информационной сфере, а также деструктивного противоправного воздействия на элементы национальной критической информационной структуры. Документ опубликован на сайте Совета Безопасности Российской Федерации // <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/114.html>. (дата обращения: 24.03.2015). См. также: Климашин И.В. О консолидации усилий мирового сообщества в обеспечении международной безопасности // Право и безопасность. 2012. № 3–4. С. 24–28.

⁹ Указ Президента Российской Федерации от 9 сентября 2000 г. № ПР-1895 / Российская газета. 2000. 28 сентября. См. также: Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации, ут-

о процессе производства, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, передачи, распространения и потребления информации.

Применительно к настоящей статье назначение права массовой информации — регулировать в форме норм международного права международные отношения по поводу глобального информационного пространства.

В международном информационном праве выделяют три направления:

- соблюдение информационных прав и свобод граждан;
- обеспечение национальной и международной информационной безопасности;
- регулирование проблем информации в отдельных сферах международных отношений. Например, в области науки и техники, в том числе по поводу результатов фундаментальных, поисковых и прикладных научных исследований; по поводу открытий, различного рода технологии, промышленных образцов, полезных моделей и экспериментального оборудования.

Практика применения норм международного права, регулирующих использование СМИ в пределах, превышающих территорию одного государства, выработала ряд ключевых направлений взаимодействия государств в этой сфере: — право на распространение массовой информации за пределами своих границ; — право развивать СМИ и использовать их, соблюдая международные стандарты, в трансграничном масштабе; — все народы имеют право на свободный доступ к сведениям, распространяемым с помощью СМИ; — контроль за деятельностью национальных органов массовой информации, распространяющих идеи и сведения за границей, должны осуществлять государства.

В наиболее разработанном виде систему принципов, действующих в области правового регулирования международных информационных отношений, предлагает В.П. Талимончик: принцип широкого и сбалансированного распространения информации; принцип, согласно которому осуществление свободы мнения, выражения и информации является существенным фактором укрепления мира и международной безопасности; принцип в соответствии с которым средства информации должны вносить вклад в укрепление мира и международного взаимопонимания и в борьбу против расизма, апартеида и подстрекательства к войне; принцип, в соответствии с которым средства массовой информации должны способствовать воспитанию молодежи в духе мира, справедливости, свободы, взаимного уважения и взаимопонимания между народами; принцип публичного опровержения сведений, распространение которых причинило ущерб усилиям по укреплению мира и международного взаимопонимания, нарушает права человека, мешает борьбе против расизма, апартеида и подстрекательства к войне, а также находящиеся в стадии формирования: а) принцип, определяющий, что доступ общественности к информации должен гарантироваться разнообразием доступных ей источников и средств информации; б) принцип безопасности и конфиденциальности при использовании информационно-коммуникационных технологий¹⁰.

К СМИ обычно относят:

1) распространение тиражированной печатной продукции (книг, газет, журналов, буклетов, альбомов);

2) распространение звуковых и визуальных записей (грампластинок, магнитофонных пленок, узкоплёночных кинофильмов, видеомагнитофонных пленок и т.п.);

верждена Президентом Российской Федерации 7 февраля 2008 г. № ПР-212 // Российская газета. 2008. 16 февраля.

¹⁰ Талимончик В.П. Международно-правовое регулирование отношений в сфере инфраструктуры. С. 28–29. Подробнее см.: Талимончик В.П. Общие принципы международного права в сфере информационного обмена // Информационное право. 2007. № 3 (10). С. 3–6.

3) организацию массовых зрелищ и слушаний (театральные постановки, включая балет, выставки, лекции, публичные спортивные состязания, демонстрация кинофильмов);

4) электронные средства массовой информации:

4.1) радиовещание (через радиотрансляционную сеть или через эфир — важнейшее СМИ для стран с низким уровнем грамотности)¹¹;

4.2) телевизионное вещание. Быстрое развитие многонациональных и многоязыковых каналов, передаваемых через спутники, делает возможным прием иностранного телевидения на дому по кабельному телевидению или с помощью специальных антенн;

4.3) передачу информации по сетям компьютерной связи (компьютеры могут хранить, анализировать, кодировать, декодировать информацию в таком объеме, что это все больше превращается в самый мощный и одновременно самый уязвимый инструмент¹², с помощью которого могут осуществляться сбор и распространение информации. Базы данных и другие хранилища компьютерной информации позволяют обрабатывать огромные массы данных и обеспечивают им широкий доступ¹³. Пока в этой сфере действуют только региональные нормы. В их числе Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации¹⁴ от 1 июня 2001 г., Соглашение между правительствами государств-членов Шанхайской организации о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности от 16 июня 2009 г., а также принятая в рамках Совета Европы и подписанная в Будапеште Международная конвенция о киберпреступности от 23 ноября 2001 г. и Дополнительный протокол к ней¹⁵ 2002 г. Отношение Российской Федерации к Будапештскому договору менялось. 15 ноября 2005 г. Президент Российской Федерации дал распоряжение подписать этот договор, причем подписание предполагалось сделать с оговоркой в отношении п. «b» ст. 32 Конвенции 2001 г., а затем последовало Распоряжение «О признании утратившим силу распоряжения Президента РФ от 15 ноября 2005 года»¹⁶. Опасность того, что применение ст. 32 Будапештского договора, позволяющей получать без согласия страны-

¹¹ Борисов К.Г. Правовые формы партнерства Европейского Союза в сфере коммуникаций и информационных услуг // Московский журнал международного права. 1998. № 2 (30). С. 84.

¹² Использование современных информтехнологий в отношении того или иного государства способно дестабилизировать экономику, подорвать суверенитет и основы государственного устройства, нарушить функционирование практически всех инфраструктур государства. См.: Егоров И. Чекисты раскинут сеть // Российская газета. 22 января 2013 г. См. также: Касенова М. Глобальное управление Интернетом в контексте современного международного права // Индекс безопасности. 2013. № 104. С. 43–64; Демидов О. Обеспечение международной информационной безопасности и российские национальные интересы. Там же. С. 129–168.

¹³ Борисов К.Г. Указ. соч. С. 84–85.

¹⁴ Вступило в силу 14 марта 2002 г. для Азербайджана, Армении, Белоруссии, Казахстана, Молдавии и Таджикистана, действительно на территории РФ с 17 октября 2008 г. с оговоркой // Федеральный закон от 1 октября 2008 г. № 164-ФЗ «О ратификации Соглашения о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации» // Бюллетень международных договоров. 2008. № 12. С. 74.

¹⁵ Международная конвенция о киберпреступности 2001 г., вступила в силу 1 июня 2004 г. По данным на 27 марта 2015 г. эту Конвенцию и Протокол к ней ратифицировали 45 государств, из них 39 государств-членов Совета Европы и 6 государств, не входящих в эту региональную организацию, в их числе США, Австралия, Япония // <http://conventions.coe.int./Treaty/Commun/ChercheSig.asp>? (дата обращения: 27.03.2015).

¹⁶ Текст см.: СЗ РФ. 2005. № 47. Ст. 4929.

участницы доступ к хранящимся на ее территории компьютерным данным¹⁷, может нанести ущерб национальной безопасности государств-участников Конвенции 2001 г., повлияло на то, что не только Россия воздерживается от участия в этом договоре. Власти Швеции намерены создать новые механизмы по защите информации, в том числе персональных данных; на усилении работы в секторе информации и персональных данных настаивает Министерство обороны Финляндии¹⁸. Проблема обсуждается в рамках межправительственной Группы экспертов для проведения всестороннего исследования по киберпреступности¹⁹, созданная Комиссией по предупреждению преступности и уголовному правосудию ЭКОСОС, что было предусмотрено в итоговых документах 12-го Конгресса ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Сальвадор, 12–19 апреля 2010 г.).

20 октября 2014 г. министр связи и массовых коммуникаций Российской Федерации в ходе Полномочной конференции Международного союза электросвязи (МСЭ), проходившей в Республике Корея, предложил обсудить необходимость разработки и принятия международной конвенции по управлению инфраструктурой Интернета²⁰.

Весьма значительным событием стало подписание лидерами стран Группы восьми «Хартии Глобального информационного общества» (Окинава, 22 июля 2000 г.), которая воспринимается как авторитетная рекомендация по объединению мирового информационного сообщества. Принятие Окинавской хартии было вызвано тем, что мировое сообщество обеспокоено ростом количества компьютерных правонарушений. Несмотря на постоянную работу над созданием, совершенствованием и реализацией международных нормативных документов, посвященных повышению эффективности взаимодействия правоохранительных органов в условиях глобальной информатизации, их механизмов явно недостаточно. Думают о наднациональных правовых механизмах в этой области с тем, чтобы обеспечить быстрый, надежный, безопасный и экономичный доступ к информационным ресурсам.

Панк-молебен в Храме Христа Спасителя в Москве, изготовление скульптур из специфического материала — праха из печей нацистских лагерей — и т.п. действия, оскорбляющие чувства большого количества людей, заставляют думать о расширении границ «права массовой информации». Полагаю, что государства в рамках своей территории должны контролировать вербальные и бессловесные публичные действия²¹, негативным образом воздействующие на население, такие примеры уже есть²². Возможно, на-

¹⁷ См., напр.: Международное право: учебник / отв. ред. С.А. Егоров. С. 1074.

¹⁸ Подробнее см.: *Федякина А.* «Клавы» на изготовку // Российская газета. 2013. 18 октября.

¹⁹ Первое совещание Группы (Вена, 17–21 января 2011 г.), Второе совещание Группы (Вена, 25–28 февраля 2013 г.). Доклад о работе совещания Группы экспертов для проведения всестороннего исследования по киберпреступности см.: Документ UNODC/CCHCJ/EG.4, 2013/3, March 1, 2013.

²⁰ См.: http://minsvyas.ru/ru/news/index.php?id_4=44922 (дата обращения 20.10.2014). Предложение учитывает прецедент целенаправленного отключения Сирии от Интернета в 2012 г. и Программы Тунисского этапа 2005 г. Всемирной встречи на высшем уровне по вопросам информационного общества. По п.72 Тунисской программы под эгидой ООН учрежден также Форум по вопросам управления использованием Интернетом (The Internet Governance Forum (IGF)). С 2006 г. Форум провел 7 встреч. Подробнее см.: <http://www.ingovforum.org>.

²¹ Идеи неонацистов могут распространяться в том числе путем шествия лиц в форме гитлеровской Германии без лозунгов и транспарантов.

²² В Государственную Думу внесен законопроект, увеличивающий штрафы с граждан, чиновников и организаций за пропаганду или публичную демонстрацию нацистской символики и атрибутики экстремистских организаций. См.: *Петров И.* По свастике ударят дважды // Российская газета. 2015. 1 апреля.

стало время предложить выработку согласованного на международном уровне проекта Кодекса поведения в области ограничения со стороны властных структур проявлений самовыражения индивидов и их ассоциаций. Выработка международных стандартов в этом направлении позволит избежать неоправданных ограничений со стороны государства.

Массовая информация является важным средством формирования национального и международного общественного мнения, неотъемлемым компонентом внутрисударственной и внешней политики. Слово, камеры, фотография, Интернет и вообще информация, по мнению министра обороны РФ С. Шойгу, стали еще одним видом оружия: «Это оружие может быть применено и по-хорошему, и по-плохому»²³. Учитывая эти негативные тенденции, предлагается внедрить в международное право новый принцип — недопустимости использования информационно-коммуникативных технологий в агрессивных целях — и заключить специальный международный договор, направленный на ограничение использования информационно-коммуникационных технологий в период вооруженных конфликтов²⁴.

СМИ играют важную роль в распространении позитивных аспектов процесса глобализации, стирая различия в образе жизни, обычаях, традициях, затрудняющих понимание между государствами. В то же время 2/3 информационного потока исходит из развитых стран. 80% ежедневных международных новостей передаются ведущими западными информационными агентствами. В Интернете доминирует английский язык. В результате большая часть планеты вынуждена смотреть на мир чужими глазами²⁵.

Резолюция ГА «Достижения в сфере информации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности»²⁶ от 7 января 2002 г. констатирует, что распространение и использование информационных технологий (средств) затрагивает интересы всего международного сообщества, в процессе разработки и внедрения новейших информационных технологий и средств телекоммуникации появляются широчайшие позитивные возможности для дальнейшего развития цивилизации на благо всех государств.

В наши дни приходится уделять повышенное внимание тому, что СМИ могут быть использованы в целях, не совместимых с задачами обеспечения международной стабильности и безопасности. Поэтому ГА поставлена задача найти способы предотвратить использование информационных ресурсов или технологий в преступных или террористических целях, члены Организации призваны содействовать рассмотрению на многостороннем уровне существующих и потенциальных угроз в сфере информационной безопасности, исходя из необходимости сохранить свободный поток информации. Пока предлагается изучить соответствующие международные концепции, которые были бы направлены на укрепление безопасности глобальных информационных телекоммуникационных систем²⁷.

²³ Гаврилов Ю. Слово тоже стреляет. В Минобороны выбрали медиа-асов // Российская газета. 2015. 30 марта.

²⁴ Тиунов О.И., Авхадеев В.Р. Об использовании информационно-коммуникационных технологий в вооруженных конфликтах и вопросы применимости международного права к их использованию государствами // Современное международное право: теория и практика. М.: Оригинал-макет, 2015. С. 362–369.

²⁵ См.: Овчинников В. Информационный гегемонизм // Российская газета. 2005. 24 июня.

²⁶ A/RES/56/19 от 7 января 2002 г.

²⁷ Текст резолюции от 7 января 2002 г. см.: Московский журнал международного права. 2002. № 2 (45). С. 237–239.

На I сессии ГА была принята резолюция № 59 «Созыв международной конференции по вопросу о свободе информации» от 14 декабря 1946 г. Ее формулировки на многие годы предопределили основные понятия и направления сотрудничества государств по регламентации содержания массовой информации.

ГА пришла к заключению, что свобода информации является основным правом человека и представляет собой критерий, с помощью которого можно оценить степень всех других видов свободы, защите которых посвящена деятельность ООН. В резолюции № 59 содержится определение термина «свобода информации» — это право повсеместно и беспрепятственно собирать, передавать и публиковать информационные сведения. Данное определение отражает только одну сторону вопроса — право распространять информацию, в нем ничего не сказано о праве пользования информацией. Специалисты полагают, что право распространения информации свойственно правам индивида, но не государства²⁸ и его официальных представителей.

П. 3 ст. 1 Устава ООН, касающейся международного сотрудничества и поощрения прав человека и основных свобод, не регулирует прав человека, как субъектов правоотношений. Исходя из этого, некоторые исследователи этого вопроса полагают, что ссылки в резолюции ГА 1946 г. на свободы, защищаемые Объединенными Нациями, как на свободы индивида, неправомерны²⁹. Видимо, было бы более точным говорить о создании государствами условий, позволяющих реализовать свободу распространения информации индивидами.

Резолюция ГА 1946 г. признает, что взаимопонимание и сотрудничество между народами невозможны при отсутствии бдительного и здорового общественного мнения, которое в свою очередь зависит от свободы информации. Резолюция № 59, ратуя за международно-правовое регулирование прав и обязанностей государств в сфере распространения информации с помощью любых средств коммуникации, не указывает, что неограниченная свобода информации может при определенных условиях вовсе не способствовать, но и усложнить взаимопонимание и сотрудничество между государствами.

Резолюция II сессии ГА № 110 от 3 ноября 1947 г. осуждает любую форму ведущейся в любой стране пропаганды, имеющей целью или способную создать или усилить угрозу миру, нарушения мира или акт агрессии. ООН предлагает государствам предпринять шаги для содействия всеми имеющимися в их распоряжении средствами информации и пропаганды дружественным отношениям между государствами на основе принципов и целей Устава ООН и для поощрения распространения всей информации, предназначенной для выражения несомненного желания мира всеми народами³⁰.

Проблема международно-правового регулирования пропаганды заключается в том, что ни в 1947 г., ни в наши дни не удалось выработать общепризнанного определения термина «пропаганда».

При обсуждении определения «агрессии» в ООН советская делегация в 1974 г. внесла проект, предлагавший признать идеологической агрессией: поощряемую государством пропаганду войны, применения атомного, бактериологического, химического и других видов оружия массового уничтожения; ситуацию, когда государство способствует

²⁸ Колосов Ю.М. Массовая информация и международное право. М.: Международные отношения, 1974. С. 118.

²⁹ Там же.

³⁰ Текст резолюции цит. по: Международное право: учебник / отв. ред. Колосов Ю.М., Кривчикова Э.С. С. 495.

распространению фашистских/нацистских взглядов, расовой и национальной исключительности, ненависти и пренебрежения к другим народам³¹. Этот проект не вошел в определение агрессии, утвержденное резолюцией ГА ООН 1974 г.

Безусловно, отделить понятие «информация» от термина «пропаганда» — задача трудная, особенно если пытаться решить ее на универсальном уровне. Но это вполне реально сделать, если право определять характер материалов, составляющих содержание массовой информации, будет предоставлено государству, для населения которого такие материалы предназначаются. Только само государство в каждом случае в состоянии дать оценку содержанию материала, признав его либо информацией, либо пропагандой.

Исходя из того, что любое государство вправе запрещать на своей территории пропаганду, составители резолюции № 110 посчитали, что нет необходимости вырабатывать общепризнанное понятие пропаганды. На мой взгляд, общепризнанное определение пропаганды, во-первых, помогло бы государствам правильно оценивать ту или иную информацию, во-вторых, помогло бы устранить возможные злоупотребления со стороны отдельных государств.

В резолюции № 127 (II) от 15 ноября 1947 г. «Ложная или извращенная информация» отмечалось, что успехи в области облегчения и расширения распространения во всех странах информации, способной улучшить взаимопонимание между народами, могут быть достигнуты лишь путем проведения мер борьбы с распространением извращенных или ложных известий. Правительствам предлагалось принимать меры для борьбы с распространением ложных и извращенных известий, которые могут повредить дружественным отношениям между государствами, сообразуясь при этом с нормами национального законодательства.

Пока нет международных норм, налагающих на государства обязательства воздерживаться от распространения ложной информации. Потребность в разработке таких норм становится все более очевидной, особенно когда складывается ситуация, угрожающая миру и международной безопасности, в частности, когда информация влияет на принятие решений Совета Безопасности ООН.

Опасность негативного идеологического влияния через СМИ привела к принятию на основе французского проекта в 1952 г. под эгидой ООН Конвенции о международном праве опровержения³² (вступила в силу 24 августа 1962 г.). Текст Конвенции предусматривает обязанность государств-участников передавать своими корреспондентами и информационными агентствами опровержение, поступившее от другого государства, на опубликованные или распространенные сведения, являющиеся ложными или искаженными и способными причинить ущерб его престижу или отношениям с другими государствами.

Предусмотренные в Конвенции 1952 г. меры, направленные на исправление вреда, причиненного государству путем злоупотребления СМИ, являются недостаточными. В этих случаях должен вставать вопрос о международно-правовой ответственности государства, особенно в случаях умышленного распространения ложных сведений, направленных на дезинформацию общественного мнения³³.

Разработать механизм международно-правовых гарантий от злоупотребления правом осуществлять международную информационную деятельность пытались при об-

³¹ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 31.

³² Международное право: учебник / отв. ред. Колосов Ю.М., Э.С. Кривчикова. С. 496.

³³ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 56.

суждении проекта Конвенции о свободе информации на международной конференции (Женева, 23 марта — 21 апреля 1948 г.) Предложения об элементах ограничения свободы информации не соответствовали интересам США и Великобритании, поэтому их представители стали тормозить рассмотрение проекта. Более того, США при поддержке ряда сторонников провели через ЭКОСОС проект Декларации о свободе информации, чтобы обеспечить беспрепятственность иностранной информации. В преамбуле проекта Декларации о свободе информации, который был обнародован в 1960 г., речь шла не только о праве распространять информацию, но и о праве пользоваться информацией.

Отечественные исследователи этого вопроса³⁴ считают сомнительным то обстоятельство, что право распространения информации и право использования информации может быть реализовано независимо от государственных границ. На деле процесс распространения и получения информации регламентируется государствами как в национальном законодательстве, так и в международных соглашениях, преимущественно двустороннего и регионального характера.

Отечественная доктрина оспаривает тезис о том, что никакие другие свободы человека не гарантируются, если нельзя свободно искать, получать и распространять информацию. Гарантиями основных прав и свобод человека служат социально-экономические условия данного общества, закрепленные в основных законах государства, например, в конституции, а не право на распространение или получение зарубежной информации.

Практика международного общения показывает, что нередко международный мир и взаимопонимание между разными странами подвергаются угрозе именно в результате так называемого «свободного потока информации», не ограниченной по содержанию.

На XXVII сессии ГА ООН была принята резолюция от 10 декабря 1982 г. № 37/92 «Принципы, регулирующие использование государствами искусственных спутников Земли для непосредственного телевизионного вещания»³⁵. Принятие этого документа — своеобразная реакция мировой общественности на то, что в некоторых странах началась коммерческая эксплуатация систем непосредственного вещания с помощью спутников.

В резолюции ГА 1982 г. подчеркивается, что Служба международного непосредственного телевизионного вещания с помощью спутников может создаваться только, если намеревающееся ее создать или санкционировать государство без промедления уведомляет о таком намерении другие государства, на территории которых предполагается возможность принимать передачи, а также организует по их просьбе консультации. Такая служба создается только на основе соглашений или договоренностей, согласующихся с применимыми документами МСЭ. Других ограничений по осуществлению непосредственного телевизионного вещания с помощью спутников и по пользованию благами от этого вида деятельности в данной резолюции не установлено.

Сторонники принципа свободы информации, который не является общепризнанным³⁶, обычно ссылаются на ст. 19 Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), в ней предусмотрено право каждого человека на свободу убеждений и на свободное выражение их; это право включает свободу беспрепятственно придерживаться своих убеждений и свободу искать, получать и распространять информацию и идеи любы-

³⁴ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 124–125.

³⁵ Текст резолюции см. в приложении к кн.: Международное космическое право. М.: Международные отношения, 1999. С. 274–275.

³⁶ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 128.

ми средствами и независимо от государственных границ³⁷. Ст. 19 должна сочетаться со ст. 28 Всеобщей декларации о праве каждого человека на социальный и международный порядок. Очевидно, что обеспечить порядок такого рода могут только государства, а в процессе осуществления этого в интересах всего населения могут быть ограничены права отдельных личностей.

Ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. предусматривает право каждого человека на свободное выражение своего мнения независимо от государственных границ. Однако нельзя отождествлять право на выражение своего мнения с правом осуществлять массовую информацию. Именно поэтому согласно п. 3 ст. 19 Пакта допускаются ограничения указанного права, необходимые для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья и нравственности населения. Эти ограничения входят в компетенцию каждого государства, которое может установить их в своем законодательстве. К этому следует добавить ст. 20 Пакта, где установлено, что всякая пропаганда войны должна быть запрещена законом.

Принцип запрещения пропаганды войны подтвержден положениями Устава Нюрнбергского трибунала. В ходе Нюрнбергского процесса стоял вопрос об уголовной ответственности за соответствующие виды пропаганды — подстрекательство к уничтожению евреев, пропаганду нацистских доктрин и т.д. В год 70-летия Победы в Великой Отечественной войне особенно актуальной является позиция тех юристов-международников, которые предлагали этот важный прецедент учитывать при выработке норм, ограничивающих содержание информации, поступающей из-за рубежа³⁸.

Считается общепризнанным принцип запрета пропаганды войны, применения оружия массового уничтожения, фашистских взглядов, расовой и национальной исключительности, ненависти и пренебрежения к другим народам, что нашло отражение в практике Международного суда ООН.

В 1998 г. в период вооруженного вторжения в Демократическую Республику Конго (ДРК) сил Руанды, Уганды и Бурунди Абдулай Еродиа Ндомбаси, занимавший в то время пост главы администрации президента ДРК, в транслируемых по телевидению выступлениях призывал к насилию в отношении народа тутси. Ндомбаси требовал от «своих братьев» встать как один против врага страны и использовать все возможные виды оружия, чтобы «методически уничтожать» его. Фрагменты этих выступлений были расценены как призывы к насилию на национальной почве, что побудило власти Бельгии, реализуя право на осуществление универсальной юрисдикции, выписать международный ордер, обвинить Ндомбаси в совершении международных преступлений, состоящих в нарушении положений Женевских конвенций о защите жертв войны и Протоколов 1977 г. к ним. От ареста Ндомбаси спасло то, что он стал министром иностранных дел ДРК. Власти ДРК оспорили бельгийский ордер, сославшись на то, что это нарушает обычную норму международного права, предоставляющую абсолютную неприкосновенность и иммунитет от уголовной юрисдикции лицам, занимающим пост министра иностранных дел государства. «Дело об ордере на арест» (ДРК против Бельгии)³⁹ с 17 октября 2000 г. по 14 февраля 2002 г. рассматривалось в Международном суде ООН, решение было вынесено в пользу ДРК, а ордер Бельгии было рекомендовано отменить⁴⁰.

³⁷ См., напр.: Тиунов О.И., Авхадеев В.Р. Указ. соч. С. 363.

³⁸ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 137.

³⁹ Warrant of Arrest Case (Democratic Republic of Congo vs. Belgium).

⁴⁰ Подробнее см.: Мезяев А.Б. Дело об ордере на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии) // Российский ежегодник международного права, 2003. СПб.: Россия-Нева, 2003. С. 84–97.

По ст. 1 Женевской конвенции об использовании радиовещания в интересах мира от 23 сентября 1936 г.⁴¹ государствам, признающим этот договор, запрещено вести со своей территории радиовещание, которое могло бы побудить население одной страны к действиям против внутреннего порядка или безопасности другой страны. Ст. 2 Конвенции предполагает, что государства-участники примут меры к прекращению подобного вещания на своей территории, а также будут следить за тем, чтобы передачи их радиостанций не призывали к войне или к действиям, могущим привести к ней. Согласно ст. 3 Конвенции запрещено радиовещание, которое вредит международному доброму согласию путем распространения неточных утверждений.

На Женевской конференции 1936 г., разработавшей Конвенцию об использовании радиовещания в интересах мира, отдельно была принята резолюция о необходимости проявлять особую сдержанность при радиовещании на языках тех народов, для которых предназначаются радиопередачи.

Декларация ООН о недопустимости интервенции и вмешательства во внутренние дела государств 1981 г. дополняет принцип запрета международной пропаганды обязанностью воздерживаться от любых клеветнических кампаний, оскорбительной или враждебной пропаганды с целью осуществления интервенции или вмешательства во внутренние дела других государств.

В соответствии с решениями V сессии (1950) ГА к числу запрещенных отнесены «пропаганда, направленная против дела мира», подстрекательство к конфликтам или актам агрессии и меры, которые ведут к изоляции народов от всякой связи с внешним миром и препятствуют печати, радио и другим органам осведомления передавать информацию о событиях международного характера, затрудняя этим международное общение и взаимопонимание народов⁴².

Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 21 декабря 1965 г. (вступила в силу 14 марта 1969 г.) осуждает всякую пропаганду, основанную на идеях или теориях расового превосходства, и всякое распространение идей, основанных на расовом превосходстве (ст. 4). Согласно положениям Дополнительного протокола (2002) к Международной конвенции о киберпреступности пропаганда расизма и ксенофобии на компьютерных сайтах считается уголовным преступлением⁴³.

Соглашение относительно пресечения обращения порнографических изданий (Париж, 4 мая 1910 г.) и Международная конвенция о пресечении порнографических изданий и торговли ими (Женева, 12 сентября 1923 г.)⁴⁴ также предусматривают меры по ограничению содержания информации, поступающей из-за рубежа, их реализация проблематична в связи с тем, что не выработано общепризнанного определения понятия «порнография». Мировое сообщество не оставляет попыток определиться с этой дефиницией. Так, в Международную конвенцию о киберпреступности 2001 г. включена ст. 9 «Производство детской порнографической продукции с целью распространения через компьютерную систему».

⁴¹ Договор вступил в силу 1 апреля 1938 г., действует на территории СССР/РФ с 1983 г.

⁴² Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи ООН. Резолюция. 381 (V) от 17 ноября 1950 г. Дополненная № 20132.

⁴³ Текст Дополнительного протокола 2002 г. вступил в силу 1 июля 2004 г. См.: Бюллетень ЮНЕСКО по авторскому праву. 2004. № 1. Российская Федерация не связана положениями Дополнительного протокола 2002 г.

⁴⁴ СССР присоединился 8 июля 1935 г.

7 декабря 1965 г. ГА ООН приняла Декларацию о распространении среди молодежи идеалов мира, взаимного уважения и взаимопонимания между народами. По замыслу составителей Декларации все средства воспитания, образования и информации молодежи должны способствовать распространению идеалов мира, гуманизма, свободы и международной солидарности, а также всех других идеалов, способствующих сближению народов.

4 ноября 1966 г. XIV сессия Генеральной конференции ЮНЕСКО провозгласила Декларацию принципов международного культурного сотрудничества, в ней признано, что каждая культура обладает достоинством и ценностью, которые следует уважать и сохранять, а развитие собственной культуры является правом и долгом каждого народа (ст. I). Кроме того, культурное сотрудничество должно осуществляться путем обменов в духе максимальной взаимности (ст. VII), но без вмешательства во внутреннюю компетенцию других стран (ст. XI).

Наконец, в 1978 г. была принята Декларация ЮНЕСКО об основных принципах, касающихся вклада СМИ в укрепление мира и международного взаимопонимания, в развитие прав человека и борьбу против расизма, апартеида и подстрекательства к войне. Отмечается, что путем более широкого распространения всей информации, касающейся всемирно признанных целей и принципов, СМИ эффективно способствуют укреплению мира и международного взаимопонимания.

Сопоставление принципов, заложенных в приведенных Декларациях ГА ООН и ЮНЕСКО, позволяют прийти к выводу, что вопросы развития национальной культуры составляют категорию дел, входящих во внутреннюю компетенцию государств. Следовательно, нельзя ставить вопрос о полной свободе государств в сфере распространения массовой информацией в трансграничном масштабе⁴⁵.

Большое значение воздействию СМИ на мораль, нравственность и общественное мнение придают европейские государства. Практика применения ст. 10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., составленной по подобию ст. 19 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., внесла много нового в становление права массовой информации.

Положения ст. 10 Конвенции 1950 г. предусматривают свободу индивида получать и распространять информацию и идеи без вмешательства со стороны государства и независимо от государственных границ. Причем в тексте этой статьи специально оговорено, что ее положения не препятствуют государствам вводить лицензирование радиовещательных, телевизионных и кинематографических предприятий (п. 1 ст. 10). Применение этого положения договора может быть сопряжено с формальностями, условиями, ограничениями или штрафными санкциями, предусмотренными в национальном законодательстве. Возможно введение ограничений, необходимых в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, защиты здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечение авторитета и беспристрастности правосудия.

Европейским судом по правам человека рассмотрен ряд дел по применению ст. 10 Конвенции 1950 г., для настоящего исследования представляют интерес те из них, что связаны с широко распространяемыми изданиями.

Из решения по делу Хендисайд («Красная книга школьника») следует, что каждое государство формирует подход с учетом существующей на его территории ситуации

⁴⁵ Колосов Ю.М. Указ. соч. С. 53.

в отношении превалирующих там различных точек зрения на потребности в защите нравственности в демократическом обществе⁴⁶.

Невозможно найти какое-либо единое европейское понятие нравственности в правовом и социальном устройстве государств-участников Конвенции 1950 г., как следует из дела художника Мюллера. Точка зрения в отношении требований нравственности варьируется в различные периоды времени и в различных местах⁴⁷.

В деле Институт Отто Премингера против Австрии, которое Суд рассматривал в сентябре 1994 г., правительство Австрии наложило арест на кинофильм, в котором в сатирической форме показаны некоторые личности и вещи, являющиеся предметом поклонения лиц, принадлежащих к римско-католической церкви. Позже была конфискована и сама лента. Это было сделано из-за опасения, что показ фильма мог вызвать «оправданное негодование» среди римско-католического большинства населения района, где собирались осуществить демонстрацию ленты. Европейский суд по правам человека в решении от 20 сентября 1994 г. признал, что осуществляя конфискацию данного фильма, власти Австрии действовали в целях религиозного мира в этом районе и для предотвращения того, чтобы у людей не возникло ощущение, что их религиозные верования подвергаются неоправданным и оскорбительным нападениям.

К сожалению, данное решение не исчерпывает всех проблем, когда в кинолентах, театральных постановках и иных произведениях, рассчитанных на массового зрителя, затрагиваются вопросы религии. Хорошо известно о волнениях в разных точках планеты, возникших после демонстрации фильма по книге «Код да Винчи». Последователи католической церкви неоднократно выступали с протестами против картины, допускавшей наличие у Иисуса Христа потомков, что не соответствует канонам официальной церкви. До запрещения ленты дело не дошло.

Более дерзкое толкование земной жизни Иисуса Христа с использованием церковной символики не по назначению — в виде изображенного на плакате распятия Христа в неподобающем антураже — было представлено в постановке оперы Вагнера «Тангейзер» на сцене Новосибирского театра оперы и балета. Кошунственное, с точки зрения Русской православной церкви, обращение с образом Спасителя повлекло за собой ряд обращений в прокуратуру. 10 марта 2015 г. после рассмотрения претензий в адрес режиссера спектакля Т. Кулябина и директора театра Б. Мездрича, разрешившего постановку, мировой суд Центрального района Новосибирска, не усмотрев в действиях названных лиц целей оскорбления чувств верующих, прекратил производство по административному делу в связи с отсутствием события правонарушения⁴⁸. 29 марта 2015 г. Б. Мездрич был уволен руководством Министерства культуры РФ «за невыполнение указаний учредителя».

Скандалная постановка стала поводом для обширной дискуссии в российском обществе. В вопросе о том, как свобода творчества должна сочетаться с традиционными для России культурными и моральными ценностями, разные позиции заняли чиновники, депутаты, представители Русской православной церкви и других традиционных религий, авторитетные театральные деятели и представители творческой интеллиген-

⁴⁶ См.: Даниленко Г.М. Международная защита прав человека. Вводный курс. Учебное пособие. М.: Юристъ, 2000. С. 354.

⁴⁷ См.: Там же. С. 355.

⁴⁸ В настоящее время проводится следственная проверка с целью выяснить, имеются ли в данной версии постановки «Тангейзера» факты, оскорбляющие чувства верующих, как это предусмотрено ч.1 ст. 148 УК РФ.

ции. Ситуация рассматривалась 1 апреля 2015 г. на заседании комиссии Общественной палаты по культуре. События вокруг постановки «Тангейзера» в Новосибирском театре оперы и балета советник президента по культуре В. Толстой назвал уроком взаимной ответственности и взаимного уважения. Утверждая, что власть не имеет права диктовать художнику, писателю, режиссеру свою волю, представления о том, что и как должны делать творчески одаренные люди, В. Толстой подчеркнул: «Никогда и никому, в том числе гениальному творцу, оскорбительные высказывания не позволительны. Причем особенно это чувствительно в области религии»⁴⁹.

Размещение в российских изданиях карикатур, унижающих честь и достоинство верующих, неприемлемо, — говорил Секретарь СБ России Н.П. Патрушев о карикатурах на пророка Мухаммеда, опубликованных во французском журнале «Шарли Эбдо» в январе 2015 г. «Свобода самовыражения, что так упорно представляется в качестве западных «ценностей», — заметил Н.П. Патрушев, — не должна доводиться до абсурда и ущемлять права других людей»⁵⁰. Опубликование карикатур спровоцировало террористическое нападение на издательство газеты и другие акты терроризма в Париже. Погибли, например, посетители кошерного магазина, не имевшие никакого отношения к карикатурам.

Не менее категорично по поводу французских карикатур и последующих нападений высказался российский драматург и режиссер Е. Гришковец: «Хотя карикатуры журнала «Шарли» не могли не оскорбить религиозных чувств, удар террористы нанесли не по свободе слова, не по свободе как таковой и не по европейским ценностям, которые в своей основе являются ценностями общечеловеческими... Удар был нанесен по лицемерному и ханжескому устройству общества так называемых развитых европейских стран»⁵¹.

Дело Лингенз выявило, что границы критики, направленной против политического деятеля, шире, чем критики в адрес частного лица. Европейский суд по правам человека в Постановлении от 8 июля 1986 г. указал, что свобода печати обеспечивает общественности одно из наилучших средств, позволяющих определять и формировать представления об идеях и подходах политических деятелей. Суд также отметил, что применение санкций против журналиста, критиковавшего того или иного политического деятеля, равнозначна своеобразной цензуре. В результате журналисты предпочтут воздерживаться от участия в общественных дискуссиях, что будет препятствовать выполнению прессой ее задач.

Отличительной чертой дела Йерсилда являлось то, что журналист, создавший на основе интервью авторский фильм, хотя сам и не делал предосудительных заявлений, однако содействовал их распространению. Общее впечатление от программы состояло в том, что она привлекла внимание общественности к опасности расизма и ксенофобии, к новому явлению того времени — появлению у полуграмотной и социально уязвимой молодежи воинствующего расизма.

Датского журналиста обвиняли в том, что он не выражал протестов против расистских высказываний.

В Постановлении по делу от 23 сентября 1994 г. Европейский суд по правам человека поддержал журналиста, посчитав, что форма воспроизведения таких взглядов не может

⁴⁹ См.: Метцель М. Чаплин не готов «праздновать победу» после смены руководства Новосибирского театра // <http://tass.ru/kultura/1872274> (дата обращения: 02.04.2015).

⁵⁰ Егоров И. Кто управляет хаосом // Российская газета. 2015. 11 февраля.

⁵¹ Гришковец Е. Я не Шарли, но я боюсь! // Российская газета. 2015. 16 января.

истолковываться как поддержка этих взглядов. В п. 35 Постановления суда записано: «Репортажи, основанные на интервью, неважно, отредактированные или нет, представляют собой одно из важнейших средств, при помощи которых пресса может играть исключительно важную роль «сторожевого пса общественности»⁵².

Суд в Постановлении от 22 мая 1990 г. по делу «Antronic AG против СССР» ссылается на ст. 10 Конвенции 1950 г. и на положения Европейской конвенции о трансграничном телевидении 1989 г., которые, по утверждению заявителей, разрешают прием незакодированных программ со спутников связи без того, чтобы запрашивать согласие властей транслирующей страны. Однако в тексте Конвенции 1989 г. такого обязательства не содержится, кроме того, ни Российская Федерация, ни СССР не связаны этим региональным договором.

Наибольший интерес представляет ст. 7 Конвенции 1989 г. «Обязанности телеведущего». Ее текст исходит из того, что содержание программ должно обеспечивать уважение к достоинству человеческой личности; не должно быть непристойными и не содержать порнографию; не следует чрезмерно выделять насилие и провоцировать расовую ненависть. Все программы, которые могут нанести вред физическому, умственному или нравственному развитию детей и подростков, не должны транслироваться в тот период времени, когда они могут их смотреть⁵³.

Совет Европы уделяет значительное внимание СМИ. Ранее им были приняты соглашения, касающиеся средств обмена телевизионными фильмами 1958 г., Европейское соглашение по защите телевизионного вещания 1960 г. и три протокола к этому Соглашению 1965, 1974 и 1983 гг.

Значителен и массив рекомендательных норм Совета Европы в этой области. Периодически проводятся европейские конференции министров по политике в области средств массовой информации: например, 4-я конференция (Прага, 3–7 декабря 1994 г.) об общественном телевидении и журналистских свободах в контексте прав человека; 5-я конференция (Салоники, 11–12 декабря 1997 г.) о нормативной основе деятельности средств массовой информации.

Совет Европы проявляет интерес к совершенствованию СМИ в следующих направлениях: расширение и гарантии свободы выражения мнений и информации; содействие выработке европейского права в области СМИ и умножение их культурного богатства; поощрение производства, распространения и сбыта аудиовизуальных работ европейских стран.

Заслуживает внимания также принятие общих принципов поддержания в СМИ общественно-моральных норм. Хотя они юридически не обязательны, но их поддерживают правительства ряда государств, например, Австрии, Бельгии, Канады, США, с ними соглашаются многие организации (юридические лица), связанные с новостями⁵⁴.

2 марта 2005 г. была принята Декларация Комитета министров Совета Европы. В преамбуле этого документа напоминалось о том, что в своей борьбе с терроризмом государства должны следить за тем, чтобы не принимались меры, идущие вразрез с правами человека и основными свободами.

⁵² Дело «Йерсилд против Дании // http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Jersild_v_Denmark_23_09_1994.pdt. (дата обращения: 02.04.2015). Перевод Института проблем информации (Москва, 2002). При этом несколько судей выступили с особым мнением.

⁵³ Подробнее см.: Борисов К.Г. Указ. соч. С. 32–34.

⁵⁴ См.: Устинов В.В. Международный опыт борьбы с терроризмом. Стандарты и практика. М.: Юрлитинформ, 2002. С. 167–168.

Декларация 2005 г. призывает органы публичной власти в государствах-участниках не вводить каких бы то ни было новых ограничений на свободу выражения мнений и информации в СМИ, кроме абсолютно необходимых и соразмерных в демократическом обществе; воздерживаться от принятия мер, которые приравнивали бы освещение проблемы терроризма в СМИ к поддержке терроризма; обеспечить доступ журналистов к регулярно обновляемой информации, в частности назначением представителей по связям с прессой и организацией пресс-конференций; в соответствии с национальным законодательством поставлять СМИ надлежащую информацию при должном уважении к принципам презумпции невиновности и уважения частной жизни; воздерживаться от создания профессионалам СМИ препятствий в доступе к местам совершения террористических актов, которые не были продиктованы интересами безопасности жертв терроризма или правоохранительных органов, задействованных в ведущихся антитеррористических операциях, интересами следствия или обеспечения безопасности; гарантировать право СМИ сообщать об отбытии наказаний, без ущерба праву на уважение частной жизни; уважать в соответствии со ст.10 Конвенции 1950 г. право журналистов не раскрывать источники информации; не создавать террористам общественной трибуны через несоразмерное внимание к их деятельности; уважать честь, безопасность и анонимность жертв террористических актов и их семей, а также их право на уважение частной жизни⁵⁵.

Соглашение о создании СНГ 1991 г. предусматривает предоставление государствам-членам гарантии передачи информации в рамках Содружества (ст. 5), а также предполагает содействие развитию общего информационного пространства (ст. 19). 15 июня 1998 г. было принято Постановление Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ № 11-11 «О модельном законе «О трансграничном спутниковом телевизионном и радиовещании и международном спутниковом информационном обмене»», где содержится определение термина «трансграничное вещание» — распространение звуковой, визуальной и аудиовизуальной массовой информации для получения ее непосредственно телезрителями и радиослушателями с помощью технических средств, находящихся под юрисдикцией одного государства, которую можно принимать непосредственно или косвенно на территории одного или нескольких других государств (ст. 2).

Среди основных принципов осуществления трансграничного спутникового телевидения, радиовещания и международного спутникового обмена, о которых договорились государства-члены СНГ, наиболее интересным, на мой взгляд, являются — недопущение тенденциозности, агитационно-пропагандистской направленности, пренебрежения к событиям, явлениям и процессам в жизни суверенных государств (п. 1 ст. 3).

Основным принципом международного информационного спутникового обмена является принцип плюрализма, обеспечения возможности любого пользователя на распространение, получение, сбор любой информации при условии соблюдения требований законности данного процесса (п. 2 ст. 3). Наконец, п. 3 ст. 3 запрещает создание искусственных радиопомех либо иных технических, юридических, финансовых и прочих препятствий для распространения телевизионных программ или телекоммуникаций, кроме случаев прямо предусмотренных данным типовым законом (например, отсутствие технической возможности для осуществления трансляции), а также случаев прямой угрозы национальной безопасности.

⁵⁵ Подробнее о свободе СМИ и о борьбе с терроризмом см.: *Робинов А.А.* Ограничение свободы средств массовой информации в интересах борьбы с терроризмом: международно-правовые вопросы: автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2003; *Робинов А.А.* Ограничение свободы СМИ и борьба с терроризмом // Журнал российского права. 2003. № 5. С. 103–108.

Для решения других проблем в области информатизации государств-участников СНГ 7 октября 2002 г. создан Координационный Совет, а также заключаются двусторонние соглашения⁵⁶.

В рамках одной статьи весь комплекс проблем международно-правового регулирования информационных отношений осветить невозможно. За рамками исследования остались, например, соглашения, заключенные в рамках ЮНЕСКО о ввозе, вывозе, распространении материалов, о международном обмене изданиями, процесс обмена информацией в области интеграции, научно-технического, военного сотрудничества, обмен информацией между налоговыми и правоохранительными органами, технические аспекты распространения массовой информации и многое другое. Процесс международно-правового регулирования еще далек от завершения. При этом большинство исследователей считают нецелесообразным искусственное выделение элементов информационного права из контекста сложившихся в системе международного права отраслей (прав человека, сотрудничества государств в борьбе с преступностью, права международных организаций, международного космического права, права международной безопасности, международного гуманитарного права). Выделение новой отрасли международного права во многом зависит от формирования специальных принципов, действующих в сфере международных информационных отношений.



Библиография

- Борисов К.Г. Правовые формы партнерства Европейского Союза в сфере коммуникаций и информационных услуг // Московский журнал международного права. 1998. № 2 (30). С. 84–110.
- Вельяминов Г.М. Международное право: опыты. М.: Статут, 2015. 1006 с.
- Даниленко Г.М. Международная защита прав человека. Вводный курс. Учебное пособие. М.: Юрист, 2000. 255 с.
- Демидов О. Обеспечение международной информационной безопасности и российские национальные интересы // Индекс безопасности. 2013. № 104. С. 129–168.
- Касенова М.Б. Глобальное управление Интернетом в контексте современного международного права // Индекс безопасности. 2013. № 104. С. 43–64.
- Климашин И.В. О консолидации усилий мирового сообщества в обеспечении международной безопасности // Право и безопасность, 2012. № 3–4. С. 24–28.
- Колосов Ю.М. Массовая информация и международное право. М.: Международные отношения, 1974. 168 с.
- Лукин А.В. Поворот к Азии. Российская внешняя политика на рубеже веков и ее активизация на восточном направлении. М.: Весь мир, 2014. 640 с.
- Международное право: учебник / отв. ред. С.А. Егоров. М.: Статут, 2014. 1087 с.
- Международное право: учебник / отв. ред. А.Н. Вылегжанин. М.: Юрайт, 2009. 1012 с.
- Международное право: учебник / отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М.: Международные отношения, 2000. 720 с.
- Мезяев А.Б. Дело об ордере на арест (Демократическая Республика Конго против Бельгии) // Российский ежегодник международного права 2003. СПб: Россия-Нева, 2003. С. 84–97.
- Робинов А.А. Ограничение свободы средств массовой информации в интересах борьбы с терроризмом: международно-правовые вопросы. автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2003.
- Робинов А.А. Ограничение свободы СМИ и борьба с терроризмом // Журнал российского права. 2003. № 5. С. 103–108.

⁵⁶ Например, Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Киргизской Республики о сотрудничестве в области информации от 13 января 1999 г. // Бюллетень международных договоров. 2006. № 11.

Талимончик В.П. Международно-правовое регулирование отношений в сфере инфраструктуры: автореф. дис... д-ра юрид. наук. СПб., 2013.

Талимончик В.П. Общие принципы международного права в сфере информационного обмена // Информационное право. 2007. № 3 (10). С. 3–6.

Тиунов О.И., Авхадеев В.Р. Об использовании информационно — коммуникационных технологий в вооруженных конфликтах и вопросах применимости международного права к их использованию государствами // Современное международное право: теория и практика. М.: Оригинал-макет, 2015. С. 362–369.

Устинов В.В. Международный опыт борьбы с терроризмом. Стандарты и практика. М.: Юрлитинформ, 2002. 560 с.

The Freedom of Disseminating Information in the Light of Applicable International Law



Elena B. Ganyushkina

Associate Professor, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: ganushel@mail.ru



Abstract

Freedom of information has been the subject-matter of debates since the first meetings of the UN bodies. A number of international treaties have been adopted, numerous regulations and recommendation have been put into effect at the universal and regional levels concerning this problem. Despite this, implementing freedom of information is still very complicated. This article considers only a part of this significant problem — what should be the degree of freedom of information, when the dissemination is performed through the media. The position of states in this regard is far from being unanimous one. What was obvious to most states immediately after the Second World War undergoes substantial revision that does not enhance mutual understanding among nations, and may even contribute to the deterioration of bilateral relations. Contrary to the opinion of some scientists that the principles and norms of international law have developed media law, the author is inclined to support a different view about the irrelevance of artificial separation of media law from technical and substantive aspects of information law on the whole, and separating the problems of international legal regulation of information relations from the context of the applicable in international law branches. Besides, most principles formulated by the researchers of international information law are the principles of mass media law. Universally accepted definition and the very concept of mass media are missing, which hinders the development of common approaches of states to regulate the means of disseminating information in society. This article provides up-to-date information on the most relevant areas of cooperation among states in the field of information dissemination. The data on new projects submitted for consideration by various international organizations are provided, the scope of potential formats for discussion at the international level, the problems of information dissemination, the most interesting cases of international courts are considered to understand how absolute the freedom of disseminating information is. The states should look for common approaches for the maintenance of international peace and stability, no matter what technical means are used.



Keywords

information warfare, media law, international information relations, international information law, international information security, information and communication technologies, propaganda, ideological aggression, false or distorted information.

Citation: Ganyushkina E.B. The Freedom of Disseminating Information in the Light of Applicable International Law. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 17–36 (in Russian).



References

- Borisov K.G. (1998) Pravovye formy partnerstva Evropeyskogo Soyuz v sfere kommunikatsiy i informatsionnykh uslug [Legal Forms of EU Partnership in the Sphere of Communications and Information Services]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 2 (30), pp. 84–110.
- Danilenko G.M. (2000) *Mezhdunarodnaya zashchita prav cheloveka. Vvodnyy kurs. Uchebnoe posobie* [International Protection of Human Rights. Introduction. Textbook]. Moscow: Yurist, 255 p. (in Russian)
- Demidov O. (2013) Obespechenie mezhdunarodnoy informatsionnoy bezopasnosti i rossiyskie natsional'nye interesy [Providing International Information Security and Russian National Interests]. *Indeks bezopasnosti*, no 104, pp. 129–168.
- Egorov S.A. (ed.) (2014) *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik* [International Law. Textbook]. Moscow: Statut, 1087 p. (in Russian)
- Kasanova M. (2013) Global'noe upravlenie Internetom v kontekste sovremennogo mezhdunarodnogo prava [Global Regulation of the Internet in Context of Modern International Law]. *Indeks bezopasnosti*, no 104, pp. 43–64.
- Klimashin I.V. (2012) O konsolidatsii usilii mirovogo soobshchestva v obespechenii mezhdunarodnoy bezopasnosti [On Consolidating Efforts of International Community in Providing International Security]. *Pravo i bezopasnost'*, no 3–4, pp. 24–28.
- Kolosov Yu.M. (1974) *Massovaya informatsiya i mezhdunarodnoe pravo* [Mass Information and International Law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 168 p. (in Russian)
- Kolosov Yu.M., Krivchikova E.S. (eds.) (2000) *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik* [International Law. Textbook]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya, 720 p. (in Russian)
- Lukin A.V. (2014) *Povorot k Azii. Rossiyskaya vneshnyaya politika na rubezhe vekov i ee aktivizatsiya na vostochnom napravlenii* [Towards Asia. Russian Foreign Policy at the turn of Centuries and Eastern Vector]. Moscow: Ves' mir, 640 p. (in Russian)
- Mezyaev A.B. (2013) Delo ob ordere na arest (Demokraticeskaya Respublika Kongo protiv Bel'gii) [Case of the Warrant on Arrest (Democratic Republic of Congo vs. Belgium)]. *Rossiyskiy ezhegodnik mezhdunarodnogo prava*. Saint Petersburg: Rossiya-Neva, pp. 84–97.
- Robinov A.A. (2003) Ogranichenie svobody SMI i bor'ba s terrorizmom [Restricting Mass Media Freedom and Struggling Terrorism]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 103–108.
- Talimonchik V.P. (2007) Obshchie printsipy mezhdunarodnogo prava v sfere informatsionnogo obmena [General Principles of International Law in the Sphere of Exchanging Information]. *Informatsionnoe pravo*, no 3(10), pp. 3–6.
- Tiunov O.I., Avkhadeev V.R. (2015) Ob ispol'zovanii informatsionno-kommunikatsionnykh tekhnologiy v voozuzhennykh konfliktakh i voprosy primenimosti mezhdunarodnogo prava k ikh ispol'zovaniyu gosudarstvami [On Information Technologies in Military Conflicts and the Issues of Applying International Law to their Use by States. Contemporary International Law: Theory and Practice]. Moscow: Original-maket, pp. 362–369.
- Ustinov V.V. (2002) *Mezhdunarodnyy opyt bor'by s terrorizmom. Standarty i praktika* [International Experience of Fighting Terrorism. Standards and Practice]. Moscow: Yurilitinform, 560 p. (in Russian)
- Vel'yaminov G.M. (2015) *Mezhdunarodnoe pravo: opyty* [International Law: Essays]. Moscow: Statut, 1006 p. (in Russian)
- Vylegzhanin A.N. (ed.) (2009) *Mezhdunarodnoe pravo: uchebnik* [International Law. Textbook]. Moscow: Yurait, 1012 p. (in Russian)

Соотношение государственного суверенитета и принципа уважения прав человека в контексте применения международно-правовых мер принуждения



В.С. Беззубцев

аспирант кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: zaehne@mail.ru



Аннотация

Права человека традиционно рассматривались как категория, противостоящая государственному суверенитету и государственной власти. Начиная с 1990-х гг. в западной (прежде всего в американской) доктрине международного права высказывались точки зрения, что принцип уважения и защиты прав человека должен получить приоритет над остальными основополагающими принципами международного права, прежде всего, принципом невмешательства во внутренние дела, а в определенных случаях — и над принципом неприменения силы. Что касается государственного суверенитета, то в условиях глобализации стало принято говорить о снижении его роли в связи, в частности, с тем, что права человека должны получить универсальное значение и стать предметом ответственности всего международного сообщества. В настоящей статье обосновывается несоответствие таких подходов современным реалиям международной практики. Неконструктивным является противопоставление суверенитета государства (его независимости на международной арене и верховенства во внутренних делах) требованию уважения и защиты прав человека. На примере, в частности, ситуации на Ближнем Востоке проиллюстрировано, что государство продолжает оставаться основным институтом, обеспечивающим основополагающие права человека, — только в условиях стабильного политического режима может быть гарантировано устойчивое экономическое развитие и защита человеческих прав. Ответственность международного сообщества как минимум, в настоящий период, не может заменить активной роли государства: основная ответственность за обеспечение прав населения ложится на национальные государства. Прогрессивное развитие международного права должно быть направлено на укрепление стабильности и институтов управления в проблемных регионах. В связи с тем, что основным трендом развития международных отношений сегодня является региональная интеграция, будет возрастать роль региональных организаций, в том числе в области обеспечения прав человека. В этих условиях ООН необходимо выстраивать систему более тесного взаимодействия с региональными интеграционными институтами.



Ключевые слова

государственный суверенитет, защита прав человека, принципы международного права, невмешательство, глобализация, гуманитарная интервенция.

Библиографическое описание: Беззубцев В.С. Соотношение государственного суверенитета и принципа уважения прав человека в контексте применения международно-правовых мер принуждения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 37–49.

JEL: K33; УДК: 341

В контексте адаптации международного права к реалиям современной международной обстановки важнейшее место занимает вопрос государственного суверенитета как неотъемлемого свойства государства — субъекта международного права. Последние несколько десятилетий концепция суверенитета в его традиционном понимании — полное верховенство государственной власти во внутренних делах и недопустимость вмешательства во внутреннюю компетенцию государства извне (со стороны других государств или сообщества государств) — подвергалась пересмотру и во многом утратила абсолютный характер, что было обусловлено как объективными, так и субъективными факторами. И те, и другие, в конечном счете, порождены глобализацией — противоречивым процессом всесторонней всемирной интеграции и унификации, ведущим к стиранию границ между внешним и внутренним, публичным и частным. Все эти совершенно разнородные последствия, связанные с глобализацией — как положительные, так и отрицательные, влияние которых испытывает суверенитет, можно объединить в несколько групп.

Во-первых, это изменение субъектного состава международно-правовых отношений. В 1990-х гг. в работах видных американских исследователей Дж. Ноя и Р. Кохейна было отмечено перераспределение власти на международном уровне от национальных государств, ранее обладавших ею монопольно, к другим субъектам: транснациональным корпорациям, от деятельности которых порой зависит благополучие целых регионов, международным неправительственным организациям, которые оказывают все большее воздействие как на внешнюю так и на внутреннюю политику государств¹.

Во-вторых, это изменение самой структуры международных отношений, вызванное взаимозависимостью государств, информатизацией общества, а так же ростом транснациональных угроз (международный терроризм, незаконный оборот наркотиков, отмывание денег и т.д.), с которыми каждому отдельному государству справиться все труднее. Сюда же можно отнести интернационализацию некоторых ресурсов (например, водных), усиление региональной экономической и политической интеграции (совершенно отдельным в этом контексте является вопрос о трансформациях суверенитета в рамках Европейского Союза), экологические и климатические проблемы, носящие трансграничный характер. Еще один вызов суверенитету — это процессы, происходившие в Африке и Азии после распада мировой колониальной системы, а затем и в Европе после распада СССР и Югославии. Эти процессы привели к появлению значительного количества непризнанных, частично признанных государственных образований, несостоявшихся (failed states) или распадающихся (failing states) государств, вопрос о суверенитете которых крайне проблематичен.

Усиление внимания мирового сообщества к правам человека, вопросам их соблюдения и защиты так же, несомненно, относится к следствиям глобализации. Именно идея защиты прав человека оказала наибольшее правовое, а не только экономическое и политическое влияние на государственный суверенитет. Именно лозунг защиты прав человека был основанием, использованным США для того, чтобы переступить через напрямую вытекающие из суверенитета принципы невмешательства и неприменения силы, чтобы оправдать вооруженное вторжение в независимое государство в 1999 г., когда была проведена военная операция против Югославии.

Исторически нападение НАТО на Югославию не было первой силовой операцией, совершенной с целью пресечь массовые нарушения прав человека, — в качестве приме-

¹ См.: Теория международных отношений: Хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П.А. Цыганкова. М.: Гардарики, 2002. С. 147–151.

ров «гуманитарных интервенций» можно рассматривать и действия Вьетнама по свержению режима Пол Пота в Камбодже в 1978–1979 гг., вторжение Индии в Пакистан в 1971 г., свержение диктатуры Иди Амина в Уганде, осуществленное армией Танзании в 1979 г. Тем не менее именно югославский прецедент дал начало масштабным исследованиям по выработке критериев правомерности международного (иностранного) вмешательства с целью пресечения массовых и грубых прав человека, поставив серьезные вопросы перед действующим международным правом. Известно высказывание президента Чехии В. Гавела в поддержку вооруженной интервенции в Югославию в 1999 г.: «Я думаю, что во вторжении НАТО в Косово имеется элемент, в котором никто не может сомневаться: это, вероятно, первая война в истории, которая велась не ради интересов, а ради определенных ценностей и принципов. Ее характер — исключительно гуманитарный: главную роль играют принципы, права человека, которые имеют приоритет даже над государственным суверенитетом. Это делает вторжение в Югославию законным даже без мандата ООН»².

Сложность поставленных тогда перед международным правом вопросов заключается в том, что при определении правомерности применения принудительных мер (особенно военных) в области защиты прав человека необходим учет непростого взаимодействия как минимум трех важнейших концептов современного международного права. Во-первых — государственного суверенитета, исторически являющегося основой системы международного права, и принципов, непосредственно из него вытекающих — невмешательства во внутренние дела, суверенного равенства государств. Во-вторых — правового регламентирования использования силы (в более широком смысле — мер принуждения), что всегда составляло ключевой вопрос международного правопорядка. И в-третьих — уважения прав человека. Данный принцип хотя и сформировался окончательно только после Второй Мировой войны, в течение нескольких десятилетий стал общепризнанной императивной нормой, пронизывающей почти все отрасли современного международного права. Хотя в Уставе ООН говорится только о поощрении и развитии прав человека как цели деятельности Объединенных Наций, Хельсинский заключительный акт СБСЕ (1975) уже называет принцип защиты (уважения) прав человека в качестве основополагающего наряду с остальными «классическими» принципами, такими как суверенное равенство государств, невмешательство во внутренние дела государства, отказ от применения силы и угрозы ее применения.

Тем не менее принцип защиты прав человека имеет иную природу, нежели другие принципы классического международного права. Эти принципы в той или иной степени производны от государственного суверенитета, а права человека имеют в качестве обоснования своей императивности другой источник, которым можно признать естественное право. Существующая концепция международного (межгосударственного) права, основанного на формальном равенстве суверенных государств (ранее — цивилизованных народов) и согласовании их воле зародилась в период, когда права человека не существовали на международном уровне в качестве императивной юридической категории; таким образом, принцип защиты (уважения) прав человека не является «классическим» принципом международного права. Хотя за несколько веков (по крайней мере, со времен Великой французской революции) до своего юридического закрепления в качестве императивной нормы категория прав человека существовала в доктрине как категория естественного права.

² Цит. по: *Volsky A. Reconciling Human Rights and State Sovereignty. Justice and the Law in Humanitarian Interventions // International Public Policy Review. 2007. Vol. 3, no 1. P. 23.*

Бразильский юрист Н. Боббиу в своей работе «Эра прав» отмечает, что «права человека зародились как естественные универсальные права, развивались как права позитивные внутригосударственные (когда национальные конституции стали инкорпорировать положения Декларации прав и свобод человека и гражданина 1789 г.), чтобы, в конце концов, получить свое закрепление в качестве универсальных позитивных прав»³. Наибольшее влияние на закрепление принципа уважения прав человека как императивной нормы международного права оказали, безусловно, итоги Второй Мировой войны и приговор Международного военного трибунала в Нюрнберге. Впервые в истории к ответственности за тяжчайшие преступления против человечности были привлечены высшие должностные лица государства и признаны виновными (преступными) отдельные государственные органы. Именно это во многом способствовало развитой затем во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. интерпретации прав человека как охранительных прав против государственной власти.

Отправной точкой концепции противоречия категорий суверенитета и защиты прав человека является классическое понимание государственного суверенитета как его *независимости* на международной арене и *верховенстве* во внутренних делах. Это верховенство (внутренний аспект суверенитета) должно распространяться и на положение человека в государстве, на то, каким образом власть государства регламентирует положение народонаселения. Внешний аспект суверенитета (независимость на международной арене) исключает применение одним государством односторонних принудительных мер к другому, что противоречило бы принципу суверенного равенства. Таким образом, в контексте обоснования правомерности применения принудительных мер с целью защиты прав человека возникают проблемы, связанные и с внутренним, и с внешним аспектами суверенитета.

К разрешению этого противоречия по-разному подходят различные школы международного права. Социалистическая доктрина, как известно, отстаивала абсолютный характер государственного суверенитета, который ничем не может быть ограничен, в том числе требованиями о защите прав человека. Советские юристы-международники пришли к однозначному выводу: «...Правовое положение индивидов определяется внутригосударственным, а не международным правом»⁴. В западных доктринах, в особенности с 1990-х гг., преобладают противоположные точки зрения.

Суверенитет как базовая категория международных отношений и международного права сегодня переживает период конкретизации, уточнения своего значения. Происходит это, в числе прочих факторов, под влиянием требования уважения прав человека как когентной нормы международного права. Необходимо отметить, что важность суверенитета как неотъемлемого качества государства до конца XX века сомнению практически никогда не подвергалась. Исключение составляли наиболее радикальные теории, в частности, марксизм-ленинизм постулировал неизбежность отмирания государства как института публичной организации общества; после Первой Мировой войны высказывались идеи о необходимости отказа европейских государств от суверенитета и построении «Соединенных Штатов Европы»⁵. Тем не менее многие вопросы, относящиеся к сущности суверенитета государства в его традиционном варианте (основанном на полном исключении внешнего вмешательства во внутренние дела го-

³ Bobbio N. *Era dos Direitos*. S. Paulo: Elsevier, 2008. P. 25.

⁴ См.: Тункин Г.И. *Современное международное право*. М.: Юридическая литература, 1974. С. 83.

⁵ Критике данной идеи посвящена, в частности работа: Ленин В.И. О лозунге Соединенных Штатов Европы // *Социал-демократ*. 1915. № 44.

сударства) исторически были предметом довольно серьезных споров государствоведов, философов и юристов.

Со времен Просвещения велась дискуссия о конкретном носителе суверенитета — является ли им (по мнению Т.Гоббса) суверен как персонифицированное государство (известная фраза, приписываемая Людовику XIV: «L'Etat c'est moi» — «государство — это я»), или им является народ, как это представлял Ж.-Ж. Руссо. Идея Руссо о народном суверенитете и о правителях как слугах народа, носящая, пожалуй, наиболее радикальный характер из всех идей эпохи Просвещения, лежала в основе дискуссий о носителе государственного суверенитета, которые велись в XVIII–XIX веках. Несмотря на справедливую критику этой концепции, фактически противопоставляющей народ и государство и неизбежно ведущей к революциям (по мнению Г.В. Гегеля, сторонника конституционной монархии, народ без монарха — ничто, т.е. не составляет государства), именно эта концепция была положена в основу Конституции США 1787 г.⁶

В XX веке круг фундаментальных вопросов, связанных с суверенитетом государства, значительно расширился. Обсуждались проблемы делимости государственного суверенитета (Г. Еллинек и др.), вопросы суверенитета федеративных государств и их территориальных единиц. После того как М. Вебером была введена концепция «легитимного насилия», а в марксизме-ленинизме (Ф. Энгельс «Происхождение семьи, частной собственности и государства» (1884), В.И. Ленин «Государство и революция» (1917)) была развита концепция государства как аппарата, обеспечивающего подчинение одного класса другому, стали обсуждаться вопросы, связанные с применением силы и принуждения государством в рамках его суверенных полномочий. В марксизме-ленинизме была первоначально развита и идея о самоопределении народов, получившая, в конце концов, статус когентного принципа международного права.

С начала 1990-х гг. в русле идей о «конце истории» в западной доктрине международного права был радикально поставлен вопрос о соотношении традиционного суверенитета и защиты прав человека, которая после падения социалистической системы в Восточной Европе должна носить универсальный, всеобщий характер. Часть западных международных юристов, прежде всего либерального и неолиберального направлений, пыталась либо представить суверенитет в качестве отжившей категории, либо пересмотреть его юридическую сущность. основополагающей идеей такого направления политико-правовой мысли стала концепция «народного суверенитета» Ж.-Ж. Руссо, смысл которой состоит в том, что носителем суверенитета является народ, и суверенитет государства должен рассматриваться лишь как производное от воли народа. Соответственно, если политика, проводимая правительством, не соответствует воле народа (под политикой, соответствующей воле народа, сторонниками указанных школ понимается, как правило, либеральная демократия западного образца), государство теряет право на уважение своего суверенитета, и международное сообщество имеет право вмешаться во внутренние дела такого государства с целью изменения политики правительства⁷.

В этом отношении наибольшее влияние на теоретическую мысль Запада оказывают представители так называемой «Йельской школы международного права», стоящей на позициях классического либерализма, во главе с М. Макдугалом. Для них международное право — это неотъемлемая часть внешней политики. Как отмечает Ю.М. Юмашев, концепция «Йельской школы» носит ярко выраженный идеологический характер, по-

⁶ См.: Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 124.

⁷ Sur S. Vers uneffacement de la souveraineté des Etats? Available at: http://www.asmp.fr/travaux/communications/2012_12_10_sur.htm (дата обращения: 12.01.2015)

сколько сам Макдугал видел конечную цель международного права в защите демократии, свободы и достоинства человека, западных ценностей в целом⁸. Видный представитель Йельской школы международного права В. Райсман в работе «Суверенитет и права человека в современном международном праве» 1990 г. прямо называет концепцию государственного суверенитета анахронизмом, настаивая на том, что в международном общении эта концепция должна быть заменена идеей суверенитета народа, которая выражается, по мнению данного автора, в установлении легитимного правительства, соответствующего международным стандартам демократии. По мнению В. Райсмана, «международное право все еще связано идеей защиты суверенитета, но объектом защиты является не власть тирана, базирующаяся на тоталитарном порядке, а суверенитет народа, то есть право людей определять, какую политику будет проводить их правительство... Таким образом, подавление китайским правительством восстания на площади Тяньаньмэнь с целью оградить власть олигархов от гнева народа, было нарушением китайского суверенитета. Диктатура Чаушеску была нарушением румынского суверенитета. Президент Маркос нарушил филиппинский суверенитет, Фидель Кастро нарушил кубинский суверенитет, и советской оккупацией Литвы был нарушен литовский суверенитет»⁹.

Профессор Пенсильванского университета Ф. Тезон в работе «Философия международного права» обосновывает проведение градации государственного суверенитета в зависимости от легитимности политики государства. Он выделяет для этого критерии горизонтальной легитимности (демократичность самого процесса формирования верховной власти) и вертикальной легитимности (насколько политика этой власти соответствует общепризнанным принципам демократии, свободы соблюдения прав человека и т.д.)¹⁰. По мнению С. Хоффмана, государство заслуживает суверенитета, только если оно уважает и защищает права живущих в этом государстве личностей. Как только оно их нарушает, презумпция согласия народа с правительством исчезает, и вместе с ней исчезает и право на уважение суверенитета¹¹.

Таков в наиболее общем виде подход либеральной школы к вопросу о соотношении государственного суверенитета и прав человека. С этой точки зрения гуманистические принципы и защита прав человека выступают как новые ценности, к которым должен адаптироваться суверенитет государства как категория устаревающая. Для адептов либерализма суверенитет — это более не неотъемлемое качество государства, выражающееся в его независимости в международных отношениях, а мерило соответствия политического режима универсальным общечеловеческим ценностям, которое является критерием «легитимности» этого государства, и, как следствие, — его права на участие в международном общении, уважения его суверенитета другими участниками международных отношений. Разумеется, наивысшей легитимностью обладают в таком представлении либеральные западные демократии. Данный взгляд на суверенитет как базовую концепцию международного права оказывал наибольшее влияние на теоретическую мысль Запада в 1990-х гг., соглашаясь с провозглашенным Ф. Фукуямой «концом истории»¹².

⁸ См.: Юмашев Ю.М. Западная доктрина международного права начала XXI в. (краткий обзор) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 1. С. 4.

⁹ Reisman W. State Sovereignty and Human Rights // American Journal of International Law. 1990. Vol. 84. P. 866–876.

¹⁰ Teson F.R. A Philosophy of International Law. Oxford: Westview Press, 1998. P. 18–24.

¹¹ Цит. по: Popovski V. La souveraineté comme devoir pour protéger les droits de l'homme // <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2004/numero4/0404p16.html>

¹² Fukuyama F. The End of History and the Last Man. N.Y.: Free Press, 1992.

Иной точки зрения на суверенитет придерживаются последователи реалистической школы международного права и международных отношений, которую можно признать доминирующей в данный период с точки зрения числа придерживающихся ее стран — ее, в частности, разделяют представители новых экономических держав (страны БРИКС) и многих развивающихся государств. Суверенитет воспринимается, с одной стороны, как постоянная, неизменная и незыблемая категория международных отношений, как то, что характеризует дееспособность государства, но с другой стороны признается, что в современных условиях суверенитет включает в себя и элемент ответственности. По определению А.А. Моисеева, суверенитет — это неотчуждаемое юридическое качество независимого государства, символизирующее его политико-правовую самостоятельность, высшую *ответственность* и ценность как первичного субъекта международного права¹³. Именно согласованием волей суверенных *государств* создается и на основе него функционирует международное право, одной из когентных норм которого является защита прав человека.

Однако еще С.В. Черниченко отмечал, что «абсолютного суверенитета нет, поскольку государства взаимозависимы, и эта взаимозависимость в современном мире непрерывно возрастает»¹⁴. Именно этой взаимозависимостью обусловлено появление получившего в последнее время широкое признание элемента ответственности в концепции суверенитета. Это можно считать одним из самых важных этапов в развитии категории суверенитета, которая, как и все остальные составляющие системы международного права, подвержена эволюционным изменениям.

Непосредственно элемент ответственности начал рассматриваться в качестве составной части государственного суверенитета приблизительно в конце XX века под влиянием западных, прежде всего американских школ международного права. Несмотря на то, что государственный суверенитет утратил абсолютный характер с образованием ООН и введением в международное право института принудительных мер (гл. VII Устава), сущность суверенитета как базовой категории международных отношений пересмотру не подвергалась. Разумеется, включение в категорию суверенитета элемента ответственности можно признать самым важным изменением в понимании сущности суверенитета, которое произошло именно под влиянием прав человека и требований их защиты как новой когентной нормы международного права. Однако разработка и адаптация элемента ответственности как составляющей части государственного суверенитета еще не завершена. Об этом свидетельствуют и чрезвычайно широкий диапазон мнений, выражаемых в науке международного права относительно значения суверенитета на новом этапе, и неоднозначная оценка мировым сообществом таких концепций, как «обязанность защищать» (*Responsibility to Protect*) и иных теоретических доктрин, обосновывающих расширение оснований для применения к государству принудительных мер.

Применительно к определению правомерности принудительных мер в области защиты прав человека, на наш взгляд, необходимо разделять взаимодействие прав человека с государственным *суверенитетом* и их взаимодействие с общепризнанными *принципами* международного права. Говорить о противоречии между государственным суверенитетом и правами человека некорректно, прежде всего потому, что это катего-

¹³ Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве: автореф. дис... д-ра юрид.наук. М., 2007. С. 15

¹⁴ Черниченко С.В. Делим ли государственный суверенитет? // Евразийский юридический журнал. 2010. № 12 (31). С. 16.

рии разнопорядковые. Уважение прав человека — это принцип международного права, существующий наряду с другими, названными в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами 1970 г., Хельсинском заключительном акте СБСЕ 1975 г. Суверенитет как таковой не является принципом международного права, либо его основополагающей нормой — перечисленные акты называют лишь принцип суверенного равенства государств.

Суверенитет — это то ключевое *свойство* государства, на котором базируется все международное, т.е. межгосударственное право как особая юридическая система, призванная упорядочивать, регулировать межгосударственные отношения государств. С.В. Черниченко заметил в связи с этим: «Если представить себе, что в мире существует только одно государство, вряд ли тогда сохранилась бы потребность в таком понятии, как государственный суверенитет»¹⁵.

Элемент ответственности государства за соблюдение прав человека на территории государства вытекает и из принципа добросовестного выполнения взятых на себя обязательств. Императивное значение в международном праве права человека приобрели после их нормативного закрепления в универсальных и региональных договорах, прежде всего — в международных пактах 1966 г. «О гражданских и политических правах» и «Об экономических, социальных и культурных правах», ратифицированных большинством государств. Выполнение требований о защите и гарантиях прав человека составляет обязанность государств, которую они должны добросовестно выполнять наряду с другими добровольно взятыми на себя обязательствами. Исходя из этого, международный контроль над соблюдением прав человека с использованием соответствующих правовых механизмов (деятельность комитетов по рассмотрению жалоб, процессы в международных судебных и квазисудебных органах) нельзя признать вмешательством в дела, составляющие внутреннюю компетенцию государств.

Сфера внутренней компетенции государств после начала формирования международных механизмов защиты прав человека подверглась определенным ограничениям. В частности, на заре существования ООН вынесение на обсуждение Генеральной Ассамблеи вопросов, связанных с положением в сфере прав человека в каком-либо государстве, считалось вмешательством в дела, составляющие его внутреннюю компетенцию (такой точки зрения придерживался, например, Н.А. Ушаков)¹⁶. Теперь такое обсуждение уже не признается неправомерным вмешательством. Определенную роль играют контрольные механизмы в области прав человека, предусматривающие обязательство государств периодически представлять доклады о соблюдении прав человека на своей территории соответствующим международным органам.

В то же время это ограничение внутренней компетенции государств нельзя переоценивать. Даже наиболее эффективный на сегодняшний день механизм международного судебного контроля над соблюдением прав человека, каким является Европейский суд по правам человека (далее — ЕСПЧ), не может своим решением отменить акт, вынесенный судом суверенного государства, не может изменить принятый национальным парламентом закон. Безусловно, благодаря авторитету ЕСПЧ и Совета Европы происходит приведение законодательства и правоприменительной практики к стандартам, заложенным в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.,

¹⁵ Черниченко С.В. Указ. соч. С. 17.

¹⁶ См.: Карташкин В.А. Соотношение принципов уважения прав человека и государственного суверенитета // Современная экономика и право. 2006. № 1. С. 4.

однако при этом не допускается прямое вмешательство в законодательную или судебную компетенцию суверенного государства-участника Конвенции.

Противопоставление прав человека государственному суверенитету вряд ли можно признать целесообразным еще и потому, что на сегодняшний день именно государство является основным институтом, обеспечивающим и защищающим как личные, гражданские, политические, так и социально-экономические права человека. За исключением механизмов подачи индивидуальных жалоб в международные контролирующие органы и относительно эффективной системы международного судебного контроля за соблюдением прав человека в Европе, имплементация норм о правах человека и их юридическое обеспечение оставлены самим государствам¹⁷. Действительно, не следует преувеличивать отмечающуюся некоторыми авторами тенденцию отхода от концепции национального государства и увеличения элементов наднациональности в системе международных отношений и международного права. Ничто не свидетельствует о том, что в обозримом будущем произойдет уменьшение значимости суверенного государства как субъекта международного права в пользу чего-то иного.

Таким образом, в отношении защиты прав человека с использованием мер принуждения необходимо соблюдение баланса между требованиями защиты прав человека и принципами суверенного равенства государств и невмешательства во внутренние дела. Как показывает практика и прежде всего процессы, происходящие в настоящее время на Ближнем Востоке, иностранное военное вмешательство, в том числе совершенное по мотивам защиты прав гражданского населения, может привести к коллапсу государственности, росту экстремизма (на Ближнем Востоке — исламизма) и к гражданским войнам. В таких условиях невозможно обеспечить даже минимальные стандарты прав человека.

Показательны примеры Ливии и Ирака. Режимы С. Хусейна и М. Каддафи нельзя было назвать отвечающими демократическим стандартам, но после их насильственного свержения ситуация в области обеспечения прав человека стала намного драматичнее. Эти страны распались на отдельные территории, контролируемые различными племенными (в Ливии) или религиозными (в Ираке) группировками, между которыми продолжаются вооруженные конфликты. Пришедшие к власти с внешней помощью правительства не в состоянии контролировать ситуацию. Положение в сфере прав человека, особенно прав религиозных меньшинств, остается оценивать как катастрофическое. В то же время показательно, что страны, хотя и пережившие внутреннюю трансформацию в ходе так называемой «арабской весны», но не подвергшиеся внешнему силовому вмешательству (Тунис и Египет в 2011 г.), демонстрируют намного большую стабильность и эффективность своих государственных институтов, что положительно сказывается и на состоянии прав человека в стране.

При потере уважения к принципу суверенного равенства государств и принципу неприменения силы институт принудительных мер рискует превратиться в инструмент достижения отдельными державами своих политических целей, в том числе под лозунгами защиты прав человека.

Неоправданными были также ожидания резкого снижения роли государства как института в результате глобализации по мере формирования «мирового гражданского общества» и «транснационального права», и, как следствие, моральное устаревание концепции суверенитета, особенно в его традиционном понимании. Т.В. Бордачев спра-

¹⁷ *Donnelly J. State Sovereignty and International Human Rights // Ethics and International Affairs. 2014. Vol. 28. P. 225–238.*

ведливо отмечает, что сегодня в мире сформировалось сообщество из 193 государств, большинство из которых возникло в результате освобождения от колониальной зависимости. Для них обретенный суверенитет является историческим завоеванием и имеет ключевое значение¹⁸. Идет процесс складывания государственности в Африке и на Ближнем Востоке, причем в крайне непростых условиях, который до какой-то степени будет напоминать процессы, происходившие в Европе после завершения религиозных войн в XVII–XVIII веках. В связи с этим как основополагающая роль государства, так и важность суверенитета, обеспечивающего его дееспособность, несомненны в современной системе международных отношений и международного права.

Практика международных контролирующих и судебных органов в области защиты прав человека демонстрирует, что в современном мире массовые нарушения прав человека характерны для стран с нестабильными политическими режимами, низким уровнем жизни населения, отсутствием эффективных государственных институтов. В данных условиях невозможно противодействовать усилению влияния религиозного экстремизма, эскалации межэтнических конфликтов. В связи с этим усилия мирового сообщества и прогрессивное развитие международного права должны быть направлены на стабилизацию политической обстановки в проблемных регионах, на укрепление государственных институтов, повышение управляемости. С помощью применения лишь международно-правовых принуждения или деятельности международных контролирующих органов решить данные проблемы едва ли возможно. Военные интервенции стран Запада на Ближнем Востоке привели к возникновению террористической группировки «Исламское государство», которая фактически взяла на себя функции государственного управления территориями, на которых была разрушена государственность. Следствием кризиса государственности, спровоцированного активным вмешательством извне, является и продолжающийся с апреля 2014 г. вооруженный конфликт на юго-востоке Украины.

Учитывая, что трендом развития международных отношений, пришедшим на смену неолиберальной глобализации, является процесс региональной интеграции, региональные международные организации будут брать на себя все больше ответственности, в том числе в сфере реагирования на угрозы безопасности и массовые нарушения прав человека. Такими межгосударственными объединениями, как Лига арабских государств, Организация американских государств, Африканский союз, накоплен солидный опыт в вопросах кризисного урегулирования, который должен быть использован, в том числе при принятии и реализации принудительных международно-правовых мер, предусмотренных гл. VII Устава ООН. Исходя из этого, Организации Объединенных Наций следует развивать систему взаимодействия с региональными интеграционными институтами в области безопасности, так как неспособность Совета Безопасности ООН в одиночку реагировать на массовые грубые нарушения прав человека подтверждалась уже, к сожалению, неоднократно (Сомали, 1992; Руанда, 1994; Ливия, 2011).

Происходящие сегодня в мире процессы доказывают еще раз, насколько не прав был Ф.Фукуяма, провозгласивший в 1992 г. «конец истории», торжество либеральной демократии и падение роли государства в международных отношениях. Основанные на данной теории попытки одностороннего внешнего вмешательства привели к тяжелым последствиям и в сфере обеспечения прав человека. Остается выразить надежду, что резолюции Совета Безопасности, аналогичные Резолюции № 1973 от 17 марта 2011 г.,

¹⁸ Бордачев Т.В. Суверенитет и интеграция // Россия в глобальной политике. 2007. Т. 5. № 1. С. 65–77.

санкционировавшей применение «всех необходимых мер для защиты гражданского населения Ливии»¹⁹, больше приняты не будут. Разработка международно-правовых мер, направленных на стабилизацию обстановки в зонах напряженности, является намного более сложной задачей, чем силовое воздействие и карательное миротворчество, однако таков единственный путь, который позволит укрепить практическое воплощение принципа уважения прав человека.



Библиография

Бордачев Т.В. Суверенитет и интеграция // Россия в глобальной политике. 2007. Т. 5. № 1. С. 65–77.

Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Мысль, 1990. 415 с.

Карташкин В.А. Соотношение принципов уважения прав человека и государственного суверенитета // Современная экономика и право. 2006. № 1. С. 3–16.

Моисеев А.А. Соотношение суверенитета и надгосударственности в современном международном праве: автореф. дис... д-ра юрид.наук. М., 2007. 52 с.

Теория международных отношений: Хрестоматия / сост., науч. ред. и коммент. П.А. Цыганкова. М.: Гардарики, 2002. 706 с.

Тункин Г.И. Современное международное право. М.: Юридическая литература, 1974. 449 с.

Черниченко С.В. Делим ли государственный суверенитет? // Евразийский юридический журнал. 2010. № 12 (31). С. 15–23.

Юмашев Ю.М. Западная доктрина международного права начала XXI в. (краткий обзор) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 1. С. 3–10.

Bobbio N. Era dos Direitos. Sao Paulo: Elsevier, 2008. 202 p.

Donnelly J. State Sovereignty and International Human Rights // Ethics and International Affairs. 2014, vol. 28, pp. 225–238.

Fukuyama F. The End of History and the Last Man. N.Y.: Free Press, 1992. 341 p.

Popovski V. La souveraineté comme devoir pour protéger les droits de l'homme // <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2004/numero4/0404p16.html> (дата обращения: 11.03.2015)

Reisman M. State Sovereignty and Human Rights // The American Journal of International Law. 1990, vol. 84, pp. 866–876.

Sur S. Vers un effacement de la souveraineté des Etats? // http://www.asmp.fr/travaux/communications/2012_12_10_sur.htm (дата обращения: 15.03.2015)

Teson F. A Philosophy of International Law. Oxford: Westview Press, 1998. 262 p.

Volsky A. Reconciling Human Rights and State Sovereignty. Justice and the Law in Humanitarian Interventions // International Public Policy Review. 2007, vol. 3, № 1, pp. 20–34.

Correlation between State Sovereignty and Protection of Human Rights in the International Context of Applying Coercive Measures



Vladimir Bezzubtsev

Postgraduate Student, Department of International Public and Private Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: zaehne@mail.ru

¹⁹ Резолюция № 1973, принятая Советом Безопасности ООН 17 марта 2011 г., санкционировала установление бесполетной зоны над Ливией.



Abstract

Human rights have always been a category opposing national sovereignty and state power. Since the 1990s in the Western (American primarily) doctrine of international law, a view has been established that the principle of respect and the protection of human rights should dominate the other fundamental principles of international law primarily non-interference in the internal affairs and even non-use of force. As to state sovereignty, in the era of globalization, its role might decrease as in particular human rights should acquire a universal significance and become part of responsibility for the international community. The paper justifies the imbalance between the approaches and modern reality in international practice. Opposing state sovereignty (its independence in the international arena and supremacy in internal affairs) demand of respect and the protection of human rights is opposition. The case of the Middle East shows that the state continues remaining the major institute ensuring the fundamental human rights only under a stable political regime, ensures a stable economic development and the protection of human rights. The responsibility of international community at least now cannot substitute the active role of state: the major responsibility to ensure human rights lies with national states. The progressive development of international law should aim the strength of stability and administration institutes in trouble-plagued regions. As the major trend in the development of international relations is regional integration, the role of regional organizations will increase including human rights. In these circumstances, the UN should develop a system of closer cooperation with regional integration institutes.



Keywords

state sovereignty, protection of human rights, principles of international law, non-intervention in domestic affairs, globalization, humanitarian intervention.

Citation: Bezzubtsev V.S. (2015) Correlation between State Sovereignty and Protection of Human Rights in the International Context of Applying Coercive Measures. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 37–49 (in Russian).



References

- Bobbio N. (2008) *Era dos Direitos*. Sao Paulo: Elsevier, 202 p.
- Bordachev T.V. (2007) Suverenitet i integratsiya [Sovereignty and Integration]. *Rossiya v global'noy politike*, vol. 5, no 1, pp. 65–77.
- Chernichenko S.V. (2010) Delim li gosudarstvennyy suverenitet? [Is State Sovereignty Subject to Division?] *Evraziyskiy yuridicheskiy zhurnal*, no 12 (31), pp. 15–23.
- Donnelly J. (2014) State Sovereignty and International Human Rights. *Ethics and International Affairs*, vol. 28, pp. 225–238.
- Gegel' G.V.F. (1990) *Filosofiya prava* [Philosophy of Law]. Moscow: Mysl', 415 p. (in Russian)
- Fukuyama F. (1992) *The End of History and the Last Man*. N.Y.: Free Press, 341 p.
- Kartashkin V.A. (2006) Sootnoshenie printsipov uvazheniya prav cheloveka i gosudarstvennogo suvereniteta [The Balance between the Principles of Respecting Human Rights and State Sovereignty]. *Sovremennaya ekonomika i pravo*, no 1, pp. 3–16.
- Moiseev A.A. (2007) *Sootnoshenie suvereniteta i nadgosudarstvennosti v sovremennom mezhdunarodnom prave* (Avtoref. diss. Doktora Jurid. Nauk). [The Balance between Sovereignty and Supranationalism (summary of doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 52 p. (in Russian)
- Popovski V. *La souveraineté comme devoir pour protéger les droits de l'homme* <http://www.un.org/french/pubs/chronique/2004/numero4/0404p16.html> (accessed: 11 March 2015)
- Reisman M.W. (1990) State Sovereignty and Human Rights. *The American Journal of International Law*, vol. 84, pp. 866–876.
- Sur S. *Vers un effacement de la souveraineté des Etats?* http://www.asmp.fr/travaux/communications/2012_12_10_sur.htm (accessed: March 15, 2015)
- Teson F.R. (1998) *A Philosophy of International Law*. Oxford: Westview Press, 262 p.
- Tsygankov P.A. (ed.) (2002) *Teoriya mezhdunarodnykh otnosheniy: Khrestomatiya* [The Theory of International Relations. Reader]. Moscow: Gardariki, 706 p. (in Russian)

- Tunkin G.I. (1974) *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo* [Modern International Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 449 p. (in Russian)
- Volsky A. (2007) Reconciling Human Rights and State Sovereignty. Justice and the Law in Humanitarian Interventions. *International Public Policy Review*, vol. 3, no 1, pp. 20–34.
- Yumashev Yu.M. (2009) Zapadnaya doktrina mezhdunarodnogo prava nachala XXI v. (kratkiy obzor) [Western Doctrine of International Law in 21st Century. Summary]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 3–10.

Обеспечение информационной безопасности как гарантия прав человека

 **А.В. Туликов**

аспирант кафедры теории и истории права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: alex.amissa@yandex.ru

Аннотация

Статья посвящена актуальной проблеме соотношения информационной безопасности и прав человека. В России понятие «информационная безопасность», как правило, раскрывается через «состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства». В США и Европейском Союзе определение «информационная безопасность» связывается с правовыми принципами конфиденциальности, целостности и доступности информации и информационных систем. Реализация данных принципов позволяет обеспечить баланс интересов различных участников правоотношений, выступая, таким образом, гарантией прав человека. Влияние современных технологий проявляется прежде всего в сфере личных прав, среди которых особое место занимает право на неприкосновенность частной жизни. С одной стороны, в качестве гарантий права на неприкосновенность частной жизни выступают меры, непосредственно направленные на защиту данного права. С другой стороны, при установлении ограничений права на неприкосновенность частной жизни соответствующие гарантии должны предупреждать возможные злоупотребления. В дополнение к принципам конфиденциальности, целостности и доступности выработаны специальные правовые принципы защиты права на неприкосновенность частной жизни. Основными механизмами защиты права на неприкосновенность частной жизни, которые находят выражение в данных принципах, являются согласие субъекта персональных данных на обработку персональных данных и его уведомление о такой обработке. В то же время с развитием интернет-технологий данные механизмы оказываются недостаточными для соблюдения права человека на неприкосновенность частной жизни. Развитие гарантий данного права осуществляется путем создания дополнительных механизмов защиты конфиденциальности, которые выражены в предъявлении специфических требований в сфере сбора и обработки личной информации. Совершенствование технологий также приводит к появлению новых угроз национальной безопасности и информационной безопасности государства как одной из ее составляющих. Необходимость их защиты становится основанием для ограничения права на неприкосновенность частной жизни. Соразмерность ограничений целям их установления выступает гарантией прав человека и информационной безопасности личности. В государствах с демократическими правовыми режимами, как правило, установлен приоритет прав человека перед обеспечением национальной безопасности.

Ключевые слова

права человека, информационная безопасность, правовые принципы, ограничение прав, угрозы безопасности, неприкосновенность частной жизни.

Библиографическое описание: Туликов А.В. Обеспечение информационной безопасности как гарантия прав человека // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 50–60.

JEL: K19, УДК: 342.76

Права человека представляют собой фундамент современного правового государства. На постиндустриальном этапе развития защита прав человека приобретает особый характер. Совершенствование информационно-коммуникационных технологий сопровождается расширением возможностей их недобросовестного использования, которое создает угрозы информационной безопасности и может приводить к нарушениям прав человека. В связи с этим возникает проблема соотношения информационной безопасности и прав человека, прежде всего, права на неприкосновенность частной жизни, исследованию которой и посвящена настоящая статья.

В России понятия «безопасность», «информационная безопасность» и «национальная безопасность» раскрываются через «состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государств»¹. Информационная безопасность в данном случае определяется как состояние защищенности национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере, состоящей из совокупности сбалансированных интересов личности, общества и государства, от внутренних и внешних угроз. Правовая доктрина в целом следует данным положениям².

В отечественной правовой литературе также используется определение «информационной безопасности» через состояние защищенности информационной сферы, при котором невозможна реализация известных угроз в отношении составляющих ее элементов³. При этом понятие «информационная безопасность» рассматривается как более общая категория по отношению к понятию «защита информации», в котором акцент делается на комплексе мероприятий и действий, направленных на обеспечение безопасности информации⁴. В данном случае речь идет о состоянии защищенности информации, а не интересов личности, общества и государства.

В правовой доктрине США и Европейского Союза определение «информационной безопасности» осуществляется через перечисления конкретных элементов информационной сферы, на защиту которых она направлена⁵, и связывается с правовыми принципами конфиденциальности, целостности и доступности информации и информационных систем⁶.

¹ См.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утв. Президентом Российской Федерации от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 // Российская газета. 2000. 28 сентября; Стратегия национальной безопасности Российской Федерации до 2020 года, утв. Указом Президента Российской Федерации от 12 мая 2009 г. № 537 // СЗ РФ. 2009. № 20. Ст. 2444.

² См.: Полякова Т.А. Правовое обеспечение информационной безопасности при построении информационного общества в России: дис... д-ра юрид. наук. М., 2008. С. 112; Лопатин В.Н. Информационная безопасность России: дис... д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 91.

³ Речь может идти о таких элементах как информация, информационная инфраструктура, субъекты и система регулирования информационных отношений и т.д. См.: Соколов М.С. Информационная безопасность. К вопросу о содержании понятия «информационная безопасность» // Закон и право. 2011. № 5. С. 9–14; Стрельцов А.А. Теоретические и методологические основы правового обеспечения информационной безопасности России: дис... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 70.

⁴ См.: Швецова Т.В. Информационная безопасность, безопасность информации, защита информации: соотношение понятий // Вестник Московского университета МВД России. 2007. № 2. С. 43–45.

⁵ В данном случае информационная безопасность может предусматривать защиту информационных объектов, которые охватывают не только собственно информацию, но также компьютерное программное обеспечение, технические средства, сети и инфраструктуру, обеспечивающую информационные системы. См.: Information Security and Privacy: a Practical Guide for Global Executives, Lawyers, and Technologists. Shaw T. (ed.). Chicago: American Bar Association, 2011. P. 17.

⁶ См.: Grama J. Legal Issues in Information Security. Sudbury: Jones and Bartlett Publishers, 2010. P. 4. Указанные принципы впервые были сформулированы в таких международных стандартах, как ISO/IEC. ISO/IEC 27002: Code of Practice for Information Security Management 2005, ГОСТ Р ИСО/МЭК 13335-

Реализация данных принципов позволяет обеспечить баланс интересов различных участников правоотношений, выступая, таким образом, гарантией прав человека в сфере обеспечения информационной безопасности.

При соблюдении принципа конфиденциальности ознакомление с конфиденциальной информацией, ее обработка и предъявление требования о ее предоставлении допускаются только для лица, которое обладает правом доступа к такой информации. Роль принципа конфиденциальности заключается в предотвращении вреда, который может быть причинен общественным отношениям в результате неправомерного предоставления и распространения информации, сохраняемой в тайне в силу ее значения для безопасности личности, общества или государства. Данному принципу соответствует своего рода право «таить» информацию, т.е. сохранять ее в тайне, ограничивать доступ третьих лиц к ней, контролировать ее целевое использование.

В отличие от конфиденциальности обеспечение целостности информации стало актуальным в процессе развития компьютерных технологий и появления возможностей несанкционированного доступа к информации с целью внесения в нее изменений или уничтожения. Лицо, которое обладает информацией или правом доступа к информации, вправе требовать обеспечения ее целостности, а также в ряде случаев целостности носителя информации, т.е. сохранения их в оригинальном, неизменном виде, обеспечения невмешательства в структуру (форму) и содержание информации. Данный принцип направлен на обеспечение подлинности информации, которая позволяет сохранять между участниками общественных отношений необходимый уровень доверия и уверенности в том, что они имеют дело с оригинальной информацией и ее источником, а не с подделкой или модификацией.

Принцип доступности играет важную роль в формировании гарантий права человека на доступ к информации. Данный принцип направлен на предотвращение ограничения и создание условий доступа к социально-значимой информации, прежде всего при взаимодействии человека с органами власти, а также к иной информации, предоставления которой он вправе требовать. Этот принцип лежит в основе реализации мер по обеспечению доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, экологической информации, в том числе путем размещения информации на официальных сайтах органов и организаций.

Влияние современных информационно-коммуникационных технологий проявляется прежде всего в сфере личных прав, среди которых особое место занимает право на неприкосновенность частной жизни. Следует согласиться с утверждением, что «без информационной безопасности не может быть неприкосновенности частной жизни»⁷. Поэтому обеспечение информационной безопасности личности составляет основу правовой защиты неприкосновенности частной жизни. С развитием технологий существенно увеличиваются объемы и скорость обмена информацией, расширяется спектр возможных способов ее сбора, обработки, предоставления и распространения. В результате вред, который может быть причинен индивиду путем раскрытия определенной информации или в связи с сохранением ее в тайне, также возрастает. Данные процессы

1-2006 «Информационная технология. Методы и средства обеспечения безопасности. Часть 1. Концепция и модели менеджмента безопасности информационных и телекоммуникационных технологий», где они изложены в техническом контексте. В правовой доктрине США и Европейского Союза они обретают правовое содержание и рассматриваются как правовые принципы.

⁷ Information Security and Privacy: A Practical Guide for Global Executives, Lawyers and Technologists. P. 23.

углубляют противоречия, которые вызваны противопоставлением принципов конфиденциальности и доступности, права сохранять информацию в тайне и права доступа к такой информации. Такие противоречия возникают как в частноправовых, так и в публично-правовых отношениях.

В частноправовых отношениях соответствующие противоречия выражены в том, что для поддержки свободы выражения, свободы договора и предпринимательской деятельности в условиях автоматизации бизнес-процессов, внедрения компьютерных и интернет-сервисов необходимо расширение возможностей доступа к личной информации и ее последующего использования для коммерческих и иных организаций. В то же время рост неблагоприятных последствий для личности в связи с подобным использованием личной информации требует ограничения доступа к ней третьих лиц, контроля ее использования и создания дополнительных механизмов защиты права на неприкосновенность частной жизни.

В публично-правовых отношениях все чаще используются специализированные государственные информационные системы, для полноценного функционирования которых необходимо расширение полномочий органов власти в сфере обработки в автоматизированном режиме различного рода личной информации. Данные процессы наряду с мерами, которые предпринимаются для обеспечения национальной безопасности, приводят к формированию в законодательстве ограничений права на неприкосновенность частной жизни. При этом предотвращение незаконного вмешательства в частную жизнь и злоупотреблений со стороны органов власти становится одним из приоритетных направлений обеспечения информационной безопасности личности⁸.

С одной стороны, в качестве гарантий права на неприкосновенность частной жизни выступают меры по обеспечению информационной безопасности, непосредственно направленные на защиту данного права. При этом выработка соответствующих мер осуществляется путем конкретизации правовых принципов конфиденциальности, целостности и доступности с учетом существа права на неприкосновенность частной жизни и его возможных нарушений.

С другой стороны, при установлении ограничений права на неприкосновенность частной жизни соответствующие гарантии должны предупреждать возможные злоупотребления такими ограничениями, приводящие к угрозам информационной безопасности личности. Как справедливо отмечается в отечественной правовой доктрине «панaceей от таких злоупотреблений... служит принцип соразмерности и выводимая из него формула о запрете чрезмерных ограничений. Этот запрет (в процессе законодательной и правоприменительной деятельности) означает, что допустимые по Конституции и международным документам о правах человека ограничения должны по содержанию и объему соответствовать целям вводимых ограничений и могут применяться только для защиты иных равнозначных правовых ценностей»⁹.

В дополнение к принципам конфиденциальности, целостности и доступности в правовой доктрине выработаны специальные правовые принципы защиты права на

⁸ В публично-правовых отношениях происходят и обратные процессы, когда в условиях формирования электронного государства к органам власти предъявляются дополнительные требования в отношении открытости и доступности информации об их деятельности и создания гарантий права на доступ к информации. Данному праву противостоит необходимость сохранения определенных категорий информации в целях обеспечения национальной безопасности, которая выражается в форме придания такой информации правового режима государственной или служебной тайны.

⁹ Права человека: учебник для вузов / отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: НОРМА, 2001. С. 301.

неприкосновенность частной жизни¹⁰, в которых определяются пределы и условия осуществления данного права. В связи с принципом конфиденциальности такие специальные правовые принципы определяют возможность сбора персональных данных только законными и добросовестными средствами и для конкретно определенных целей при условии предварительного уведомления или согласия субъекта персональных данных, обеспечения их защиты от таких рисков как потеря или несанкционированный доступ, уничтожение, использование, изменение или раскрытие данных. Наряду с принципом целостности применяется принцип, при соблюдении которого персональные данные должны соответствовать целям их использования и в соответствии с такими целями должны быть точными, полными и актуальными. Принцип доступности дополняется принципами, которые создают условия для доступа субъекта персональных данных к информации о наличии у оператора и характере обрабатываемых им персональных данных такого субъекта, основных целях их использования, личности и месте нахождения оператора данных, а также наделяют субъектов персональных данных дополнительными правами, включая возможность уничтожения, исправления, дополнения или изменения своих персональных данных. Данные принципы в настоящее время отражены как в национальном¹¹, так и в международном праве¹².

Основными механизмами защиты права на неприкосновенность частной жизни, которые находят выражение в соответствующих правовых принципах, являются согласие субъекта персональных данных на обработку персональных данных и его уведомление о такой обработке. При этом конфиденциальность личной информации обеспечивается путем предоставления доступа или возможности сбора и обработки такой информации только тем лицам, которые получили соответствующее согласие ее обладателя. Если доступ или возможности сбора и обработки предоставляются на основании закона, то обязательным является уведомление об обработке персональных данных их обладателя. Уведомление также обязательно при иных случаях, определенных субъектом персональных данных или установленных законодательством, например, при нарушении конфиденциальности или целостности персональных данных. Указанные механизмы предоставляют субъекту персональных данных правовые возможности контроля за их использованием и, соответственно, гарантии неприкосновенности его частной жизни.

В то же время с развитием сети Интернет и интернет-сервисов, созданием массивных коллекций информации (известных как «Большие данные»¹³) и развитием облачных тех-

¹⁰ Данные правовые принципы были сформированы на базе так называемых, Справедливых информационных принципов, разработанных ОЭСР в 1980 г. См.: OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data // URL: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (дата обращения: 26.04. 2015)

¹¹ Например, они содержатся в Акте Канады о защите личной информации и электронных документов 2000 г. (PIPEDA) и национальном законодательстве государств-членов Европейского Союза. Они также получили отражение в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (СЗ РФ, 2006 г. № 31 (часть I). Ст. 3451). В данном Федеральном законе изложение принципов близко к подходу, принятому в Директиве 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского Союза о защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных

¹² См. напр.: Конвенция Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных от 28 января 1981 г. // Бюллетень международных договоров. 2014. № 4. С. 13–21.

¹³ См., например: *Cumley R., Church P.* Is “Big Data” Creepy? // *Computer Law and Security Review*. 2013. № 29. P. 601–609.

нологий¹⁴ данные механизмы оказываются недостаточными для соблюдения права человека на неприкосновенность частной жизни. Фактически пользователь постепенно утрачивает контроль над использованием своих персональных данных. Так, при использовании облачных технологий процесс передачи и обработки данных становится для пользователя неопределенным и на практике может заключаться в дроблении информации и ее размещении на серверах, расположенных в различных национальных юрисдикциях.

Кроме того, большинство пользователей дает согласие на обработку их персональных данных, должным образом не ознакомившись с его условиями, не понимая правовых последствий такого согласия и не предвидя последующего использования своей личной информации¹⁵. В результате механизм получения согласия пользователя на обработку его личной информации становится слабой, по существу, формальной гарантией, не обеспечивающей конфиденциальности личной информации и реальной защиты права на неприкосновенность частной жизни.

Для современной электронной коммерции предварительное согласие и последующее уведомление субъекта персональных данных, равно как правовые ограничения применения облачных технологий создают препятствия развитию бизнеса и внедрению инноваций. В связи с этим ограничения свободы предпринимательской деятельности в Интернете, обусловленные использованием традиционных механизмов защиты права на неприкосновенность частной жизни, становятся избыточными.

Развитие гарантий данного права осуществляется путем создания дополнительных по отношению к согласию субъекта персональных данных и его уведомлению механизмов защиты конфиденциальности, которые выражены в предъявлении специфических требований к лицам, осуществляющим сбор и обработку личной информации. Такие требования могут заключаться в установлении специального правового режима так называемых чувствительных данных, ограничении сбора определенной личной информации в цифровой форме, в том числе геолокационных и биометрических данных, ограничении автоматического принятия юридически значимых решений. Формой правовой защиты персональных данных также является ограничение их передачи в национальные юрисдикции, где не обеспечиваются необходимые гарантии права на неприкосновенность частной жизни. Одновременно возрастают требования к технической защите персональных данных для предотвращения неавторизованного доступа к данным, устранению последствий их раскрытия или компрометации.

В Европейском Союзе право на неприкосновенность частной жизни рассматривается как фундаментальное право¹⁶. Его защита гарантируется ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — Конвенция 1950 г.)¹⁷ и конституциями государств-членов ЕС. Приоритет полного контроля личности над его

¹⁴ См., например: *King N.J., Raja V.T.* Protecting the Privacy and Security of Sensitive Customer Data in the Cloud // *Computer Law and Security Review*. 2012. № 28. P. 308–319; *Ryan P., Falvey S.* Trust in the Clouds // *Computer Law and Security Review*. 2012. № 28. P. 513–521.

¹⁵ См., напр.: *McDonald A.M., Cranor L.F.* The Cost of Reading Privacy Policies // *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*. 2008. Vol. 4. P.560. В данной статье указывается на 244 часа в год, которое нужно было бы потратить пользователям, чтобы ознакомиться со всеми политиками конфиденциальности на сайтах, которые они посещают в течение года, — это чуть больше половины времени, проводимого в сети Интернет.

¹⁶ См. например: Communication of the European Commission, Strategy for the Effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, COM (2010) 573/4, Brussels, 19.10.2010 // URL: http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_en.pdf (дата обращения: 26.04. 2015)

¹⁷ СЗ РФ, 2001. № 2. Ст. 163.

персональными данными перед традиционными демократическими свободами (свободой предпринимательской деятельности и свободой слова) лежит в основе нескольких поколений национальных законов в сфере защиты неприкосновенности частной жизни, нормативных правовых актов ЕС и решений Европейского суда по правам человека¹⁸.

В отличие от ЕС в США, где в меньшей степени проявляется патерналистская функция государства, специальные требования в области обработки персональных данных установлены только в наиболее чувствительных сферах¹⁹. В остальных сферах государство отдает приоритет саморегулированию, в основе которого лежат свобода предпринимательской деятельности, свобода договора, свобода слова и печати²⁰. Государство воздействует на общественные отношения путем издания различного рода рекомендаций и политических заявлений²¹.

Несмотря на различия между вышеприведенными подходами, следует также отметить тенденцию к их сближению. Так, в ЕС Директива о защите данных 95/46/ЕС запрещает передачу персональных данных пользователей-резидентов в государства, не входящие в Европейское экономическое сообщество. Исключением является «передача персональных данных в третьи страны, которые обеспечивают адекватный уровень защиты». Признается, что в США такая защита обеспечивается, хотя и имеются исключения. Так, передача персональных данных из ЕС в США допускается, только если оператор является членом Соглашения о безопасной гавани²² или согласился с иными договорными условиями, которые были установлены, чтобы обеспечить адекватную защиту персональных данных.

Развитие технологий приводит к появлению угроз национальной безопасности и информационной безопасности государства как одной из ее составляющих. Необходи-

¹⁸ См., например: Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Case C-131/12. В данном деле фактически было признано «право быть забытым», которое предоставило пользователям из ЕС правовую возможность требовать удаления из поисковых запросов определенной информации о своем прошлом. См. также: General Data Protection Regulation (GDPR); European Parliament Legislative Resolution of March 12, 2014 on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation) // URL: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0212&language=EN> (дата обращения: 26.04.2015). В этих документах, в частности, планируется предусмотреть «право быть забытым», а также регулировать некоторые другие аспекты использования персональных данных в цифровых сетях.

¹⁹ Например, в США такими сферами являются сбор данных с помощью онлайн-сервисов о детях младше 13 лет, финансовыми институтами о их клиентах, бюро кредитных историй о клиентах и медицинскими работниками о пациентах, а также некоторые другие области, в которых приняты специальные законы. См.: Children's Online Privacy Protection Act (1998), Gramm-Leach-Bliley Act (1999), Fair Credit Report Act of 1992, Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) (1996), Electronic Communications Privacy Act (1986), Family and Educational Privacy Act (1974), Video Privacy Protection Act (1988), Telephone Customers Protection Act (1994), Drivers Privacy Protection Act (1994), Privacy Act (1974)

²⁰ См.: Crounse S. The Fair Information Principles: A Comparison of U.S. and Canadian Privacy Policy as Applied to the Private Sector. NY: Rochester Institute of Technology, ProQuest, UMI Dissertations Publishing. 2009. 174 p.

²¹ Защита неприкосновенности частной жизни также может осуществляться в соответствии с законодательством о защите прав потребителей с учетом решений Федеральной торговой комиссии и законодательством штатов в сфере деликтов применительно к правонарушениям, связанным с причинением конкретного имущественного вреда.

²² Соглашение регулирует стандарты трансатлантического обмена данными таких компаний, как Google, Microsoft и Facebook.

димось защиты данных ценностей становится основанием для ограничения права на неприкосновенность частной жизни. Соразмерность ограничений целям их установления выступает гарантией прав человека и информационной безопасности личности. Государство всегда более оперативно реагирует на возможности, которые предоставляют новые информационно-коммуникационные технологии для защиты публичных, нежели частных интересов. Это обусловлено тем, что устойчивость функционирования институтов публичной власти, сохранение правопорядка является необходимой предпосылкой соблюдения прав человека.

Большинство государств отреагировало на возросшие в последнее время угрозы национальной безопасности путем расширения полномочий органов власти по доступу к личной информации, ее сбору и обработке, которые в настоящее время не ограничены какими-то отдельными категориями информации. При этом в различных государствах подходы к обеспечению соразмерности принимаемых мер по обеспечению национальной безопасности также могут отличаться.

В государствах с демократическими правовыми режимами, как правило, установлен приоритет прав человека перед обеспечением национальной безопасности²³. Такой приоритет выражается в том, что меры по обеспечению национальной безопасности, связанные со сбором и обработкой соответствующей информации, принимаются при соблюдении специальной процедуры, которая обеспечивает их соразмерность возникающим угрозам. В основе данного подхода лежат положения Конвенции 1950 г.²⁴, в которой определены условия ограничения права человека на неприкосновенность частной жизни — «установление ограничения только законом» и «необходимость в демократическом обществе». Ограничение должно соответствовать целям его установления. Это позволяет не только определить целесообразность или обоснованность установления или применения подобного ограничения, но также оценить возможность эффективного достижения тех же целей в отсутствие ограничения права или его меньшем ограничении.

Для своевременного выявления фактов несоразмерности ограничений прав человека угрозам информационной безопасности и последствиям их проявления могут быть созданы специализированные государственные органы и уполномоченные по правам человека, подконтрольные представительной власти²⁵. Как отмечают в зарубежной литературе, «обеспечение неприкосновенности частной жизни не должно ограничиваться тем, что законодатели, судьи и государственные служащие уделяют ей достаточно внимания. Они также должны обеспечить постоянный контроль, чтобы убедиться, что неприкосновенность частной жизни может играть важную роль в качестве противовеса перед лицом новых угрожающих событий»²⁶. В связи с этим Европейский суд по правам человека указывает, что «надзор за мерами наблюдения может осуществляться на трех этапах: когда наблюдение санкционировано, во время его проведения и после того, как

²³ См., например: *Goncalves M.E., Jesus I.A. Security Policies and the Weakening of Personal Data Protection in the European Union // Computer Law and Security Review. 2013. № 29. P. 255–263.*

²⁴ СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

²⁵ Такие органы созданы во многих государствах-членах ЕС. Примером также является Канадский комиссар по неприкосновенности частной жизни (Canadian Privacy Commissioner), который подготовлен Парламенту и рассматривается как основной защитник прав на неприкосновенность частной жизни граждан Канады.

²⁶ *Coudert F. When Video Cameras Watch and Screen: Privacy Implications of Pattern Recognition Technologies // Computer Law and Security Review 26 (2010). P. 381.*

оно закончилось. В процессе надзора ценности демократического общества должны соблюдаться как можно более добросовестно...»²⁷.

Чем меньше значение демократических ценностей в политическом режиме, тем большую роль играет обеспечение национальной безопасности для сохранения существующего порядка управления государством, следствием которого является установление различных ограничений прав человека, включая право на неприкосновенность частной жизни. Согласно позиции Европейского суда по правам человека, выраженной в деле «Класс и другие против Германии», «право тайного наблюдения за гражданами, которое характерно для полицейского государства, терпимо в соответствии с Конвенцией только тогда, когда оно строго необходимо для сохранения демократических институтов»; государства «не могут во имя борьбы против шпионажа и терроризма предпринимать любые действия, которые они считают подходящими»²⁸.

Таким образом, в условиях развития технологий обеспечение информационной безопасности выступает одной из важнейших гарантий прав человека. В основе таких гарантий лежит соблюдение принципов конфиденциальности, целостности и доступности информации и информационных систем. Для обеспечения информационной безопасности личности осуществляется выработка специальных правовых принципов защиты права на неприкосновенность частной жизни, а также дополнительных механизмов его защиты, связанных с установлением специфических требований в сфере сбора и обработки личной информации. При обеспечении национальной безопасности и информационной безопасности государства как одной из ее составляющих важнейшей гарантий прав человека выступает соблюдение принципа соразмерности при их ограничении. Реализация данных принципов и механизмов защиты прав человека при обеспечении информационной безопасности может принимать различные формы, которые зависят от правовых традиций и политического режима государства.



Библиография

- Лопатин В.Н. Информационная безопасность России: дис... д-ра юрид. наук. М., 2003. 433 с.
- Полякова Т.А. Правовое обеспечение информационной безопасности при построении информационного общества в России: дис... д-ра юрид. наук. М., 2008. 437 с.
- Права человека: учебник для вузов / отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: НОРМА, 2001. 573 с.
- Соколов М.С. Информационная безопасность. К вопросу о содержании понятия «информационная безопасность» // Закон и право. 2011. № 5. С. 9–14.
- Стрельцов А.А. Теоретические и методологические основы правового обеспечения информационной безопасности России: дис... д-ра юрид. наук. М.: РГБ, 2005. 371 с.
- Швецова Т.В. Информационная безопасность, безопасность информации, защита информации: соотношение понятий // Вестник Московского университета МВД России. 2007. № 2. С. 43–45.
- Cumbley R., Church P. Is «Big Data» Creepy? // Computer Law and Security Review. 2013. № 29. P. 601–609.
- Coudert F. When Video Cameras Watch and Screen: Privacy Implications of Pattern Recognition Technologies // Computer Law and Security Review. 2010. № 26. P. 377–384.
- Crouse S. The Fair Information Principles: A Comparison of U.S. and Canadian Privacy Policy as Applied to the Private Sector. N.Y.: Rochester Institute of Technology, UMI Dissertations Publishing, 2009. 174 p.

²⁷ Klass and Others v. Germany, § 56, Series A, № 28.

²⁸ Ibidem.

- Grama J. Legal Issues in Information Security. Sudbury: Jones and Bartlett Publishers, 2010. 526 p.
- Goncalves M.E., Jesus I.A. Security policies and the weakening of personal data protection in the European Union // Computer Law and Security Review. 2013. № 29. P. 255–263.
- Information Security and Privacy: a Practical Guide for Global Executives, Lawyers and Technologists. T. Shaw, ed. Chicago: American Bar Association, 2011. 395 p.
- King N.J., Raja V.T. Protecting the Privacy and Security of Sensitive Customer Data in the Cloud // Computer Law and Security Review. 2012. № 28. P. 308–319.
- McDonald A.M., Cranor L.F. The Cost of Reading Privacy Policies // Journal of Law and Policy for the Information Society. 2008. Vol. 4. P. 540–565.
- Ryan P., Falvey S. Trust in the Clouds // Computer Law and Security Review. 2012. № 28. P. 513–521.
- Silver D. National Security and Transparency: The Legal Frameworks and Factors Federal Courts Use to Balance Competing Democratic Values. PhD Diss. Chapel Hill, 2009. 313 p.
-

Information Security as a Guarantee for Human Rights



Alexey Tulikov

Postgraduate Student, Department of History and Theory of Law, Law Faculty. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: alex.amissa@yandex.ru



Abstract

The article features a topical issue of the correlation between information security and human rights. The Russian concept of information security is interpreted as a state of safety for the vital interests of a person, society and state. In the US and EU, the definition to information security is associated with the principles of confidentiality, integrity and accessibility to information or information systems. Implementing both principles allows ensuring a balance of interests for various participants of legal relations and hence providing guarantee of human rights in the area of information security. The influence of modern technologies is evident primarily in personal rights in which the right to privacy makes a special domain. On the one hand, the measures to ensure information security targeting the protection of the right guarantee the right of privacy. On the other hand, when restricting the right to privacy, appropriate guarantees should prevent possible abuses with such restrictions which cause the threats to information security of a person. Besides the confidentiality, integrity and accessibility principles, special legal principles were developed to determine the limits and terms to implement the right to privacy. The major mechanisms to protect the right to privacy in the principles are the consent for personal data processing and the notification of it. At the same time, with the development of Internet technologies, such mechanisms are insufficient to respect the right to privacy. The development of guarantees for the right is implemented by creating additional mechanisms of protection and confidentiality expressed in special requirements to collecting and processing personal information. Modern technologies lead to new threats to national security and state information security. The need to protect such concepts is a reason to restrict the right to privacy. The balance between such restrictions and aims serves as a guarantee of human rights and personal information security. The states with democratic legal regimes tend to stipulate the priority of human rights to national security. The less is the significance of democratic values in a political regime, a greater role is given to ensuring national security to protect the existing model of state governance. It leads to setting various restrictions to human rights including the right to privacy.



Keywords

human rights, information security, legal principles, rights limitations, security threats, privacy.

Citation Tulikov A.V. (2015) Information Security as a Guarantee for Human Rights. Pravo. Zhurnal Vysheyshykh ekonomiki, no 2, pp. 50–60 (in Russian).



References

- Coudert F. (2010) When Video Cameras Watch and Screen: Privacy Implications of Pattern Recognition Technologies. *Computer Law and Security Review*, no 26, pp. 377–384.
- Crouse S. (2009) *The Fair Information Principles: A Comparison of U.S. and Canadian Privacy Policy as Applied to the Private Sector*. N.Y.: Rochester Institute of Technology, ProQuest, UMI Dissertations Publishing, 174 p.
- Cumbley R., Church P. (2013) Is “Big Data” Creepy? *Computer Law and Security Review*, no 29, pp. 601–609.
- Grama J. (2010) *Legal Issues in Information Security*. Sudbury: Jones and Bartlett Publishers, 526 p
- Goncalves M.E., Jesus I.A. (2013) Security policies and the weakening of personal data protection in the European Union. *Computer Law and Security Review*, no 29, pp. 255–263.
- King N.J., Raja V.T. (2012) Protecting the Privacy and Security of Sensitive Customer Data in the Cloud. *Computer Law and Security Review*, no 28, pp. 308–319.
- Lopatin V.N. (2003) Informatsionnaya bezopasnost' Rossii (*Diss. Doct. Jurid. Nauk*) [Information Security of Russia (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 433 p. (in Russian)
- Lukasheva E.A. (ed.) (2001) *Prava cheloveka. Uchebnyk dlya vuzov* [Human Rights. Textbook]. Moscow: Norma, 573 p. (in Russian)
- McDonald A.M., Cranor L.F. (2008) The Cost of Reading Privacy Policies. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 4, pp. 540–565.
- Polyakova T.A. (2008) *Pravovoe obespechenie informatsionnoy bezopasnosti pri postroenii informatsionnogo obshchestva v Rossii (Diss. Doct. Jurid. Nauk)* [Ensuring Legal Guarantees to Information Security in Russian Information Society (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 437 p. (in Russian)
- Ryan P., Falvey S. (2012) Trust in the Clouds. *Computer Law and Security Review*, no 28, pp. 513–521.
- Shaw T. (ed.) (2011) *Information Security and Privacy: a Practical Guide for Global Executives, Lawyers and Technologists*. Chicago: American Bar Association, 395 p.
- Shvetsova T.V. (2007) Informatsionnaya bezopasnost', bezopasnost' informatsii, zashchita informatsii: sootnoshenie ponyatiy [Information Security, Security of Information, Protection of Information: Correlation of Concepts] *Vestnik Moskovskogo universiteta MVD*, no 2, pp. 43–45 (in Russian)
- Silver D. (2009) *National Security and Transparency: The Legal Frameworks and Factors Federal Courts Use to Balance Competing Democratic Values (PhD Diss.)*. Chapel Hill: University of North Carolina, 313 p.
- Sokolov M.S. (2011) Informatsionnaya bezopasnost'. K voprosu o sodержanii ponyatiya «informatsionnaya bezopasnost'» [Information Security. On the Concept of Information Security]. *Zakon i pravo*, no 5, pp. 9–14 (in Russian).
- Strel'tsov A.A. (2005) *Teoreticheskie i metodologicheskie osnovy pravovogo obespecheniya informatsionnoy bezopasnosti Rossii (Diss. Doct. Jurid. Nauk)* [Theoretical and Methodological Fundamentals of Legal Guarantees for Information Security of Russia (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 371 p. (in Russian)

Понятие «охрана труда»: теоретико-правовой аспект



А.Я. Петров

профессор кафедры трудового права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000 Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: alexey.petrov@yandex.ru



Аннотация

В науке трудового права не разработан в должной мере понятийный аппарат охраны труда (определения и термины) и, прежде всего, с позиции международного трудового права. Более того, отсутствует концептуальная правовая модель безопасности и гигиены труда, ее понятийной основы. Поэтому автором предпринята попытка восполнить этот пробел в науке. Методологической основой статьи является учение о праве как фундаментальном регуляторе общественных отношений, доктринальная концепция о понятиях трудового права России. Впервые в науке трудового права раскрывается понятие охраны, безопасности и гигиены труда не только с позиции международного трудового права и современных теоретических подходов, но и проекта Федерального закона «О безопасности и гигиене труда». Основные выводы: термин «охрана труда» изначально не соответствовал концептуальной идее, смыслу и своему назначению — содействовать сохранению жизни и здоровья работника; определение понятия охраны труда, данное в ст. 209 ТК РФ, представляется несколько нелогичным и неправильным. С позиции науки российского трудового права охрану труда следовало бы определить как систему правовых актов, регулирующих социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные отношения в целях обеспечения здоровья и жизни работника; категория «требования охраны труда» вряд ли уместна в российском праве, в том числе и в ст. 37 Конституции Российской Федерации; некоторые определения и термины, предусмотренные в федеральных законах и подзаконных нормативных правовых актах, либо дублируют ст. 209 ТК РФ, либо не совсем ей соответствуют, что обуславливает проблемы с их применением на практике. В перспективе было бы целесообразным провести их унификацию; можно предположить, что в случае принятия Федерального закона «О безопасности и гигиене труда» будет поставлен вопрос, чтобы раздел X ТК РФ назвать «Безопасность и гигиена труда» и в соответствии с новым названием раздела придать ему качественно другое содержание. В связи с этим все правовые доктрины (советские и российские) об охране труда, очевидно, придется пересмотреть.



Ключевые слова

Трудовой кодекс РФ, международное трудовое право, понятия, определения, термины, охрана, безопасность, гигиена труда, здоровье и жизнь работника.

Библиографическое описание: Петров А.Я. Понятие «охрана труда»: теоретико-правовые аспекты // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 61–75.

JEL: K31; УДК: 349.2

По данным Международной организации труда (далее — МОТ) в мире от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний ежегодно погибают око-

ло 2,2 млн. человек. Приблизительно 270 млн. человек получают травмы и еще 160 млн. страдает кратковременными и длительными заболеваниями по причинам, связанным с работой. По оценкам МОТ, общие потери от несчастных случаев и ухудшения здоровья составляют примерно четыре процента мирового валового внутреннего продукта.

В Российской Федерации ежегодно на производстве получают различные травмы более 300 тыс. человек, из которых около 6 тыс. со смертельным исходом. По данным Госкомстата России, в течение последних 10 лет наблюдается устойчивый рост численности работников, занятых во вредных и (или) опасных условиях труда. По материалам Министерства труда и социальной защиты Российской Федерации уровень смертельного травматизма в нашей стране — 12 случаев на 100 тыс. работающих, что в несколько раз выше, чем в США и Евросоюзе. В условиях, не соответствующих санитарно-гигиеническим нормам, трудятся почти четверть работающих — 24,7%. По причинам, связанным с профессиональной деятельностью, ежегодно умирают 160 тыс. человек, 200 тыс. получают травмы на производстве, 10 тыс. — профессиональные заболевания, 14 тыс. становятся инвалидами.

В связи с этим крайне необходима разработка новой концептуальной правовой модели охраны труда и, прежде всего, ее понятийной основы (термины, определения). При этом нельзя не подчеркнуть, что от того, как понимается то или иное правовое явление, какой смысл придается понятию, зависит определение и структура законов, иных нормативных правовых актов и их норм.

В науке трудового права охрана рассматривается как:

- принцип трудового права;
- субъективное право;
- институт трудового права.

По мнению многих исследователей, охрана труда является принципом трудового права, так как отвечает общетеоретическому понятию принципа права и его конститутивным признакам. Принцип охраны труда выражает сущность норм трудового права. Содержание субъективного права работника раскрывается в ст. 219 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ), где указаны конкретные правомочия работника в сфере охраны труда. Некоторые ученые-юристы формулируют правовое понятие охраны труда как института трудового права и как комплексного правового образования.

Однако значительно чаще это явление понимается в широком и узком смыслах. В широком смысле охрана труда представляет собой совокупность всех норм, содействующих охране трудовых прав работников. В узком смысле охрана труда рассматривается как система правовых мероприятий и средств, обеспечивающих безопасность жизни и здоровья работников в процессе их трудовой деятельности.

Важно отметить, что рассмотрению различных правовых аспектов охраны труда посвящены диссертации С.А. Голощанова, А.Б. Гудова, О.В. Домрачевой, А.С. Макеевкиной, А.В. Михайлова, А.С. Неверовой, В.И. Семенкова, М.В. Созановой и др. В диссертационных исследованиях нередко присутствует интересная позиция относительно понятия охраны труда — охраняется не труд, а жизнь и здоровье работников. Поэтому предлагается охрану труда понимать как охрану жизни и здоровья работников и более широко использовать такое понимание в научных исследованиях¹.

Примечательна и такая точка зрения: охрана труда — это система специфических средств безопасности и гигиены труда, направленных на предупреждение несчастных случаев, инцидентов, опасных происшествий и повреждения здоровья в результате

¹ См. например: *Созанова М.В.* Предупреждение несчастных случаев на производстве и ответственность работодателя при их наступлении: автореф. дис...канд. юрид. наук М., 2005.

работы, в ходе ее или связанных с ней, на минимизацию риска и его негативных последствий, оптимизацию трудовой деятельности². Большинство исследователей рассматривает понятие охраны труда, основываясь на легальном ее определении, предусмотренным в ст. 209 ТК РФ³.

В ст. 209 ТК РФ даны основные понятия охраны труда, которые целесообразно подразделить на:

1) определение (дефиницию) охраны труда. Под *охраной труда* понимается система сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия⁴;

2) иные определения, непосредственно связанные с понятием «охрана труда». К ним относятся:

- *условия труда* — совокупность факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника;

- *вредный производственный фактор* — производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его заболеванию;

- *опасный производственный фактор* — производственный фактор, воздействие которого на работника может привести к его травме;

- *безопасные условия труда* — условия труда, при которых воздействие на работающих вредных и (или) опасных производственных факторов исключено либо уровни их воздействия не превышают установленных нормативов;

- *рабочее место* — место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя;

- *средства индивидуальной и коллективной защиты работников* — технические средства, используемые для предотвращения или уменьшения воздействия на работников вредных и (или) опасных производственных факторов, а также для защиты от загрязнения;

- *система управления охраной труда* — комплекс взаимосвязанных и взаимодействующих между собой элементов, устанавливающих политику и цели в области охраны труда у конкретного работодателя и процедуры по достижению этих целей;

- *производственная деятельность* — совокупность действий работников с применением средств труда, необходимых для превращения ресурсов в готовую продукцию, включающих в себя производство и переработку различных видов сырья, строительство, оказание различных видов услуг;

- *требования охраны труда* — государственные нормативные требования охраны труда, в том числе стандарты безопасности труда, а также требования охраны труда, установленные правилами и инструкциями по охране труда;

² См.: Красных Г.И. Охрана труда в Российской Федерации: система административно — правового регулирования и проблемы обеспечения: автореф. дис...канд. юрид. наук. Воронеж, 2008.

³ См.: Сайдахмедов С.И. Правовое регулирование охраны труда в трудовом праве Республики Узбекистан и Российской Федерации: автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2009.

⁴ Ср.: согласно ст. 221 Трудового кодекса Республики Беларусь, охрана труда — система обеспечения безопасности жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая правовые, социально-экономические, организационные, технические, психофизиологические, санитарно-противоэпидемические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия и средства.

- *государственная экспертиза условий труда* — оценка соответствия объекта экспертизы государственным нормативным требованиям охраны труда;
- *стандарты безопасности труда* — правила, процедуры, критерии и нормативы, направленные на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности и регламентирующие осуществление социально-экономических, организационных, санитарно-гигиенических, лечебно-профилактических, реабилитационных мер в области охраны труда;
- *профессиональный риск* — вероятность причинения вреда здоровью в результате воздействия вредных и (или) опасных производственных факторов при исполнении работником обязанностей по трудовому договору или в иных случаях, установленных настоящим Кодексом, другими федеральными законами;
- *управление профессиональными рисками* — комплекс взаимосвязанных мероприятий, являющихся элементами системы управления охраной труда и включающих в себя меры по выявлению, оценке и снижению уровней профессиональных рисков⁵.

Для всестороннего понимания охраны труда представляют научный интерес следующие основные дефиниции, сформулированные в ст. 2 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»:

1) *здоровье* — состояние физического, психического и социального благополучия человека, при котором отсутствуют заболевания, а также расстройства функций органов и систем организма;

2) *охрана здоровья граждан* — система мер политического, экономического, правового, социального, научного, медицинского, в том числе санитарно-противоэпидемического (профилактического), характера, осуществляемых органами государственной власти, органами местного самоуправления, организациями, их должностными лицами и иными лицами, гражданами в целях профилактики заболеваний, сохранения и укрепления физического и психического здоровья каждого человека, поддержания его долголетней активной жизни, предоставления ему медицинской помощи;

3) *профилактика* — комплекс мероприятий, направленных на сохранение и укрепление здоровья и включающих в себя формирование здорового образа жизни, предупреждение возникновения и (или) распространения заболеваний, их раннее выявление, выявление причин и условий их возникновения и развития, а также направленных на устранение вредного влияния на здоровье человека факторов среды его обитания.

В рассматриваемом контексте важной представляется ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения» (в ред. от 23 июня 2014 г. № 160-ФЗ), закрепляющая следующие основные понятия:

- *санитарно-эпидемиологическое благополучие населения* — состояние здоровья населения, среды обитания человека, при котором отсутствует вредное воздействие факторов среды обитания на человека и обеспечиваются благоприятные условия его жизнедеятельности;
- *факторы среды обитания* — биологические (вирусные, бактериальные, паразитарные и иные), химические, физические (шум, вибрация, ультразвук, инфразвук, те-

⁵ Ср.: в ст. 1 Закона Республики Беларусь «Об охране труда» (в ред. от 12 июля 2013 г. № 61-3) указаны основные термины и их определения: безопасные условия труда; инструктаж по охране труда; опасность; межотраслевые правила по охране труда; отраслевые правила по охране труда; паспортизация санитарно-технического состояния условий и охраны труда; проверка знаний по вопросам охраны труда; работающие, работодатели, стажировка по вопросам охраны труда, типовая инструкция по охране труда.

пловые, ионизирующие, неионизирующие и иные излучения), социальные (питание, водоснабжение, условия быта, труда, отдыха) и иные факторы среды обитания, которые оказывают или могут оказывать воздействие на человека и (или) на состояние здоровья будущих поколений;

- *вредное воздействие на человека* — воздействие факторов среды обитания, создающее угрозу жизни или здоровью человека либо угрозу жизни или здоровью будущих поколений;

- *благоприятные условия жизнедеятельности человека* — состояние среды обитания, при котором отсутствует вредное воздействие ее факторов на человека (безвредные условия) и имеются возможности для восстановления нарушенных функций организма человека;

- *безопасные условия для человека* — состояние среды обитания, при котором отсутствует опасность вредного воздействия ее факторов на человека;

- *санитарно-эпидемиологическая обстановка* — состояние здоровья населения и среды обитания на определенной территории в конкретно указанное время;

- *гигиенический норматив* — установленное исследованиями допустимое максимальное или минимальное количественное и (или) качественное значение показателя, характеризующего тот или иной фактор среды обитания с позиций его безопасности и (или) безвредности для человека;

- *санитарно-эпидемиологические требования* — обязательные требования к обеспечению безопасности и (или) безвредности для человека факторов среды обитания, условий деятельности юридических лиц и граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, используемых ими территорий, зданий, строений, сооружений, помещений, оборудования, транспортных средств, несоблюдение которых создает угрозу жизни или здоровью человека, угрозу возникновения и распространения заболеваний и которые устанавливаются государственными санитарно-эпидемиологическими правилами и гигиеническими нормативами.

Относительно понятия охраны труда на опасных производственных объектах актуальна ст. 1 Федерального закона от 20 июня 1997 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» (в ред. от 4 марта 2013 г. № 22-ФЗ), в которой определены, в частности, такие основные понятия:

- *промышленная безопасность опасных производственных объектов* — состояние защищенности жизненно важных интересов личности и общества от аварий на опасных производственных объектах и последствий указанных аварий;

- *авария* — разрушение сооружений и (или) технических устройств, применяемых на опасном производственном объекте, неконтролируемые взрыв и (или) выброс опасных веществ;

- *инцидент* — отказ или повреждение технических устройств, применяемых на опасном производственном объекте, отклонение от установленного режима технологического процесса;

- *обоснование безопасности опасного производственного объекта* — документ, содержащий сведения о результатах оценки риска аварии на опасном производственном объекте и связанной с ней угрозы, условия безопасной эксплуатации опасного производственного объекта, требования к эксплуатации, капитальному ремонту, консервации и ликвидации опасного производственного объекта;

- *система управления промышленной безопасностью* — комплекс взаимосвязанных организационных и технических мероприятий, осуществляемых организацией, экс-

планирующей опасные производственные объекты, в целях предупреждения аварий и инцидентов на опасных производственных объектах, локализации и ликвидации последствий таких аварий.

В определенной мере углубляет понятийные основы охраны труда и ст. 2 Федерального закона от 18 февраля 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании», предусматривающая следующие основные определения и термины:

- *безопасность продукции, процессов производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации* (безопасность) — состояние, при котором отсутствует недопустимый риск, связанный с причинением вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений;

- *ветеринарно-санитарные и фитосанитарные меры* — обязательные для исполнения требования и процедуры, устанавливаемые в целях защиты от рисков, возникающих в связи с проникновением, закреплением или распространением вредных организмов, заболеваний, переносчиков болезней или болезнетворных организмов;

- *риск* — вероятность причинения вреда жизни или здоровью граждан, имуществу физических или юридических лиц, государственному или муниципальному имуществу, окружающей среде, жизни или здоровью животных и растений с учетом тяжести этого вреда;

- *техническое регулирование* — правовое регулирование отношений в области установления, применения и исполнения обязательных требований к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, а также в области установления и применения на добровольной основе требований к продукции, процессам производства, эксплуатации, хранения, перевозки, реализации и утилизации, выполнению работ или оказанию услуг и правовое регулирование отношений в области оценки соответствия;

- *технический регламент* — документ, который принят международным договором Российской Федерации в целях защиты жизни или здоровья граждан.

Из подзаконных нормативных правовых актов в целях разработки правовой модели безопасности и гигиены труда представляет теоретический и практический интерес «Система стандартов безопасности труда», которая устанавливает применяемые в науке, технике и производстве термины и определения основных понятий в области безопасности труда⁶, а именно:

- *опасный фактор* — производственный фактор, воздействие которого на работающего в определенных условиях приводит к травме, острому отравлению или другому внезапному резкому ухудшению здоровья, или смерти;

- *вредный фактор* — производственный фактор, воздействие которого на работающего в определенных условиях может привести к заболеванию, снижению работоспособности и(или) отрицательному влиянию на здоровье потомства. В зависимости от количественной характеристики (уровня, концентрации и др.) и продолжительности воздействия вредный производственный фактор может стать опасным;

⁶ Утв. постановлением Государственного комитета СССР по стандартам от 30 сентября 1980 г. № 4954 (с изм. № 1 ноябрь 1990 г. (ИУС 2-91)). В этом нормативном правовом акте указано, что для каждого понятия установлен один стандартизованный термин. Применять термины — синонимы стандартизованного термина — запрещается. Определения, приведенные в стандарте, можно, при необходимости, изменять по форме изложения, не допуская нарушения границ понятий /Официальный Интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru (дата обращения: 10.01.2015.)

- *безопасность труда* — состояние условий труда, при которых воздействие на работающего опасных и вредных производственных факторов исключено или воздействие вредных производственных факторов не превышает предельно допустимых значений;
- *требования безопасности труда* — требования, установленные законодательными актами, нормативно-техническими и проектными документами, правилами и инструкциями, выполнение которых обеспечивает безопасные условия труда и регламентирует поведение работающего.
- *техника безопасности* — система организационных мероприятий, технических средств и методов, предотвращающих воздействие на работающих опасных производственных факторов;
- *производственная санитария* — система организационных, санитарно-гигиенических мероприятий, технических средств и методов, предотвращающих или уменьшающих воздействие на работающих вредных производственных факторов до значений, не превышающих допустимые;
- *охрана труда* — система законодательных актов, а также предупредительных и регламентирующих социально-экономических, организационных, технических, санитарно-гигиенических и лечебно-профилактических мероприятий, средств и методов, направленных на обеспечение безопасных условий труда;
- *опасная зона* — пространство, в котором возможно воздействие на работающего опасного и (или) вредного производственных факторов;
- *безопасность производственного оборудования* — свойство производственного оборудования соответствовать требованиям безопасности труда при монтаже (демонтаже) и эксплуатации в условиях, установленных нормативно-технической документацией;
- *безопасность производственного процесса* — свойство производственного процесса соответствовать требованиям безопасности труда при проведении его в условиях, установленных нормативно-технической документацией;
- *средство защиты работающего* — средство, предназначенное для предотвращения или уменьшения воздействия на работающего опасных и (или) вредных производственных факторов;
- *средство индивидуальной защиты работающего* — средство защиты, надеваемое на тело человека или его части или используемое им;
- *средство коллективной защиты работающего* — средство защиты, конструктивно и (или) функционально связанное с производственным оборудованием, производственным процессом, производственным помещением (зданием) или производственной площадкой.

Другой не менее важный подзаконный нормативный правовой акт «Руководство по гигиенической оценке факторов рабочей среды и трудового процесса. Критерии и классификация условий труда»⁷ использует такие основные понятия:

- *условия труда* — совокупность факторов трудового процесса и рабочей среды, в которой осуществляется деятельность человека;
- *вредный фактор рабочей среды* — фактор среды и трудового процесса, воздействие которого на работника может вызывать профессиональное заболевание или другое нарушение состояния здоровья, повреждение здоровья потомства;
- *тяжесть труда* — характеристика трудового процесса, отражающая преимущественную нагрузку на опорно-двигательный аппарат и функциональные системы организма (сердечно-сосудистую, дыхательную и др.), обеспечивающие его деятельность;

⁷ Утв. Главным государственным санитарным врачом Российской Федерации 29 июля 2005 г. /Официальный Интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru (дата обращения: 10 января 2015 г.)

- *напряженность труда* — характеристика трудового процесса, отражающая нагрузку преимущественно на центральную нервную систему, органы чувств, эмоциональную сферу работника. К факторам, характеризующим напряженность труда, относятся: интеллектуальные, сенсорные, эмоциональные нагрузки, степень монотонности нагрузок, режим работы;

- *опасный фактор рабочей среды* — фактор среды и трудового процесса, который может быть причиной острого заболевания или внезапного резкого ухудшения здоровья, смерти. В зависимости от количественной характеристики и продолжительности действия отдельные вредные факторы рабочей среды могут стать опасными;

- *гигиенические нормативы условий труда* (ПДК, ПДУ) — уровни вредных факторов рабочей среды, которые при ежедневной (кроме выходных дней) работе в течение 8 час., но не более 40 час. в неделю, в течение всего рабочего стажа не должны вызывать заболеваний или отклонений в состоянии здоровья, обнаруживаемых современными методами исследований, в процессе работы или в отдаленные сроки жизни настоящего и последующего поколений. Соблюдение гигиенических нормативов не исключает нарушения состояния здоровья у лиц с повышенной чувствительностью.

В Межгосударственном стандарте «Система стандартов безопасности труда»⁸ применяются термины и определения следующего значения:

- *инцидент (incident)* — небезопасное происшествие, связанное с работой или произошедшее в процессе работы, но не повлекшее за собой несчастного случая;

- *наблюдение за производственной средой (surveillance of the working environment)*. Это термин, включающий идентификацию и оценку таких факторов окружающей производственной среды, которые могут воздействовать на здоровье работников. Он охватывает оценки санитарно-гигиенических условий труда, факторов организации труда, которые могут представлять риск для здоровья работников, средства коллективной и индивидуальной защиты, воздействие на работников опасных и вредных веществ и системы защиты от них, разработанные для их устранения и снижения. С позиций обеспечения здоровья работников наблюдение за производственной средой может быть посвящено (но не ограничиваться только ими) проблемам эргономики, профилактике несчастных случаев и заболеваний, гигиене труда на рабочем месте, организации труда и социально-психологическим факторам на работе;

- *наблюдение за состоянием здоровья работников* — процедуры и обследования состояния здоровья работников для обнаружения и определения отклонений от нормы;

- *опасность* — производственный фактор, способный причинить травму или нанести иной вред здоровью человека;

- *оценка опасностей* — систематическое оценивание опасностей;

- *оценка риска* — процесс оценивания рисков, вызванных воздействием опасностей на работе, для определения их влияния на безопасность и сохранение здоровья работников;

- *место проведения работ* — физическая зона, находящаяся под контролем работодателя, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть для выполнения трудовых обязанностей;

- *риск* — сочетание вероятности возникновения в процессе трудовой деятельности опасного события, тяжести травмы или другого ущерба для здоровья человека, вызванных этим событием;

⁸ Введен в действие Приказом Ростехрегулирования от 10 июля 2007 г. № 169-ст (Изменения № 1, утв. Приказом Росстандарта от 31 октября 2013 г. № 1334-ст) /Официальный Интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru (дата обращения: 10.01.2015).

- *система управления охраной труда* — набор взаимосвязанных или взаимодействующих между собой элементов, устанавливающих политику и цели по охране труда и процедуры по достижению этих целей.

- *связанные с работой травмы, ухудшения здоровья и болезни* — результаты отрицательного воздействия на здоровье работника химических, биологических, физических факторов производственной среды, факторов трудового процесса и организации труда, социально-психологических и иных факторов на работе⁹.

Вопрос о понятии охраны труда, разумеется, должен содержать международный правовой опыт, т.е. с позиций международных правовых норм необходимо рассмотрение соответствующих определений, терминов. Так, в ст. 3 Конвенции МОТ № 155 «О безопасности и гигиене труда и производственной среды» (1981) дано определение понятия *здоровье в отношении труда*, которое означает не только отсутствие болезни или недуга; оно включает также влияющие на здоровье физические и психические элементы, имеющие непосредственное отношение к безопасности и гигиене труда. В ст. 3 Конвенции МОТ № 174 «О предотвращении крупных промышленных аварий» (1993) предусмотрены такие определения и термины:

а) *опасное вещество* означает вещество или смесь веществ, которые в силу своих химических, физических или токсикологических свойств сами по себе или в соединении и другими веществами представляют опасность;

б) *предельно допустимое количество* означает такое предписываемое национальным законодательством с учетом особых условий количество опасного вещества или категории веществ, которое при его повышении переводит данный объект в разряд объектов повышенной опасности;

с) *объект повышенной опасности* означает объект, на котором производится, перерабатывается, загружается или разгружается, используется, размещается или складировается постоянно или временно одно или несколько опасных веществ или категорий веществ в количествах, превышающих предельно допустимые количества;

д) *крупная авария* означает внезапное происшествие — крупный выброс, пожар или взрыв — в ходе эксплуатации объекта повышенной опасности, вызываемое одним или несколькими опасными веществами и приводящее к серьезной как немедленной, так и отложенной опасности для трудящихся, населения или окружающей среды;

ф) *аварийная ситуация* означает всякое внезапное событие, связанное с одним или несколькими опасными веществами, которое могло бы привести к крупной аварии, чего не произошло вследствие сдерживающих факторов, действий или систем.

В Рекомендации МОТ № 164 о безопасности и гигиене труда и производственной среды (1981) закреплено, что:

- *достойный труд* — это безопасный труд;
- *опасный или вредный производственный фактор*: внутренний потенциал способный причинить травму или вред здоровью человека¹⁰.

⁹ Устойчивое словосочетание и важнейшее международное понятие отрицательного воздействия неблагоприятных условий работы, предлагаемое МОТ, включающее в себя перечень всех возможных негативных последствий неблагоприятных условий труда, а не только учетные производственные травмы (несчастные случаи на производстве) и профессиональные болезни.

¹⁰ Представляют интерес некоторые предложения по совершенствованию терминов и понятий. Так, следовало бы заменить понятие «вредный производственный фактор» на «вредный фактор рабочей среды и трудового процесса» и изложить дефиницию понятия в следующей редакции: «вредный фактор рабочей среды и трудового процесса — это фактор рабочей среды и трудового процесса, воздействие которого на работника может привести к профессиональному заболеванию или отрицательному вли-

Предположительно считаем, что международные правовые нормы закрепляют термин «безопасность и гигиена труда» как синоним условного термина «охрана труда».

Необходимо отметить, что закрепленное в ст. 209 ТК РФ понятие охраны труда отражает многоаспектность данного явления, включающего в себя различные мероприятия, направленные на обеспечение здоровья и жизни работников. В данном контексте это определение является несколько нелогичным и неправильным. С позиции науки российского трудового права охрану труда следовало бы определять как систему правовых актов, регулирующих социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные отношения в целях обеспечения здоровья и жизни работника¹¹.

В основных понятиях (ст. 209 ТК РФ) есть и иные не совсем правильные категории (термины, определения). К таким необходимо отнести, прежде всего, «требования охраны труда». Под ними понимаются государственные нормативные требования охраны труда и требования охраны труда, установленные правилами и инструкциями по охране труда. Далее, ст. 211 ТК РФ закрепляет, что государственными нормативными требованиями охраны труда, содержащимися в федеральных законах и иных нормативных правовых актах Российской Федерации и законах и иных нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации, устанавливаются правила, процедуры и критерии, направленные на сохранение жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности. В данном случае не учтен известный тезис (точнее, аксиома для юристов), что закон либо иной нормативный правовой акт содержит нормы (норму) либо обязательные правила (правило) поведения¹².

Согласно ч. 2 ст. 211 ТК РФ государственные нормативные требования охраны труда обязательны для исполнения юридическими и физическими лицами при осуществлении ими любых видов деятельности, в том числе при проектировании, строительстве (реконструкции) и эксплуатации объектов, конструировании машин, механизмов и другого оборудования, разработке технологических процессов, организации производства и труда. Закономерен вопрос — а почему не законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации и их субъектов обязательны для исполнения всеми работодателями и работниками?!

Следовательно, категория «требования охраны труда» вряд ли уместна в российском трудовом праве, и не только в ТК РФ, в иных федеральных законах и подзаконных нор-

янию на здоровье его потомства»; заменить понятие «опасный производственный фактор» на «опасный фактор рабочей среды и трудового процесса» и изложить дефиницию понятия в следующей редакции: «опасный фактор рабочей среды и трудового процесса — это фактор рабочей среды и трудового процесса, который может привести к травме или другому резкому ухудшению здоровья, смерти»; включить в перечень терминов ст. 209 ТК РФ термин «вредные условия труда», «опасные условия труда». См.: *Кайтмазова А.В. Правовое регулирование труда лиц, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, и проблемы его совершенствования: автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 5.*

¹¹ Ср.: в отличие от ст. 209 ТК РФ более точное определение дано в ст. 3 Трудового кодекса Азербайджанской Республики: охрана труда — это система мер техники безопасности, санитарных, гигиенических, лечебно-профилактических мероприятий, норм и стандартов, предусмотренных в настоящем Кодексе и других нормативно-правовых актах, а также в коллективных договорах, соглашениях, трудовых договорах в целях обеспечения права работников трудиться в безопасных и здоровых условиях.

¹² Термин «требование» означает: 1. Выраженная в решительной, категорической форме просьба, распоряжение. По первому требованию. 2. Правило, условие, обязательное для выполнения. Выполнение требований устава. Требования к экзаменуемым. 3. Внутренние потребности, запросы. Человек с высокими требованиями к себе. 4. Официальный документ с просьбой о выдаче чего-нибудь. См.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 3-е изд. М.: АЗЪ, 1995. С. 797.*

мативных правовых актах, но и в ст. 37 Конституции Российской Федерации¹³. Представляется логичным исключить эту категорию из ст. 2, 209, 210 и др., а ст. 211 ТК РФ следует признать утратившей силу.

Далее, в ст. 209 ТК РФ нет определения понятия гигиены труда. В ст. 210 в перечне основных направлений государственной политики в области охраны труда также не упоминается этот важнейший термин. В связи с этим очевидно, что основной принцип трудового права — обеспечение права каждого работника на условия труда, отвечающим требованиям безопасности и гигиены, не получил должного развития как в ст. 209 ТК РФ, так и в целом в разделе X Кодекса. Особенно парадоксальным является, что в ст. 209 ТК РФ не закреплено определение «благоприятные условия труда», при том что создание таких условий является одной из целей трудового законодательства (ст. 1 ТК РФ).

Напротив, в ТК РФ закреплены отдельные положения, которые непосредственно не относятся к охране труда. Например, в соответствии со ст. 209 ТК РФ рабочее место — это место, где работник должен находиться или куда ему необходимо прибыть в связи с его работой и которое прямо или косвенно находится под контролем работодателя. Известно, что категория «рабочее место» является значимой и в теории, и в практике трудового права при решении вопроса о переводе и/или перемещении работников.

Близко к этому и определение понятия «производственная деятельность» (ст. 209 ТК РФ). Под ней понимается совокупность действий работников с применением средств труда, необходимых для превращения ресурсов в готовую продукцию, включающую в себя производство и переработку различных видов сырья, строительство, оказание различных видов услуг. Это определение не только научно несостоятельно (неясно, как можно включать в экономическую категорию «превращение ресурсов в готовую продукцию, включающих в себя... оказание различных видов услуг»), но, в сущности, не относится не только к понятию, но и к институту охраны труда в российском трудовом праве.

Вряд ли целесообразно закрепление в ст. 209 ТК РФ нормы, что Типовое положение о системе управления охраной труда утверждается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда, с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений.

Нельзя также не подчеркнуть, что некоторые из предусмотренных определений и терминов в указанных федеральных законах и подзаконных нормативных правовых актах либо дублируют ст. 209 ТК РФ, либо не совсем ей соответствуют, что обуславливают проблемы их применения на практике. В перспективе было бы целесообразным провести унификацию названных определений и терминов.

В рассматриваемом контексте заслуживает пристального внимания проект Федерального закона «О безопасности и гигиене труда»¹⁴. Данный законопроект (в отличие от раздела X ТК РФ «Охрана труда») в принципиальном смысле соответствует концеп-

¹³ К сожалению, термин «требования» нашел соответствующее закрепление в иных федеральных законах, а также в подзаконных нормативных правовых актах. См., напр.: ст. 9 Федерального закона «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» («Требования промышленной безопасности к эксплуатации опасного производственного объекта»); Постановление Правительства Российской Федерации от 23 мая .2000 г. № 399 «О нормативных правовых актах, содержащих государственные нормативные требования охраны труда» /Официальный интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru (дата обращения: 10.01.2015)

¹⁴ Проект Федерального закона «О безопасности и гигиене труда» подготовлен рабочей группой, созданной Министерством труда и социальной защиты Российской Федерации / Официальный Интернет-портал правовой информации www.pravo.gov.ru (дата обращения: 10.01.2015)

туальной модели, закрепленной в Конвенции МОТ № 187 «Об основах, содействующих безопасности и гигиене труда» (2006), ст. 37 Конституции Российской Федерации и ст. 2 ТК РФ. Вместе с тем законопроект нуждается в совершенствовании.

Так, одно из основных понятий «охрана профессионального здоровья» — определяется как система сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности, включающая в себя правовые, социально-экономические, организационно-технические, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные и иные мероприятия (ст.3), что чрезмерно широко. Представляется, что это определение заимствовано из ст. 209 ТК РФ. Такой комплексный, а точнее философский подход для правовых дефиниций, очевидно, не уместен.

Некоторые основные понятия, предусмотренные в ст. 3 законопроекта, дублируют ст. 209 ТК РФ, например, условия труда, вредный производственный фактор, опасный производственный фактор, безопасные условия труда, рабочее место, средства индивидуальной и коллективной защиты работников, система управления охраной труда (типовое положение о системе управления охраной труда утверждается федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда, с учетом мнения Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений), производственная деятельность, стандарты безопасности труда, профессиональный риск, управление профессиональными рисками.

Вряд ли правильно включать в основные понятия федерального закона категорию «производственная деятельность» как совокупность действий работников с применением средств труда, необходимых для превращения ресурсов в готовую продукцию, включающих в себя производство и переработку различных видов сырья, строительство, оказание различных видов услуг». Неясно, какое отношение оно имеет к безопасности и гигиене труда. Это определение экономическое и чрезвычайно широкого характера, его сомнительно относить даже к общим положениям трудового законодательства (раздел 1 ТК РФ).

Неудачно определено понятие «риск» как сочетание вероятности нанесения ущерба и тяжести этого ущерба. Здоровью работника может быть причинен вред, а ущерб причиняется имуществу работника либо работодателя (ср.: профессиональный риск — вероятность причинения вреда здоровью в результате воздействия вредных и (или) опасных производственных факторов при исполнении работником обязанностей по трудовому договору или в иных случаях, установленных Трудовым кодексом РФ (ст.3 законопроекта)).

Из определения понятия «профилактика» следовало бы исключить термин «все шаги» и указать на меры, предпринимаемые или запланированные на всех стадиях работы не только в организации, но и у индивидуального предпринимателя в целях предотвращения или уменьшения рисков для профессионального здоровья.

Полагаю необоснованным следующее определение: «Гигиена труда — раздел гигиены; наука о здоровье работающего населения, профилактическая дисциплина, разрабатывающая нормативы и мероприятия, осуществление которых обеспечивает сохранение профессионального здоровья, предупреждение болезней, создает оптимальные условия для поддержания высокой работоспособности и самочувствия человека на основе изучения взаимодействия организма работника и факторов рабочей среды и трудового процесса (техногенных и социальных). В данном контексте произошла подмена гигиены труда как совокупности правовых норм (правил)... наукой (учебной дисциплиной).

Нуждаются в корректировке понятия:

- наблюдение за рабочей средой — идентификация на рабочем месте, оценка и мониторинг опасных и (или) вредных факторов производственной среды, которые могут воздействовать на здоровье работников;
- наблюдение за здоровьем работника — процедуры и обследования состояния здоровья работников для обнаружения и определения отклонений от нормы; могут включать медицинские осмотры, биологический контроль, рентгенологические и иные лабораторные и функциональные обследования, опрос или анализ данных о состоянии здоровья работников и другие процедуры. Результаты наблюдения за состоянием здоровья работников должны использоваться для защиты профессионального здоровья как отдельных работников, так и групп работников, подвергающихся повышенному уровню профессионального риска.

В указанных дефинициях содержание шире названия. Например, оценка опасных и (или) вредных факторов производственной среды или обследования состояния здоровья работников разве сводится к наблюдению за рабочей средой либо за здоровьем работника?!

В соответствии со ст. 3 законопроекта работник — это любое лицо, которое постоянно или временно выполняет работу по найму для работодателя, включая стажеров и практикантов, но исключая домашних работников; работодатель — любое физическое или юридическое лицо, которое осуществляет наем одного или более работников. Данные определения не согласуются со ст. 20 ТК РФ. Так, работник — это физическое лицо, вступившее в трудовые отношения с работодателем; работодатель — это физическое или юридическое лицо (организация), вступившее в трудовые отношения с работником. Кроме того, понятия «работник» и «работодатель» обоснованно закреплены в разделе I «Общие положения» ТК РФ (а не в разделе X «Охрана труда»).

Можно предположить, что в случае принятия Федерального закона «О безопасности и гигиене труда» будет поставлен вопрос о том, чтобы раздел X ТК РФ назвать «Безопасность и гигиена труда» и в соответствии с новым названием раздела придать ему качественно другое содержание. В связи с этим все правовые доктрины и концепции об охране труда, очевидно, придется пересмотреть. Тем более что термин «охрана труда» изначально (со времен КЗоТ РСФСР 1918 г.) не соответствовал концептуальной идее, смыслу и своему назначению — содействовать сохранению жизни и здоровья работника.



Библиография

Гусов К. Н., Лютов Н.Л. Международное трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2013. 588 с.

Жаворонков Р.Н. Правовое регулирование труда и социального обеспечения инвалидов в Российской Федерации: автореф. дис...д-ра юрид. наук. М., 2014. 54 с.

Кайтмазова А.В. Правовое регулирование труда лиц, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда, и проблемы его совершенствования: автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2008. 24 с.

Кашлакова А.С. Понятие охраны труда по российскому трудовому праву: автореф. дис...канд. юрид. наук. Барнаул, 2012. 25 с.

Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право: учебник. М.: Проспект, 2005. 360 с.

Красных Г.И. Охрана труда в Российской Федерации: система административно-правового регулирования и проблемы обеспечения: автореф. дис...канд. юрид. наук. Воронеж, 2008. 23 с.

Лютов Н.Л. Эффективность норм международного трудового права: автореф. дис...д-ра юрид. наук. М., 2013. 55 с.

Михайлов А.В. Правовое регулирование охраны труда в Российской Федерации: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2013. 25 с.

Неверова А.С. Сравнительное правовое исследование законодательства об охране труда Российской Федерации и Соединенных Штатов Америки: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2014. 27 с.

Неверова А.С. Понятие и структура института охраны труда // Вестник Львовского государственного университета. 2013. № 58.

Пашин Н.П. Охрана труда, здоровья и окружающей среды в российском законодательстве и конвенциях МОТ: словарь — справочник. М., 2009. 250 с.

Петров А.Я. Гарантии и компенсации: актуальные вопросы трудового права. М.: ЭкОонис, 2014. 420 с.

Правовое регулирование охраны труда: учебное пособие / общ. ред. С.Т. Папаева. М., 2013. 160 с.

Сайдахмедов С.И. Правовое регулирование охраны труда в трудовом праве Республики Узбекистан и Российской Федерации: автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2009. 24 с.

Созанова М.В. Предупреждение несчастных случаев на производстве и ответственность работодателя при их наступлении: автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2005. 25 с.

Labor Protection in Legal Theory



Alexey Ya. Petrov

Professor, Labor Law Department, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: alexey.petrov@yandex.ru



Abstract

The theory of labor law lacks a properly developed conceptual framework for labor protection (definitions and terminology) primarily in terms of international labor law. Besides, a conceptual legal model of labor safety and hygiene is missing. Hence, the author attempts to bridge lacuna in the theory. The methodology of the paper is based on the law as a fundamental regulator of public relations, the doctrine of Russian labor law. The concept of labor protection and hygiene has been presented here not only in terms of international labor law and modern theoretical approaches but the draft of the federal law on *Labor Protection and Hygiene*. The major conclusions are as follows: the term labor protection did not match *ab initio* the conceptual idea and purpose, i.e. to contribute to the protection of life and health of worker; the definition of labor protection given in article 209 of RF Labor Code seems inconsistent and incorrect. In terms of the theory of Russian labor law, labor protection should be defined as a system of legal rules regulating social and economic, technical, sanitary and hygiene, therapeutic, rehabilitation and other relations to ensure health and life of worker; the category of labor protection requirements is hardly relevant to Russian law including article 37 of RF Constitution; some definitions and terms mentioned in federal laws and rules either overlap article 209 of RF Labor Code or do not correspond to it, which determine the problems of their application. In perspective, it would be relevant to carry out their unification. If the Federal law on Labor protection and Hygiene is enacted, section 10 of RF Labor Code may be advised to entitle Labor Protection and Hygiene and attach a new content. Due to this, all legal doctrines (Soviet and Russian) on labor protection require revision.



Keywords

Russian Federation Labor Code, international labor law, concepts, definitions, terms, protection, labor hygiene, health and life of employees

Citation: Petrov A. Ya. (2015) Labor Protection in Legal Theory *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 61–75 (in Russian).



References

- Gusov K. N., Lyutov N. L. (2013) *Mezhdunarodnoe trudovoe pravo. Uchebnik* [International Labor Law. Textbook]. Moscow: Prospekt, 588 p. (in Russian)
- Kaytmazova A.V. (2008) *Pravovoe regulirovanie truda lits, zanyatykh na rabotakh s vrednymi i (ili) opasnymi usloviyami truda, i problemy ego sovershenstvovaniya (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Legal Regulation of Labor for the Persons Employed at Jobs with Dangerous Working Conditions and the Problems of its Improvement. (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 24 p. (in Russian)
- Kashlakova A.S. (2012) *Ponyatie okhrany truda po rossiyskomu trudovomu pravu. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [The Concept of Labor Protection under Russian Labor Law (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Barnaul, 25 p. (in Russian)
- Kisilev I.Ya. (2005) *Sravnitel'noe trudovoe pravo. Uchebnik* [Comparative Labor Law. Textbook]. Moscow: Prospekt, 360 p. (in Russian)
- Krasnykh G.I. (2008) *Okhrana truda v Rossiyskoy Federatsii: sistema administrativno-pravovogo regulirovaniya i problemy obespecheniya: (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Labor Protection in the Russian Federation: System of Administrative Law Regulation and the Problems of Security (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Voronezh, 23 p. (in Russian)
- Lyutov N.L. (2013) *Effektivnost' norm mezhdunarodnogo trudovogo prava (Avtoref. diss. Doktor Jurid. Nauk)* [The Efficiency of International Labor Law Norms. (Summary of doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 55 p. (in Russian)
- Mikhaylov A.V. (2013) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda v Rossiyskoy Federatsii (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Legal Regulation of Labor Protection in the Russian Federation (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Neverova A.S. (2014) *Sravnitel'noe — pravovoe issledovanie zakonodatel'stva ob okhrane truda v Rossiyskoy Federatsii i Soedinennykh Shtatach Ameriki. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Comparative Law Research of Labor Protection Laws in the Russian Federation and the United States of America (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 27 p. (in Russian)
- Neverova A.S. (2013) *Ponyatie i struktura instituta okhrany truda [Concept and Structure of Institute of Labour Protection]. Vestnik L'vovskogo gosudarstvennogo universiteta, no. 58.*
- Papaev S.T. (ed.). (2013) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda: uchebnoe posobie* [Legal Regulation of Labor Protection. Textbook]. Moscow, 160 p. (in Russian)
- Pashin N.P. (2009) *Okhrana truda, zdorov'ya i okruzhayushchey sredy v rossiyskom zakonodatel'stve i konventsiyakh MOT: terminologicheskyy slovar-spravochnik* [Protection of Labor, Health and Environment in Russian Laws and ILO Conventions: Terminology Reference Book]. Moscow, 250 p. (in Russian)
- Petrov A.Ya. (2014) *Garantii i kompensatsii: aktual'nye voprosy trudovogo prava* [Guarantees of Compensation: Topical Problems of Labor Law]. Moscow: EkOOnis, 420 p. (in Russian)
- Saydakhmedov S.I. (2009) *Pravovoe regulirovanie okhrany truda v trudovom prave Respubliki Uzbekistan i Rossiyskoy Federatsii. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Legal Regulation of Labor Protection in Labor Law of the Republic of Uzbekistan and Russian Federation (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 24 p. (in Russian)
- Sozanova M.V. (2005) *Preduprezhdenie neschastnykh sluchaev na proizvodstve i otvetstvennost' rabotodatelya pri ikh nastupenii. (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Preventing Accidents and the Liability of Employer] (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 25 p. (in Russian)
- Zhavoronkov R.N. (2014) *Pravovoe regulirovanie truda i sotsial'nogo obespecheniya invalidov v Rossiyskoy Federatsii (avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk).* [Legal Regulation of Labour and Social Security of the Disabled in the Russian Federation (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 54 p. (in Russian)

Дистанционная работа и схожие правоотношения



Н.В. Закалюжная

доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин ФГБОУ ВПО «Брянский государственный университет имени академика И.Г. Петровского», кандидат юридических наук. Адрес: 241036, Российская Федерация, г. Брянск, ул. Бежицкая, 14. E-mail: natzaklaw@yandex.ru



Аннотация

Современное мировое пространство представляет собой новую реальность, которая преобразует не только средства взаимодействия людей, но и воздействует на принципы организации производства и трудовые взаимоотношения. В условиях модернизации и глобализации экономики появляются нестандартные формы занятости. Исследование уже сформировавшихся юридических конструкций позволяет на их основе разработать нетипичные, отвечающие современным реалиям. При этом ряд нестандартных трудовых отношений уже продолжительное время функционирует в трудовом праве, и в тоже время появляются все новые и новые нетрадиционные формы занятости. Современные методы организации делового сотрудничества и социальные коммуникации воздействуют и на сферу труда, вызвав появление новых эффективных форм занятости. Исходя из потребностей современного общества, важно сегодня учесть те изменения, которым подвергаются классические институты трудового права. Так, например, заключение трудовых договоров для выполнения конкретной работы на определенное время теперь уже не исключение, а правило. Новой эффективной формой занятости является дистанционная занятость, уже нашедшая законодательное регулирование в Российской Федерации. Модель дистанционной занятости устраняет существующие пробелы в регулировании нетипичных трудовых отношений. Сегодня важно обновлять российское трудовое право и приспосабливать его к процессу возникновения и развития новых трудовых отношений и форм организации труда. Правовой базой для этого могут в определенной степени послужить схожие правоотношения. Однако важно выявить правовую предысторию дистанционной занятости и признаки, отграничивающие ее от других схожих правовых явлений, послуживших в определенной степени прототипами телетруда. Поэтому в статье предпринята попытка анализа таких правоотношений, как режим рабочего времени, надомный труд (приводятся сходства и отличия надомного и дистанционного труда), место работы, самозанятость, работа по вызову (указывается на различные формы проявления данного труда), соглашения «ноль часов» (анализируется трудовой договор, лишенный всякого содержания), договор «минимум-максимум» (исследуется как договор, имеющий нижний и верхний предел рабочего времени) и др. Основой исследования являются нормы не только российского, но и зарубежного законодательства, в том числе и регионального, что вызвало необходимость использования критериев разграничения гражданско-правовых и трудовых правоотношений. В статье выделяются особенности дистанционной работы. Отмечается, что примеры дистанционного управления трудовыми ресурсами говорят о необходимости дальнейшей разработки положений о трудовой функции работника.



Ключевые слова

работник, работодатель, трудовой договор, надомная работа, дистанционная работа, информационно-телекоммуникационные технологии, работа по вызову.

Библиографическое описание. Закалюжная Н.В. Дистанционная работа и схожие правоотношения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 76–91

JEL: K31; УДК: 349.2

Ценность дистанционной занятости как новой формы социально-трудовых отношений обусловлена содержащимся в ней потенциалом для удовлетворения потребностей общества, решения комплекса социальных проблем (таких, как трудоустройство молодого поколения, снижение уровня безработицы и др.). Как показывает практика, концепция телеработы (дистанционной работы) сформировалась достаточно давно, однако отграничение ее от другой (обычной и необычной) работы в конкретных случаях встречает определенные затруднения.

В теории можно выделить следующие основные особенности дистанционной работы:

- ее выполнение вне рамок помещений, контролируемых работодателем;
- использование в процессе работы информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования;

- выбор места выполнения работы самим работником или по согласованию с ним.

Примеры дистанционного управления трудовыми отношениями говорят о необходимости дальнейшей разработки положений о трудовой функции работника. Может отличаться и частота выполнения работы вне традиционного места работы. Большинство тех, кто работает вне помещений работодателя и использует информационно-телекоммуникационные системы, основную часть своего рабочего времени все же проводит в помещениях, подконтрольных работодателю. Работа вне обычного места работы занимает лишь несколько дней в месяц: 5–6 дней в месяц¹, 1 день в неделю² и т.д. Иногда сотрудники отдельных компаний или профессий работают удаленно больше времени (например, сотрудники британского страхового рынка — лондонского «Ллойда» от 60 до 90% своего рабочего времени в целом³), но это скорее исключение из правил.

В итоге можно отметить, что пороговые значения количества времени, проводимого вне обычного места работы, определяются для целей конкретных исследований. Так, например, целесообразно рассматривать в качестве телеработников тех, кто трудится удаленно хотя бы 2 дня в неделю (для работающих полный рабочий день) или выполняет работы удаленно на регулярной основе, что используется в Рамочном соглашении о телеработе (Framework Agreement on Telework), подписанном европейскими социальными партнерами в 2002 году.

В Конвенции МОТ № 177 о надомном труде обращается внимание, что «лица со статусом наемных работников не становятся надомниками в смысле настоящей Конвенции в силу одного только факта выполнения ими время от времени работы в качестве наемных работников на дому, а не на своем обычном рабочем месте».

Исходя из того, что работа по трудовому договору может выполняться на условиях неполного рабочего времени (например, 2 дня в неделю), представляется необходимым использовать более гибкий относительный критерий. Иначе говоря, те работники, которые при работе на условиях неполного рабочего времени (к примеру, 2 дня в неделю) 90% своего рабочего времени (но менее 2 дней) проводят вне помещений работодателя, по жесткому критерию (не менее 2 дней в неделю удаленной работы для отнесения к

¹ *Olszewski P., Mokhtarian P.L.* Telecommuting Frequency and Impacts for State of California Employees // *Technological Forecasting and Social Change*. 1994. Vol. 5. P. 275–286. Цит. по: *Bailey D.E., Kurland N.B.* A Review of Telework Research: Findings, New Directions and Lessons for the Study of Modern Work // *Journal of Organizational Behavior*. 2002. Vol. 23. P. 390.

² *Edwards P., Taskin L.* The Possibilities and Limits of Telework in a Bureaucratic Environment: Lesson from the Public Sector // *New Technology, Work and Employment*. 2007. Vol. 22. P. 202.

³ *Collins M.* The (not so Simple) Case for Teleworking: a Study of Lloyd's of London // *New Technology, Work and Employment*. 2005. Vol. 20. P. 116.

телеработникам) были бы классифицированы как обычные работники, хотя специфика их труда очевидна. Критерий «значительности» времени удаленного выполнения работы является расплывчатым и, следовательно, не подходит для выработки универсального правового определения понятия дистанционной работы. Поэтому к телеработникам следует относить тех, кто выполняет работу на дому или в иных помещениях преимущественно, т.е. более половины своего рабочего времени.

Далее важно определить, использование какого оборудования и какая частота использования информационно-телекоммуникационных сетей в работе позволяют говорить о работниках именно как о дистанционных. Становится ли, например, телеработником тот, кто написал письмо или какой-нибудь отчет дома и отправил его по электронной почте работодателю? В чем существенная разница между тем, кто передает результаты труда по электронной почте, и тем, кто делает это через курьера⁴? Как быть с теми работниками, которые мыслились как противоположность новой, технологически опосредуемой работе с использованием компьютеров (например, няни) и которые иногда используют информационно-телекоммуникационные системы в своей работе⁵?

В данном случае подходы варьируются в зависимости от целей конкретного исследования. Так, некоторые считают, что для признания работы телеработой достаточно использования средств голосовой телефонии⁶. Другие признают телеработой только ту работу, которая предполагает использование Интернета или модема⁷. Третьи относят к телеработе работу при помощи компьютера или телефона с выходом в Интернет, приводя примеры работ, не относящихся к телеработе: работа с документами на дому, использование услуг курьера, звонки в офис по мобильному телефону⁸.

Кроме того, пока не выработано единого подхода к пониманию места работы при телеработе. Удаленная работа (т.е. работа вдали от контролируемых работодателем помещений) с использованием информационно-коммуникационных телесистем может выполняться не только на дому, но и в пути (как в командировках, так и при выездном характере работы), в телецентрах и телекоттеджах, в любых других местах и помещениях, если это не мешает выполнять работу надлежаще и не противоречит существу работы.

Уже в самых первых публикациях по данной тематике телеработа не сводилась только к труду на дому. Вместе с тем большинство определений были так или иначе привязаны к выполнению работы на дому, включая в себя упоминание надомного труда как главного признака телеработы, либо приводя работу на дому в качестве базового примера удаленной работы. В последнее время акцент делался на выполнении работы удаленно, независимо от конкретного места работы.

Весьма широкое распространение получило и понятие так называемых «базирующихся дома» работников (*home-anchored workers, home-based teleworkers*). Эти работ-

⁴ Huws U., Körte W., Robinson S. *Telework: Towards the Elusive Office*. Chichester, 1990. Цит по: Sullivan C. *What's in a Name? Definitions and Conceptualisations of Teleworking and Homeworking // New Technology, Work and Employment*. 2003. Vol. 18. P. 160.

⁵ Baines S., Gelder U. *What is Family Friendly about the Workplace in the Home? The Case of Self-Employed Parents and their Children // New Technology, Work and Employment*. 2003. Vol. 18. P. 223–234.

⁶ См.: Brynin M., Haddon L. *The Character of Telework and the Characteristics of Teleworkers // New Technology, Work and Employment*. 2005. Vol. 20. P. 36.

⁷ *eWork 2000: Status Report on New Ways to Work in the Information Society // URL: |http://www.eto.org.uk/twork/tw00/pdf7tw2000.pdf (дата обращения: 16.03.2013); Brynin M., Haddon L. Op.cit. P. 36.*

⁸ Garrett R.K., Danzinger J.N. *Which Telework? Defining and Testing a Taxonomy of Technology-mediated Work at a Distance // Social Science Computer Review*. 2007. Vol. 25(1). P. 30.

ники не просто работают дома, а используют дом как базу, проводя значительное количество времени вне дома по рабочим делам, например, выезжая на встречи с клиентами, читая лекции, выполняя работу на предприятиях клиентов⁹.

Иногда важно включать в содержание телеработы условие о выборе места самим работником. В Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде» указание на выбор места работы работником содержится в статье, определяющей понятие надомного труда. В соответствии со ст. 1 Конвенции надомником признается работник, который в том числе выполняет работу «по месту жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работодателя». Подобного рода подход используется, например, в законодательстве Бельгии¹⁰. Некоторые авторы указывают даже, что выбор места работы самим работником является основным критерием отграничения надомников от остальных работников.

Используемое в Конвенции МОТ № 177 условие о выборе места работы самим работником трактуется иногда предельно жестко. Например, в докладе Европейской организации по улучшению условий жизни и работы отмечается, что по смыслу Конвенции выбор работника не должен подлежать какому-либо одобрению работодателем. Представляется, что эта позиция не учитывает, что даже возможность указаний и контроля в некоторых случаях зависит от места выполнения работы. Если даже работник может по своему усмотрению выбирать место работы, дача указаний и контроль могут стать невозможными, что дает основание работодателю отказать в переходе на телеработу. При приеме на работу работодатель предполагает выполнение соискателем работы в определенном месте (дом, любое место в определенном районе города и т.п.), и принимает решение о заключении трудового договора только при согласии претендента с условием о месте работы. Учитывая предлагаемый в большинстве источников принцип добровольности дистанционной работы, работодатель вправе при наличии действующего стандартного трудового договора отказать работнику в переходе на телеработу, в случае, если последний не соглашается на предложенное работодателем место работы. Как следствие, выбранное работником место работы, так или иначе, одобряется работодателем. Об этом говорится и в ст. 3 Европейского рамочного соглашения о телеработе (2002), согласно которому предложение одной из сторон трудового договора о переходе на телеработу может быть как отклонено, так и принято другой стороной по ее собственному усмотрению.

Но при прочих равных условиях очень сложно найти какое-либо существенное различие в условиях труда, характере и силе правовой связи с работодателем между двумя сборщиками изделий (или двумя веб-дизайнерами), один из которых по собственному усмотрению выбрал свой дом местом работы, а другой согласился (может даже и нехотя) с предложением работодателя работать на дому. Поэтому видится обоснованным использование более мягкой формулировки, например, формулировки Р. Бланпена: надомник «более или менее выбирает место работы сам»¹¹.

Множество сложных вопросов при отграничении телеработы от других видов общественного труда приводит некоторых исследователей к выводу о необходимости использования специальных определений телеработы и телеработников для целей на-

⁹ *Billsberry J., Wilks L.* Should We Do Away with Teleworking? An Examination of whether Teleworking can be defined in the New World of Work // *New Technology, Work and Employment*. 2007. Vol. 222. P. 176.

¹⁰ *Blanpain R.* Belgium // URL: <http://www.cerleuven.be/cerleuven/iel/modelmono/lab1%20belgium%202006.pdf> (дата обращения: 1.12.2012)

¹¹ *Blanpain R.* Op. cit. P. 114.

учного исследования при наличии максимально широких общих определений¹². Этот подход применяется очень часто. Причем нередко в рамках одной работы выделяются несколько групп или категорий дистанционных работников. Здесь используются как отдельные критерии, например, виды используемых информационно-телекоммуникационных систем, так и совокупность нескольких критериев, например, место работы, количество рабочего времени вне традиционного места работы и уровень использования информационно-телекоммуникационных систем¹³.

В качестве примера крайнего подхода можно привести критерии Национальной статистической службы Великобритании, которая для целей ежегодного «Обзора рабочей силы» относит к телеработникам: (а) работающих дома или использующих дом как базу хотя бы один полный день в неделю, и б) использующих для работы и телефон, и компьютер. Здесь выделяется и более узкая группа дистанционных работников, которые при указанных признаках не могут работать без использования и телефона, и компьютера¹⁴. Целесообразно отметить, что доля работников, относящихся к последней группе, составляет в Великобритании и США менее 2%¹⁵.

Для успешного решения исследовательских задач такие подходы могут быть вполне подходящими, но очевидно, что для целей правового регулирования этого недостаточно: нужно четко понимать, какие именно отношения, с участием каких субъектов регулируются. Использование информационно-коммуникационных технологий и характер выполняемой работы многим представляется признаком, позволяющим ограничивать телеработу от надомного труда¹⁶. Некоторые исследователи отмечали, что телеработники — это те же надомники, только использующие для работы новые технологии¹⁷.

Первоначально надомный труд действительно воспринимался как низкоквалифицированный ручной труд. Иллюстрацией этому служат работы как российских¹⁸, так и зарубежных авторов¹⁹. Подход к надомному труду как к низкоквалифицированному ручному труду нашел отражение в законодательстве многих государств. Примером может быть законодательство Бельгии²⁰, Трудовой кодекс Российской Федерации. В последнем весьма значительная часть норм главы о надомном труде посвящена вопросам обеспечения работника сырьем, выплаты компенсации за износ инструментов и др. Предположительно, при сборке изделий, переработке материалов и других видах ручной работы использование современных технологий вряд ли будет неотъемлемым элементом работы, во многих случаях в использовании современных технологий вообще не будет необходимости.

¹² Sullivan C. Op. cit. P. 159–164.

¹³ eWork 2000: Status Report on New Ways to Work in the Information Society; Brynin M., Haddon L. Op.cit. P. 26–27.

¹⁴ Collins M. Op.cit. P. 116.

¹⁵ Bailey D.E., Kurland N.B. Op.cit. P.383–400; Felstead A., Jewson N., Phizecklea A, Walters S. The Option to Work at Home: Another Privilege for the Favoured Few // New Technology, Work and Employment. 2002. Vol. 17. P. 204–223. Цит. по: Collins M. Op.cit. P. 116.

¹⁶ Ibid. P. 159.

¹⁷ Brocklehurs M. The Reality and Rhetoric of New Technology Homeworking: Some Lessons for Personnel Managers // Personnel Review. 1989. Vol. 18(2). Цит. по: Brynin M., Haddon L. Op.cit. P. 35.

¹⁸ См., например: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. М.: Городец, 2007. 679 с.

¹⁹ См., например: Belanger F. Workers' Propensity to Telecommute: An Empirical Study // Information and Management. 1999. Vol. 35. P. 139–153; Bailey D.E., Kurland N.B. Op.cit. P. 385.

²⁰ Blanpain R. Some Belgian and European Aspects. P. 54.

Для целей социального обеспечения законодательство США определяет надомника как работника, занимающегося ручным трудом, выполняющего работу из материалов заказчика и возвращающего ему результаты работы²¹. «Телеработа выглядела как новый феномен из-за содержания выполняемой дома работы — теперь называемой высококвалифицированной умственной работой [knowledge work] — и это отличалось от рутинного, низкооплачиваемого труда, который часто ассоциировался с надомным трудом»²².

Проводимые исследования подтверждают, что телеработники имеют более высокий образовательный уровень, чем надомники. В Великобритании, например, около 90% телеработников работают на должностях руководителей, специалистов и других должностях, требующих знаний и высокой квалификации²³. Исследования в двух бельгийских учреждениях доказали, что практически все телеработники этих учреждений имели высшее образование²⁴. Условия труда и его оплаты косвенно подтверждают этот вывод: надомники ручного труда получают в среднем почти в 2 раза меньше чем их коллеги в традиционном месте работы, в том время как средняя заработная плата надомников, занимавшихся умственным трудом, на 20% превышает средний заработок их офисных коллег²⁵. Указанное дало основание многим ученым полагать, что критерием разграничения надомного труда и телеработы должно являться использование и характер выполняемой работы.

Вместе с тем ни использование информационно-коммуникационных технологий, ни характер выполняемой работы не должны влиять на выработку понятия дистанционной работы для целей правового регулирования, поскольку возникают сложности с определением частоты использования и вида технологий, применение которых работником позволяет именовать его дистанционным. Кроме того, здесь нет объективных показателей, позволяющих провести какое-либо различие. А использование информационно-телекоммуникационных сетей или более квалифицированный характер труда не придают труду такой специфики, которая требовала бы дифференциации правового регулирования, установления разных правил для надомников и телеработников. Если предположить, что частота использования информационно-телекоммуникационных сетей сельщиком и веб-дизайнером (работающими удаленно), равно как и квалификация их труда, существенным образом различаются, то получается, что использование в работе технологий само по себе не влечет существенного изменения характера отношений между работником и работодателем. Основной особенностью как для сельщика, так и для веб-дизайнера является более самостоятельный, чем в традиционном трудовом правоотношении, характер труда вследствие изменения места работы.

Используя критерий применения информационно-телекоммуникационных технологий и (или) квалифицированности труда, мы столкнемся с такими случаями, когда работник, выполнявший работу дома и передававший ее результаты по электронной почте, стал использовать для передачи результатов работы курьера, вследствие чего признается уже простым надомником, а не телеработником. И это несмотря на то, что каких-либо существенных различий в содержании выполняемой работы не выкристаллизовывалось.

²¹ Stone K. V. W. Legal Protection for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers // Berkeley Journal of Employment and Labor Law. 2006. Vol. 27. P. 26.

²² Huws U. The New Homeworkers: New Technology and the Changing Location of White Collar Work. London, 1984.

²³ Ruiz Y., Walling A. Home-Based Working Using Communication Technologies. P. 422.

²⁴ Edwards P., Taskin L. Op.cit. P. 202.

²⁵ Felstead A., Jewson N., Phizecklea A., Walters S. Working at Home: Statistical Evidence for Seven Key Hypotheses // Work, Employment and Society. Vol. 15 (2). P.288.

Место работы, а точнее, расширение мест работы, могло бы быть критерием разграничения надомного труда и телеработы. Как было показано ранее, телеработа чаще всего рассматривается как работа в любых местах, находящихся вне контроля работодателя, в то время как надомный труд в большинстве случаев определяется именно как труд на дому (в соответствии со ст. 310 Трудового кодекса Российской Федерации, надомники — это лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому). Анализ терминологии говорит о том, что удаленный характер имеет не только труд на дому (надомный труд), но также и в других помещениях, находящихся вне контроля работодателя (телеработа). Таким образом, применительно к территориальному аспекту телеработу действительно можно рассматривать как понятие более общее по отношению к надомному труду.

Однако как в правовых нормах, так и в научных исследованиях это различие все чаще не принимается во внимание и понятие надомника трактуется более широко, чем раньше. В Великобритании Национальная статистическая служба в «Обзоре рабочей силы» понимает под надомниками не только тех, кто выполняют работу дома, но и использующих дом как базу для выполнения работы²⁶. Бельгийский закон от 6 декабря 1996 г. «О надомном труде» также относит к надомникам не только трудящихся дома, но и выполняющих работу в других местах по собственному усмотрению. Аналогичный подход используется в Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде», согласно которой надомный труд означает работу, выполняемую лицом «по месту его жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работодателя».

С одной стороны, такое смешение продиктовано объективными причинами. В самом деле, существует ли принципиальное различие между работой на дому и работой, например, в библиотеке, парке? Более важно, что работа выполняется удаленно, вне контролируемых работодателем помещений, что существенно повышает самостоятельность труда (например, в части правильного распределения рабочего времени для своевременного выполнения работы), ответственность работника (например, за соблюдение требований охраны труда). Все это в значительной степени трансформирует трудовое правоотношение и требует дифференциации правового регулирования.

На основе анализа законодательства ЕС можно сделать вывод, что отдельного внимания заслуживает проблема возможности заключения трудового договора без указания места работы — так называемого «удаленного доступа». При этом в Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде» говорится, что работа «в удаленном доступе» надомным трудом не признается.

Таким образом, получается, что надомный труд и дистанционная работа являются нетипичными трудовыми отношениями по одним и тем же критериям. Именно поэтому многие именовали в свое время телеработников электронными надомниками. Но очевидно, что даже терминологически понятие «надомный» труд имеет более узкое значение. Некоторые авторы еще до изменений действующего Трудового кодекса указывали на необходимость использования более широкого определения — «дистанционная» работа²⁷. В свете сегодняшнего реформирования трудового законодательства однозначно, что верным уже будет только использование специального термина — дистанционная работа для соответствующего вида работ.

²⁶ Ruiz Y., Walling A. Op.cit. P. 2.

²⁷ Моцная О. Нетипичные формы трудовой занятости // Вопросы трудового права. 2009. № 8. С. 40–42.

Следующим аспектом исследования в теоретико-правовом плане станет анализ отношения самозанятости и телеработы в рамках эволюционного процесса трудовых отношений. В соответствии с первым подходом в понятие телеработы включается как работа по трудовому договору, так и труд самозанятых. Этот подход используется Национальной статистической службой Великобритании²⁸ (при этом 62% телеработников, понимаемых широко, являются самозанятыми²⁹), авторами отчета Европейской организации по улучшению условий жизни и работы и во многих специальных исследованиях³⁰.

Согласно второму подходу телеработниками считаются только те лица, которые обладают статусом работников в соответствии с национальным трудовым законодательством и судебной практикой. Именно так трактуется понятие надомника в Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде», понятие телеработника в основном европейском акте, регулирующем телеработу — рамочном Соглашении о телеработе (2002) и во многих научных работах. Некоторые авторы не проводят столь четкого различия, но отмечают, что самозанятых «телеработников» необходимо рассматривать и исследовать отдельно от телеработников, имеющих статус работников³¹.

Как видно, для целей правового регулирования иного подхода, чем используемый в Конвенции и Соглашении, не существует. Иначе произошло бы безграничное расширение сферы действия норм трудового права, что не всегда соответствовало бы как существу правоотношений, так и интересам сторон. Получается, что вопрос состоит в способах определения границы между самозанятыми «телеработниками» и телеработниками, труд которых должен регулироваться нормами трудового права. Как отмечает Дж. Давидов, разграничение работников–независимых подрядчиков «представляет собой основную проблему, часто описываемую как «краеугольный камень трудового права»³². Весьма остро эта проблема стоит для «нетипичных» работников, в отношениях с которыми базовые элементы трудового правоотношения претерпевают существенные изменения.

В большинстве государств — участников Европейского Союза разграничение работников и самозанятых проводится в зависимости от того, исполняется ли работа по указанию и под контролем работодателя (т.е. под его властью). Однако любая работа в принципе так или иначе выполняется под контролем работодателя (заказчика), поэтому определить статус лица, выполняющего работу, в каждом конкретном случае бывает весьма затруднительно. Если телеработника от обычного работника отличает только место работы (а такие признаки, как обязанность работать, контроль и т.д. остаются), то суды не склонны рассматривать удаленных работников как самостоятельных, т.е. не состоящих в трудовых отношениях. С другой стороны, если при этом уровень интеграции работника в организацию более низок (например, есть свобода выбора — выполнять работу или нет, в какие именно периоды работать), то существует значительный риск констатации отсутствия трудовых отношений. В иностранной литературе нам также не

²⁸ Ruiz Y., Walling A. Op. cit. P. 1.

²⁹ Ibid. P. 3.

³⁰ Billsberry J., Wilks L. Op. cit. P. 170–171.

³¹ Standen P., Daniels K., Lamond D. The Home as a Workplace: Work-Family Integration and Psychological Well-Being in Telework // *Journal of Occupational Health Psychology*. 1999. Vol. 4(4). P. 368–381. Цит. по: Sullivan C. Op. cit. P. 162–163.

³² Davidov G. The Three Axes of Employment Relationships: a Characterization of Workers in Need of Protection // *University of Toronto Law Journal*. 2002. Vol. 52. P. 3.

удалось найти пока четких критериев разграничения трудовых и гражданско-правовых правоотношений.

Отсутствие единых критериев разграничения зависимого и независимого труда привело к тому, что в Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде» решение вопроса об отнесении лица к категории надомника, отдается на откуп государствам-участникам Конвенции. В соответствии со ст. 1 надомником не является лицо, которые располагает «такой степенью автономии и экономической независимости, которая необходима для того, чтобы считать его независимым работником в соответствии с национальным законодательством или судебными решениями».

При отсутствии четкого понимания различий между трудовыми и гражданско-правовыми правоотношениями остается только использовать имеющиеся критерии разграничения гражданско-правовых и трудовых правоотношений. Перед выходом в свет законодательных изменений в сфере дистанционной занятости А.Е. Коркин предлагал, в частности, следующее определение телеработы: «Телеработа представляет собой работу физического лица по трудовому договору, выполняемую на дому или в иных помещениях по собственному выбору этого лица (но не в помещениях работодателя) более половины своего рабочего времени»³³.

Обосновывается это тем, что в силу более индивидуального характера труда телеработников уменьшается их организационная зависимость от работодателя, существенно меняется организационный критерий трудового правоотношения: работник подчиняется правилам внутреннего трудового распорядка работодателя лишь частично, при этом он может самостоятельно определять способы, место и (или) время выполнения своей работы³⁴. При телеработе может снижаться значение признака личного выполнения работы, нередко привлечение к выполнению работы третьих лиц не только допускается законодательством, но и совершенно приемлемо для работодателя. В определенной мере это становится возможным за счет изменения характера обязательства при телеработе. Однако нельзя согласиться с тем, что на законодательном уровне нужно закреплять норму о том, что телеработник (дистанционный работник) должен именно более половины своего рабочего времени трудиться на дому или в иных помещениях по собственному выбору этого лица (но не в помещениях работодателя).

Схожими с дистанционными отношениями в трудовом праве являются отношения работы по вызову. Однако понятием «работа по вызову» обозначаются различные явления, например, это работа по обычному трудовому договору, которым работнику устанавливается особый вид рабочего времени. По условиям такого договора работник в течение определенного времени в дополнение к установленному рабочему времени (или вместо определенной части рабочего времени) обязан оставаться доступным для работодателя и быть готовым приступить к исполнению своих трудовых обязанностей, при этом работник фактически может и не выполнять какой-либо работы, заниматься собственными делами (даже спать)³⁵.

³³ Коркин Е.А. Отношения по применению нетипичного труда: понятие, виды, общие вопросы правового регулирования: дис... канд. юрид. наук. СПб., 2012. С. 73.

³⁴ См.: Шабанова М.А. Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров: дис... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008. С. 156.

³⁵ Houseman S. Why Employers Use Flexible Staffing Arrangements: Evidence from an Establishment Survey // Industrial and Labor Relations Review. 2001. Vol. 55. P. 151; Hours of Work: From Fixed to Flexible? Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. Geneva: International Labor Office, 2005. P. 18; McCann D. The Role of Work/Family Discourse in Strengthening

В то же время на работника налагаются различного рода ограничения, например, присутствие в определенной местности (иногда от работника требуется нахождение в помещениях работодателя). Примерами таких работников могут быть дежурные врачи, сторожа, преподаватели. Особенность такого вида работы заключается лишь в трудностях с определением правовой природы времени, в течение которого работник фактически не работает, но должен быть готов к выполнению работы. Это время может определяться как рабочее (с оплатой в полном объеме), либо как время отдыха (без выплаты какого-либо вознаграждения), либо квалифицироваться как особый тип рабочего времени с частичной оплатой. Одним из ключевых критериев для определения правовой природы времени ожидания во многих странах является обязательность присутствия на рабочем месте: если работник вправе выбирать свое местонахождение, то такое время не включается в рабочее и не оплачивается; если же работник должен присутствовать в помещениях работодателя или в ином месте по его указанию, то соответствующее время признается рабочим и оплачивается соответственно. Именно последний подход был применен Судом Европейского Союза (European Court of Justice) в 2003 г.³⁶

Работой по вызову именуется и специфический вид труда, характеризующийся привлечением работника к труду только по инициативе работодателя и только в том случае, когда это необходимо последнему³⁷. Работа в таком режиме выполняется на основании договоров, получивших в зарубежной литературе наименование соглашения «ноль часов». По условиям указанного соглашения работодатель не обязан предоставлять работнику работу и не несет ответственности за необеспечение работника работой (например, в виде уплаты определенной компенсации)³⁸. Минимальная продолжительность рабочего времени, режим рабочего времени не согласовываются. Возможна ситуация, при которой работа не будет предоставлена вообще, что лишает работника каких-либо гарантий занятости и получения заработка. Здесь, в отличие от телеработы, работы при использовании режимов гибкого рабочего времени, у работника практически отсутствует свобода выбора места и времени работы. Работодатель, напротив, получает максимальную свободу относительно того, когда и как использовать труд работника. В связи с этим в научной литературе оправданно отмечается, что работа по вызову (по договорам «ноль часов») — самая нестабильная форма занятости³⁹.

Соглашения «ноль часов» можно разделить на два типа: в соответствии с первым работник обязан выполнять работу по вызовам работодателя, второй тип предполагает право работника отказаться от работы по конкретному вызову. В обоих случаях отсутствует характерная для трудового договора обычного типа обязанность работодателя предоставить работу.

Traditional Working Time Laws: Some Lessons from the On-Call Work Debate // *Work, Family and the Law*. 2005. Vol. 23(1). P. 133–134.

³⁶ См.: *Landeshauptstadt Kiel v Jaeger* (№ C-151/02, 2003) и *Sindicato Médicos Publica (SIMAP) v Valenciana* (№ C-303/98, 2000).

³⁷ *Cohany S.R.* Workers in Alternative Employment Arrangements. P. 3, 8; *Vanmarcke K. et al.* The Flexibility by atypical Labor Agreements. P.9; *Houseman S.* Op. cit. P.151; OECD Employment Outlook: Taking the Measure of Temporary Employment. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 2002. P. 170.

³⁸ *Burchell B., Deakin S., Honey S.* The Employment Status of Individuals. P. 21; *Hellmark A.B.* Report Finds High Level of Unionisation among Immigrants // European Industrial Relations Observatory On-line. 2004 // URL: <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/07/feature/se0407103f.htm> (дата обращения: 1.04.2013).

³⁹ *Burchell B., Deakin S., Honey S.* Op. cit. P. 91.

В ситуации, когда работник вправе отказаться от работы по конкретному вызову, говорить о соглашении «ноль часов» как о трудовом договоре (гражданско-правовом договоре о выполнении работ или оказании услуг) становится некорректным: по такому соглашению работодатель и работник вообще не обязаны ни предоставлять работу, ни предоставлять свой труд соответственно. Как иногда правомерно отмечают в литературе «так называемый договор «ноль часов» имеет действие трудового договора, лишённого всякого содержания»⁴⁰. Предмет договора «ноль часов», таким образом, сводится к установлению условий возможного сотрудничества сторон в дальнейшем. При этом такой договор не является даже предварительным, так как по предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор на согласованных условиях. Данная обязанность обеспечивается в гражданском праве возможностью каждой из сторон требовать понуждения другой стороны к заключению договора и возмещения убытков, причиненных уклонением другой стороны от заключения основного договора⁴¹. В ситуации с соглашением «ноль часов» обязанности по заключению основного договора у сторон не возникает. То обстоятельство, что работник не связан обязанностью приступить к работе, свидетельствует об отсутствии трудового договора, хотя в литературе можно встретить и диаметрально противоположное мнение.

Соглашения «ноль часов» с правом работника отказаться от работы имеют определенное сходство с выделяемыми в гражданском праве организационными (или генеральными, рамочными) договорами. К ним относят договоры об организации перевозок, соглашения об организации взаимных расчетов участников межбанковских операций по будущим сделкам купли-продажи валюты или ценных бумаг⁴². Так, Е.А. Суханов определяет, что генеральные договоры отличаются от предварительных «прежде всего отсутствием принудительно осуществляемой обязанности заключения» локальных договоров⁴³. В.А. Белов указывает, что организационные (генеральные) договоры «не регулируют конкретных юридических отношений, но в той или иной степени предопределяют их содержание»⁴⁴.

Все указанное в полной мере относится и к соглашениям «ноль часов». Из изложенного видно, что соглашение «ноль часов» с правом работника отказаться от работы представляет собой определенную предварительную договоренность об условиях выполнения работы и ее оплаты. Данные условия могут определять содержание заключаемых сторонами в дальнейшем трудовых договоров, однако ни одна из сторон этими условиями не связана (в отличие от предварительного договора) и вправе отказаться от заключения конкретного трудового договора. Соглашения такого рода можно называть рамочными трудовыми соглашениями.

Важное отличие договора «ноль часов» без права работника отказаться от работы по конкретному вызову от традиционного трудового договора состоит в отсутствии обязанности работодателя предоставить работу, при этом работник обязан выполнять работу по требованию работодателя.

⁴⁰ The Employment Relationship: An Annotated Guide to ILO Recommendation No. 198. International Labour Organization. 2007 // URL: <http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/downloads/guide-recl98.pdf> (дата обращения: 5.04.2013).

⁴¹ Ст. 429, 445 Гражданского кодекса Российской Федерации.

⁴² См.: Гражданское право: В 4 т. Т. III: Обязательственное право. Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004. 766 с. (глава 38, автор главы — Е.А. Суханов); Белов В.А. Гражданское право. Общая и особенная части. Учебник. М.: Центр ЮРИНФОР, 2003. С. 178.

⁴³ Гражданское право: В 4 т. Т. III: Обязательственное право. (глава 38, автор главы — Е.А. Суханов).

⁴⁴ См.: Белов В.А. Указ. соч. С. 179.

Кроме того, заключение соглашения «ноль часов» без права отказа от поручения работодателя влечет ограничение, и порой весьма существенное, прав работника. Работник может быть вынужден ограничивать свое передвижение, выбор времени и места отдыха, соблюдать требования к внешнему виду, не употреблять спиртное и т.п.⁴⁵ Все перечисленное, особенно учитывая экономическое равенство работника и работодателя, требует предоставления работнику прав, гарантий, компенсирующих такой нестабильный характер занятости. Однако защита интересов работников возможна, как представляется, только принятием норм, которые превращают соглашение из безвозмездного и односторонне обязывающего в возмездное и двусторонне обязывающее. Например, ограничения прав работника в период ожидания могут быть компенсированы выплатой определенного вознаграждения (размер оплаты может варьироваться от жесткости накладываемых на работника ограничений), а на работодателя может быть возложена обязанность оплачивать определенный минимум рабочих часов, независимо от факта использования труда работника.

При подобном регулировании договоров «ноль часов» без права работника отказаться от выполнения работы по конкретному вызову эти соглашения фактически будут «превращены» в договоры «минимум-максимум», о которых речь пойдет далее.

В качестве одной из форм работы по вызову рассматривается работа по договорам «минимум-максимум» («min-max contracts»). Согласно данным договорным конструкциям, работникам устанавливается нижний предел рабочего времени, отработку которого должен обеспечить работодатель, а также верхний предел рабочих часов, отработка которых — при наличии соответствующих поручений работодателя — составляет обязанность работника. Если работодатель привлекает работника к работе менее установленного минимума, работнику должно быть выплачено вознаграждение как если бы он отработал оговоренный минимум времени.

Случай с договорами «минимум-максимум» похож на регулирование неполного рабочего времени при работе в режиме гибкого рабочего времени (ст. 93 и 102 Трудового кодекса РФ). Параметром, по которому договоры «минимум-максимум» не укладываются в рамки действующего российского закона, является то, что начало, окончание и общая продолжительность рабочего дня определяются не по соглашению сторон (как это имеет место в случае с работой в режиме гибкого рабочего времени), а единолично работодателем, хотя и в установленных сторонами пределах. Защита прав работников в таких отношениях должна строиться в рамках общих норм, направленных на обеспечение адекватного уровня прав и гарантий для работников с неполным рабочим временем с использованием специальных норм, учитывающих особенности труда по договорам «минимум-максимум». В настоящее время целесообразно допустить использование только рамочных трудовых соглашений, по которым работник вправе отказаться от работы по конкретному вызову работодателя.

Временный характер труда часто рассматривается как один из признаков работы по вызову. В ряде стран регулирование работы по вызову схоже с регулированием трудовых отношений на срок: использование работы по вызову допускается только в случае невозможности установления отношений на неопределенный срок и (или) только в определенных случаях. Как пример можно привести Норвегию, Италию и Швецию. На практике отношения с работниками по вызову могут быть установлены на неопределенный срок. Сами работники могут воспринимать свою работу как постоянную⁴⁶.

⁴⁵ *Schwartz L.* Comment: Reforming the Fair Labor Standards Act: Recognizing On-Call Time as a Distinct Category of Compensable Work // *University of San Francisco Law Review*. 2005. Vol. 40. P. 218.

⁴⁶ *Burchell B., Deakin S., Honey S.* Op. cit. P. 55.

Фактически сложившаяся в Российской Федерации система нетипичных трудовых отношений в период глобализации экономики и развития информационно-коммуникационных систем предопределила дальнейшее правовое регулирование общественных отношений. Так, 19 апреля 2013 г. вступил в силу Федеральный закон от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в соответствии с которым в Трудовом кодексе РФ появилась новая глава 49.1, посвященная регулированию труда дистанционных работников. В нашей стране это «первая ласточка» в процессе легализации нестандартной занятости, которая повлекла за собой возрастающий интерес к основам правового урегулирования статуса участников дистанционных отношений и характера взаимосвязей между ними.

Дистанционная занятость — это наиболее быстроразвивающаяся форма занятости, которая трансформируется в целый ряд разновидностей гибкой трудовой деятельности. Во всех ведущих странах с каждым годом растет число дистанционно занятых на работе сотрудников. Так, например, в исследованиях Института персонала и развития (Chartered Institute of Personnel and Development), указывалось, что к 2014 г. прогнозируется увеличение числа дистанционно занятых работников — до 30% европейцев и до 20% американцев⁴⁷.

Выделенная специфика дистанционной работы и схожих отношений позволяют перейти к раскрытию содержания правовых связей между работниками и работодателями внутри самой дистанционной занятости. Правовое положение работника в нетипичном трудовом правоотношении само по себе вызывает интерес, а после соответствующих законодательных изменений о дистанционной работе в особенности. Кроме того, одним из следующих этапов развития российского трудового законодательства может стать установление возможности работать и дистанционно, и стационарно в рамках одного трудового правоотношения.



Библиография

- Белов В.А. Гражданское право. Общая и особенная части: учебник. М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. 960 с.
- Гражданское право: В 4 т. Т. III: Обязательственное право: учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2004. 766 с.
- Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. М.: Городец, 2007. 679 с.
- Мощная О. Нетипичные формы трудовой занятости // Вопросы трудового права. 2009. № 8. С. 37–43.
- Baines S., Gelder U. What is Family Friendly about the Workplace in the Home? The Case of Self-Employed Parents and their Children // *New Technology, Work and Employment*. 2003. Vol. 18. P. 223–234.
- Bailey D.E., Kurland N.B. A Review of Telework Research: Findings, New Directions, and Lessons for the Study of Modern Work // *Journal of Organizational Behavior*. 2002. Vol. 23. P. 383–400.
- Belanger F. Workers' Propensity to Telecommute: An Empirical Study // *Information and Management*. 1999. Vol. 35. P. 139–153.
- Billsberry J., Wilks L. Should We Do Away with Teleworking? An Examination of whether Teleworking Can be Defined in the New World of Work // *New Technology, Work and Employment*. 2007. Vol. 22. P. 170–176.
- Brocklehurs M. The Reality and Rhetoric of New Technology Homeworking: Some Lessons for Personnel Managers // *Personnel Review*. 1989. Vol. 18(2). P. 212–220.

⁴⁷ <http://www.cipd.co.uk>

- Brynin M., Haddon L. The Character of Telework and the Characteristics of Teleworkers // *New Technology, Work and Employment*. 2005. Vol. 20. P. 35–42.
- Collins M. The (Not so Simple) Case for Teleworking: a Study of Lloyd's of London // *New Technology, Work and Employment*. 2005. Vol. 20. P. 110–118.
- Davidov G. The Three Axes of Employment Relationships: a Characterization of Workers in Need of Protection // *University of Toronto Law Journal*. 2002. Vol. 52. P. 1–11.
- Edwards P., Taskin L. The Possibilities and Limits of Telework in a Bureaucratic Environment: Lessons from the Public Sector // *New Technology, Work and Employment*. 2007. Vol. 22. P. 202–218.
- Felstead A., Jewson N., Phizecklea A, Walters S. The Option to Work at Home: Another Privilege for the Favoured Few // *New Technology, Work and Employment*. 2002. Vol. 17. P. 204–223.
- Garrett R., Danzinger J. Which Telework? Defining and Testing a Taxonomy of Technology-mediated Work at a Distance // *Social Science Computer Review*. 2007. Vol. 25(1). P. 30–38.
- Houseman S. Why Employers Use Flexible Staffing Arrangements: Evidence from an Establishment Survey // *Industrial and Labor Relations Review*. 2001. Vol. 55. P. 151–164.
- McCann D. The Role of Work/Family Discourse in Strengthening Traditional Working Time Laws: Some Lessons from the On-Call Work Debate // *Work, Family and the Law*. 2005. Vol. 23. P. 133–139.
- Olszewski P., Mokhtarian P. Telecommuting Frequency and its Impacts for State of California Employees // *Technological Forecasting and Social Change*. 1994. P. 275–286.
- Schwartz L. Comment: Reforming the Fair Labor Standards Act: Recognizing On-Call Time as a Distinct Category of Compensable Work // *University of San Francisco Law Review*. 2005. Vol. 40. P. 211–219.
- Standen P., Daniels K., Lamond D. The Home as a Workplace: Work-Family Integration and Psychological Well-Being in Telework // *Journal of Occupational Health Psychology*. 1999. Vol. 4. P. 368–381.
- Stone K.V.W. Legal Protection for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers // *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. 2006. Vol. 27. P. 23–29.
- Sullivan C. What's in a Name? Definitions and Conceptualisations of Teleworking and Homeworking // *New Technology, Work and Employment*. 2003. Vol. 18. P. 159–164.
-

Distant Work and Similar Relations



Natal'ya V. Zakaluzhnaya

Associate Professor, Department of Civil Law Sciences, Ivan Petrovsky Bryansk State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 14 Bezhitskaya Str., Bryansk, 241036, Russian Federation. E-mail: natzaklaw@yandex.ru



Abstract

Modern global space is a new reality that improves not only the means of people's interactions but influences the principles of organizing the production and labor relations. Under the conditions of economic modernization and globalization, some non-standard forms of employment have been appearing. The research of already formed legal patterns allows working out non-typical ones meeting the needs of the modern world. Thus, non-typical legal relations have already been functioning for a long time in labor law and at the same time more and more new non-traditional forms of employment appear. Modern methods of organizing business cooperation and social communication influence the sphere of labor cause to appear new effective forms of employment. Because of the demands of modern society, it is important to consider these changes that some classic institutions of labor law are exposed to. For example, concluding employment agreements for performing specific work for a certain period of time now is not an exception but a rule. A new effective form of employment is a distant employment that has already found legal regulation in this country. The model of distant employment eliminates the existing gaps in regulating non-typical labor relationship. Today it is important to renew the Russian labor

law and adjust it to the process of appearing and developing new labor relations and forms of labor organization. Similar relations can serve as a legal base to a certain extent. However, it is important to disclose legal background of distant employment and features separating it from other similar legal phenomena that have become a prototype of distance employment to a certain extent. Thus, an attempt of the analysis of relations has been taken in this article such as: working hours, work at home (similarities and differences of home and distant labor are given), working place, self-employment, work by call (different forms of such labor are shown), an agreement “zero hours” (a labor treaty without any content is analyzed), a treaty “minimum-maximum” and others. The basis for the research is the norms not only of Russian but foreign legislation. In this work, special aspects of distant work are defined. It is noted that the examples of distant management of labor resources demand the further development of regulations of worker’s labor function.



Keywords

employee, employer, employment agreement, work at home, distant work, information telecommunication technologies, work by call.

Citation: Zakaluzhnaya N.V. (2015) Distant Work and Similar Relations. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp (in Russian). Pp. 76–91.



References

- Bailey D.E., Kurland N.B. (2002) A Review of Telework Research: Findings, New Directions, and Lessons for the Study of Modern Work. *Journal of Organizational Behavior*, vol. 23, pp. 383–400.
- Baines S., Gelder U. (2003) What is Family Friendly about the Workplace in the Home? The Case of Self-Employed Parents and their Children. *New Technology, Work and Employment*, vol. 18, pp. 223–234.
- Belanger F. (1999) Workers’ Propensity to Telecommute: An Empirical Study. *Information and Management*, vol. 35, pp. 139–153.
- Belov V.A. (2003) *Grazhdanskoe pravo. Obshchaya i osobennaya chast. Uchebnik* [Civil Law. General and Particular Parts. Textbook]. Moscow: YurInfoR, 960 p. (in Russian)
- Billsberry J., Wilks L. (2007) Should We Do Away with Teleworking? An Examination of whether Teleworking Can be Defined in the New World of Work. *New Technology, Work and Employment*, vol. 22, pp. 170–176.
- Brocklehurs M. (1989) The Reality and Rhetoric of New Technology Homeworking: Some Lessons for Personnel Managers. *Personnel Review*, vol. 18 (2), pp. 212–220.
- Brynin M., Haddon L. (2005) The Character of Telework and the Characteristics of Teleworkers. *New Technology, Work and Employment*, vol. 20, pp. 35–42.
- Collins M. (2005) The (not so Simple) Case for Teleworking: a Study of Lloyd’s of London. *New Technology, Work and Employment*, vol. 20, pp. 110–118.
- Davidov G. (2002) The Three Axes of Employment Relationships: a Characterization of Workers in Need of Protection. *University of Toronto Law Journal*, vol. 52, pp. 1–11.
- Edwards P., Taskin L. (2007) The Possibilities and Limits of Telework in a Bureaucratic Environment: Lessons from the Public Sector. *New Technology, Work and Employment*, vol. 22, pp. 202–218.
- Felstead A., Jewson N., Phizecklea A, Walters S. (2002) The Option to Work at Home: Another Privilege for the Favored Few. *New Technology, Work and Employment*, vol. 17, pp. 204–223.
- Garrett R., Danzinger J. (2007) Which Telework? Defining and Testing a Taxonomy of Technology-mediated Work at a Distance. *Social Science Computer Review*, vol. 25(1), pp. 30–38.
- Houseman S. (2001) Why Employers Use Flexible Staffing Arrangements: Evidence from an Establishment Survey. *Industrial and Labor Relations Review*, vol. 55, pp. 151–164.
- Kurennoy A.M., Mavrin S.P., Khokhlov E.B. (2007) *Kommentariy k Trudovomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to Russian Federation Labor Law]. Moscow: Gorodets, 679 p. (in Russian)
- McCann D. (2005) The Role of Work/Family Discourse in Strengthening Traditional Working Time Laws: Some Lessons from the On-Call Work Debate. *Work, Family and the Law*, vol. 23(1), pp. 133–139.

Motsnaya O. (2009) Netipichnye formy trudovoy zanyatosti [Atypical Forms of Employment]. *Voprosy trudovogo prava*, no 8, pp. 37–43 (in Russian)

Olszewski P., Mokhtarian P.L. (1994) Telecommuting Frequency and Impacts for State of California Employees. *Technological Forecasting and Social Change*, vol. 45, issue 3, pp. 275–286.

Schwartz L. (2005) Comment: Reforming the Fair Labor Standards Act: Recognizing On-Call Time as a Distinct Category of Compensable Work. *University of San Francisco Law Review*, vol. 40, pp. 211–219.

Standen P., Daniels K., Lamond D. (1999) The Home as a Workplace: Work-Family Integration and Psychological Well-Being in Telework. *Journal of Occupational Health Psychology*, vol. 4, pp. 368–381.

Stone K.V.W. (2006) Legal Protection for Atypical Employees: Employment Law for Workers without Workplaces and Employees without Employers. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 27, pp. 23–29.

Sukhanov E.A. (ed.) (2004) *Grazhdanskoe pravo: v 4 tomach. T. III: Obyazatel'stvennoe pravo. Ucheb-nik* [Civil Law in 4 vols. Vol. 3. Obligatory Law. Textbook]. Moscow: Volters Kluwer, 766 p. (in Russian)

Sullivan C. (2003) What's in a name? Definitions and Conceptualisations of Teleworking and Home-working. *New Technology, Work and Employment*, vol. 18, pp. 159–164.

Специальная дисциплинарная ответственность: проблемы современного правового регулирования



М.Р. Яхина

аспирантка кафедры трудового права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: mariay@mail.ru



Аннотация

Автор проводит анализ различных точек зрения на выделение специальной дисциплинарной ответственности. Изучается нормативная база, регулирующая вопросы данного вида ответственности. Обращается внимание на отсутствие отдельного унифицированного акта, посвященного правовому регулированию дисциплины труда. Поднимается вопрос видов дисциплинарных взысканий и их детализации при применении специальной дисциплинарной ответственности. Исследуется возможность наложения дисциплинарных взысканий на специальных субъектов за нарушение, состоявшееся не в рабочее время. Автор предлагает разделять случаи специальной дисциплинарной ответственности исходя не из отрасли экономики, а на основе особенностей деятельности работников, выделяя при этом пять групп. В статье анализируются предлагаемые учеными определения понятия специальной дисциплинарной ответственности, и указывается на необходимость дальнейшей разработки этого понятия в науке. Автором предлагается определение специальной дисциплинарной ответственности. Специальная дисциплинарная ответственность — это предусмотренная федеральными законами, уставами и положениями о дисциплине ответственность работника за совершенный дисциплинарный проступок, связанный со спецификой выполняемой им трудовой функции. Автор предлагает закрепить срок действия наложенного дисциплинарного взыскания в два года. Увеличение срока действия будет больше дисциплинировать работника, а также предупреждать его от совершения новых дисциплинарных проступков. Предлагается ввести специальную дисциплинарную ответственность работников метрополитена. Это связано, в частности, с тем, что между работниками метрополитена и железных дорог существуют значительные различия в трудовых обязанностях и в системе движения поездов. В статье отмечается необходимость своевременного принятия перечней должностей, на которые распространяются нормы отдельных уставов, например, Устава о дисциплине работников организаций, эксплуатирующих особо радиационно опасные и ядерно опасные производства. Предлагается разработка специального отраслевого нормативного акта о специальной дисциплинарной ответственности медицинских работников. Автор приходит к выводу, что необходимо расширять круг лиц, подлежащих специальной дисциплинарной ответственности. Это будет способствовать улучшению эффективности выполнения ими своих трудовых обязанностей.



Ключевые слова

общая дисциплинарная ответственность, специальная дисциплинарная ответственность, критерии дифференциации специальной и общей дисциплинарной ответственности, дисциплинарный проступок, дисциплинарные взыскания, уставы о дисциплине.

Библиографическое описание: Яхина М.Р. Специальная дисциплинарная ответственность: проблемы современного правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 92–102.

JEL: K31; УДК: 349.2

Достижение работодателем целей и задач роста и развития организации во многом зависит от работников, и речь идет не только о профессиональной подготовке работников, но и об их отношении к порученной работе. Необходимость качественного и ответственного выполнения работником своих трудовых обязанностей декларируется в ст. 21 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ), иных законодательных актах, содержащих нормы трудового права. Кроме того, данное требование отражено в правилах внутреннего трудового распорядка организации, в должностной инструкции работника, а также в трудовом договоре. Если работник уклоняется от надлежащего исполнения должностных обязанностей, либо совершает действия, которые могут привести к срыву рабочего процесса, а в иных случаях — и к более тяжким последствиям в виде угрозы жизни и здоровья окружающих, имуществу других работников и организации, у работодателя есть право привлечь работника к дисциплинарной ответственности. Вышеуказанные действия работника в науке трудового права называются дисциплинарным проступком.

По общему правилу привлечение работников к дисциплинарной ответственности осуществляется в рамках ТК РФ. Исключение составляют лишь те работники, на которых распространяется действие федеральных законов, а также специальные уставы и положения о дисциплине (ч. 2 ст. 192 ТК РФ). При привлечении работников к дисциплинарным взысканиям закон разграничивает их на две категории: 1) работники, на которых распространяет действие только ТК РФ; 2) работники, на которых распространяют действие также специальные акты (федеральные законы, уставы и положения о дисциплине). Дисциплинарную ответственность, возникающую для первой категории работников, в науке трудового права принято называть общей, для второй категории работников — специальной.

Процедура привлечения работников к дисциплинарной ответственности подробно прописана в ТК РФ. Привлечение к дисциплинарной ответственности осуществляется посредством наложения дисциплинарного взыскания по факту совершенного работником дисциплинарного проступка. В ст. 192 ТК РФ закреплены следующие виды общих дисциплинарных взысканий: замечание, выговор, увольнение. Наложение иных видов дисциплинарных взысканий недопустимо, например, запрещено штрафовать работника, обязывать его отработать часы, засчитанные в качестве прогула, ибо с точки зрения трудового права это будет расценено как принудительный труд.

При наложении дисциплинарного взыскания должны учитываться обстоятельства, при которых совершен дисциплинарный проступок, и его тяжесть (ст. 192 ТК РФ). Выбор дисциплинарного взыскания, которое работодатель может наложить на работника, также должен производиться в соответствии с учетом предыдущего поведения работника, его отношения к работе¹. Согласно ст. 192 ТК РФ к дисциплинарным взысканиям,

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (ред. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.09.2010 № 22) // СПС Гарант.

в частности, относится увольнение работника по основаниям, предусмотренным п. 5, 6, 9 или 10 ч. 1 ст. 81, п. 1 ст. 336 или ст. 348.11, а также п. 7, 7.1 или п. 8 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, в случаях, когда виновные действия, дающие основания для утраты доверия, либо, соответственно, аморальный проступок совершены работником по месту работы и в связи с исполнением им трудовых обязанностей.

Нормативными актами, регулирующими специальную дисциплинарную ответственность работников, служат федеральные законы², уставы³ и положения о дисциплине⁴. Расширение перечня актов, регулирующих дисциплинарную ответственность работников отдельных отраслей, связано, прежде всего, со спецификой выполняемой ими трудовой функции. В категорию работников, на которых распространяется специальная дисциплинарная ответственность, попадают работники, чьи дисциплинарные проступки могут повлечь серьезные негативные последствия для широкого круга лиц.

Применение дисциплинарных взысканий, предусмотренных специальной дисциплинарной ответственностью, для некоторых отраслей возможно не только во время исполнения трудовых обязанностей. Немаловажным фактором, влияющим на принятие решения о расторжении трудового договора, может служить поведение работника не в рабочее время⁵. Перечень отраслей, в которых действует специальная дисциплинарная ответственность, разнообразен. С.В. Авилин в диссертационном исследовании предлагает классифицировать отрасли, в которых введена специальная дисциплинарная ответственность, следующим образом: физические (механические), физико-химические (радиоактивные), комбинированные⁶.

Полагаем, что указанная квалификация может быть интересна с научной точки зрения как один из подходов к систематизации нормативных актов, в рамках которых ре-

² Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ (ред. от 31 декабря 2014 г.) «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; Федеральный закон от 17 декабря 1994 г. № 67-ФЗ (ред. от 2 июля 2013 г.) «О федеральной фельдъегерской связи» // СПС КонсультантПлюс; Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 (ред. от 22 декабря 2014 г.) «О прокуратуре Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; Закон РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 (ред. от 22 декабря 2014 г.) «О статусе судей в Российской Федерации» (с изм. и доп., вступ. в силу с 1 января 2015 г.) // СПС КонсультантПлюс.

³ Постановление Совмина СССР от 26 августа 1985 г. № 812 «Об утверждении Устава о дисциплине работников речного транспорта СССР» // СПС КонсультантПлюс; Указ Президента РФ от 16 ноября 1998 г. № 1396 (ред. от 30 сентября 2012 г.) «Об утверждении Дисциплинарного устава Таможенной службы Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; Постановление Правительства РФ от 23.05.2000 № 395 «Об утверждении Устава о дисциплине работников морского транспорта» // СПС КонсультантПлюс; Постановление Правительства РФ от 22.09.2000 № 715 «Об утверждении Устава о дисциплине экипажей судов обеспечения Военно-Морского Флота» // СПС КонсультантПлюс; Федеральный закон от 8 марта 2011 г. № 35-ФЗ «Об утверждении Устава о дисциплине работников организаций, эксплуатирующих особо радиационно-опасные и ядерно-опасные производства и объекты в области использования атомной энергии» // СЗ РФ. 2011. Ст. 1504.

⁴ Постановление Правительства РФ от 21.09.2000 № 708 «Об утверждении Устава о дисциплине работников рыбопромыслового флота Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс; Постановление Правительства РФ от 25.08.1992 № 621 (ред. от 14.07.2001, с изм. от 07.07.2003) «Об утверждении Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

⁵ В Бурятия был расторгнут трудовой договор с судьей И. Левандовской, выложившей в социальной сети свои снимки во время отдыха. Комиссией по этике они были расценены как снимки, порочащие честь судьи // URL: <http://www.kp.ru/online/news/827740/> (дата обращения: 20.12.2014).

⁶ Авилин С.В. Уставы о дисциплине — одна из правовых форм регулирования внутреннего трудового распорядка: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1989. С. 7.

гулируется специальная дисциплинарная ответственность. Мы придерживаемся точки зрения, что классификация должна проводиться по принципу характера деятельности. Предлагаем следующую классификацию:

1. Государственная гражданская служба.
2. Таможенная служба.
3. Судьи.
4. Транспорт.
5. Энергетика.

Субъектом специальной дисциплинарной ответственности является работник, на которого распространяют свое действие акты, регулирующие специальную дисциплинарную ответственность. В рамках специальной дисциплинарной ответственности предусмотрены также более широкий перечень оснований для привлечения к специальной дисциплинарной ответственности и расширенный перечень дисциплинарных взысканий.

С точки зрения трудового права вопрос выделения критериев отличия видов дисциплинарной ответственности на общую и специальную является дискуссионным. Например, О.И. Карпенко в диссертационном исследовании отмечает следующие критерии:

- 1) круг субъектов ответственности;
- 2) более широкое понятие дисциплинарного проступка;
- 3) более строгие меры дисциплинарного взыскания⁷.

Критерии дифференциации в своем диссертационном исследовании приводит и В.Г. Самойлов:

- 1) состав субъектов;
- 2) источники правового регулирования;
- 3) виды дисциплинарного взыскания;
- 4) порядок применения мер дисциплинарной ответственности и снятия взыскания;
- 5) порядок обжалования примененных мер дисциплинарного взыскания⁸.

В.Л. Гейхман, И.К. Дмитриева выделяют следующие критерии:

- 1) круг лиц, на которых распространяется;
- 2) более широкое понятие дисциплинарного (служебного) проступка;
- 3) меры взыскания;
- 4) определение объема дисциплинарной власти различных должностных лиц;
- 5) порядок применения дисциплинарного взыскания⁹.

Детальный анализ критериев дифференциации приводит в диссертационном исследовании С.В. Авилин. Выделение критериев он проводит, сравнивая Типовые правила внутреннего трудового распорядка и нормативные правовые акты, в рамках которых происходит регулирование специальной дисциплинарной ответственности. По результатам проведенного анализа С.В. Авилин предлагает более широкий перечень критериев дифференциации специальной и общей ответственности:

- 1) круг лиц, на которых они распространяются;
- 2) уточнение специальных обязанностей ведущих групп работников;

⁷ Карпенко О.И. Дисциплинарная ответственность работника в трудовом праве: понятие и виды: дис... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 93.

⁸ Самойлов В.Г. Дисциплинарная ответственность в трудовом праве: общая и специальная: дис... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 84.

⁹ Трудовое право: учебник для бакалавров / В.Л. Гейхман, И.К. Дмитриева. 2-е изд. М.: Юрайт, 2012. С. 361.

- 3) более широкое понятие дисциплинарного проступка;
- 4) более строгие меры дисциплинарного взыскания, дифференциация их в зависимости от трудовой функции работника;
- 5) расширение оснований для продления сроков наложения дисциплинарного взыскания;
- 6) определение объема дисциплинарной власти различных должностных лиц;
- 7) установление сроков для обжалования дисциплинарных взысканий, рассмотрения жалоб¹⁰.

В трудовом законодательстве определение понятия специальной дисциплинарной ответственности отсутствует. Выделенные критерии способствуют формированию определения специальной дисциплинарной ответственности в науке. Полагаем, что две основные категории, на основании одной из которых строятся предлагаемые учеными определения специальной дисциплинарной ответственности, это:

- 1) работник отдельной категории;
- 2) особые условия работы, при которых необходимо введение специальных норм, регулирующих дисциплинарную ответственность.

Первую категорию использует в своем диссертационном исследовании В.Г. Самойлов, который определяет специальную дисциплинарную ответственность как «вид и меру принудительного претерпевания работником отдельной категории лишения нематериальных благ, заключающееся в необходимости понести наказание за виновное противоправное неисполнение или ненадлежащее исполнение свободно принятых им по трудовому договору специальных трудовых обязанностей»¹¹. Вторую категорию использует в диссертационном исследовании М.Ю. Филиппова, определяя специальную дисциплинарную ответственность как «обязанность работников отдельных отраслей хозяйственной деятельности претерпеть дополнительные, по сравнению с установленными Трудовым кодексом, негативные для их личных благ последствия за виновное противоправное неисполнение или ненадлежащее исполнение своих трудовых обязанностей, носящих особый характер»¹².

Полагаем, что определение М.Ю. Филипповой является более обоснованным, ибо характер работ, закрепленных в трудовом договоре и должностных инструкциях, принятых в конкретной организации, накладывает специфику на характер трудовых отношений работника и на вид дисциплинарной ответственности, которая может быть к нему применена. Мы также считаем, что работник, получивший специфическое образование и навыки работы, не может являться по умолчанию субъектом специальной дисциплинарной ответственности, так как отсутствует гарантия, что работник будет работать по специальности. Исходя из вышеизложенного, предлагаем следующее определение специальной дисциплинарной ответственности — это ответственность работника за совершенный дисциплинарный проступок, связанный со спецификой выполняемой им трудовой функции, предусмотренная федеральными законами, уставами и положениями о дисциплине.

Следует отметить, что в законодательстве РФ отсутствует унифицированный акт, в рамках которого определяется специальная дисциплинарная ответственность работников. Регулирование производится в рамках отраслевого законодательства (федеральных

¹⁰ Авилин С.В. Указ. соч. С. 9.

¹¹ Самойлов В.Г. Указ. соч. С. 83.

¹² Филиппова М.Ю. Правовое регулирование дисциплины труда работников железнодорожного транспорта Российской Федерации: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 8.

законов, уставов и положений о дисциплине). Следовательно, специальная дисциплинарная ответственность работников регламентируется нормативными правовыми актами различного уровня. В п. 5 ст. 189 ТК РФ закреплено требование о необходимости утверждения этих актов федеральными законами. Однако согласно ст. 423 ТК РФ указанные акты могут действовать на территории Российской Федерации (до приведения их в соответствие с ТК РФ) только в части, не противоречащей указанному кодексу. Введение нормы о специальной дисциплинарной ответственности обусловлено необходимостью реализации ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, в которой закреплено, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

По общему правилу, согласно ст. 194 ТК РФ, если в течение одного года со дня применения дисциплинарного взыскания работник не будет подвергнут новому дисциплинарному взысканию, то он считается не имеющим дисциплинарного взыскания. Полагаем, что в случае со специальной дисциплинарной ответственностью работника данный срок должен быть увеличен до двух лет. Наша позиция базируется на том, что увеличение срока действия будет больше дисциплинировать работника, а также предупреждать его от совершения новых дисциплинарных проступков.

Перечень дисциплинарных взысканий, которые могут быть наложены на работника, закреплен в ст. 192 ТК РФ. Для отраслей, в которых действует специальная дисциплинарная ответственность, перечень дисциплинарных взысканий, которые работодатель вправе применять к работнику, расширен. Однако их применение может быть затруднено. Например, в п. 15 Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации¹³ перечень дисциплинарных взысканий, предусмотренных для работников железнодорожного транспорта, расширен следующими дисциплинарными взысканиями:

а) «лишение машиниста свидетельства на право управления локомотивом, моторвагонным подвижным составом, специальным самоходным подвижным составом, водителя — удостоверения на право управления дрезиной, помощника машиниста локомотива, моторвагонного подвижного состава, специального самоходного подвижного состава — свидетельства помощника машиниста, помощника водителя дрезины — удостоверения помощника водителя на срок до трех месяцев или до одного года, с переводом с согласия работника на другую работу на тот же срок по основаниям и в порядке, предусмотренным пунктом 16 настоящего Положения»¹⁴;

б) «освобождение от занимаемой должности, связанной с эксплуатационной работой железных дорог, предприятий промышленного железнодорожного транспорта или иной работой по обеспечению безопасности движения поездов и маневровой работы, сохранности перевозимых грузов, багажа и иного вверенного имущества, законодательства об охране труда, с предоставлением с согласия работника в порядке перевода другой работы по основаниям, предусмотренным пунктом 17 настоящего Положения»¹⁵;

¹³ Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. № 9. Ст. 608.

¹⁴ В соответствии с решением Верховного Суда РФ от 28.10.2002 № ГКПИ 2002-1100 пп. «а» ч. 1 п. 15 Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации признаны незаконными, ущемляющими права работников и несоответствующими действующему законодательству.

¹⁵ В соответствии с решением Верховного Суда РФ от 24.05.2002 № ГКПИ 2002-375 пп. «б», «в» ч. 1 п. 15 Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации при-

в) «увольнение по основаниям, предусмотренным пунктом 18 настоящего Положения»¹⁶.

Перечень дисциплинарных взысканий изложен в Приказе МПС России от 25 декабря 2000 г. № 30Ц¹⁷, который практически утратил свою значимость в силу того, что пп. «в» п. 15 Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта РФ признан не соответствующим действующему законодательству. Тем самым значимость дисциплинарных взысканий специальной дисциплинарной ответственности работников железнодорожного транспорта утрачивается.

Кроме того, необходимо отметить, что включение в нормативные правовые акты о дисциплинарной ответственности пунктов, аналогичных выше изложенным, может вступать в противоречие с ратифицированными в Российской Федерации Конвенцией № 29 Международной организации труда (далее — МОТ) «Относительно принудительного или обязательного труда» и Конвенцией МОТ № 105 «Об упразднении принудительного труда» как имеющие признаки принудительного труда.

В 2007 г. Государственной Думой в первом чтении был принят проект федерального закона № 402720-4 «Положение о дисциплине работников железнодорожного транспорта общего пользования в Российской Федерации». Анализ данного проекта показал, что он, несомненно, требует доработки. Например, спорным является название ст. 2 «Основные трудовые обязанности работников железнодорожного транспорта», так как основные трудовые обязанности работников отражены в ст. 21 ТК РФ, которая также распространяет свое действие на работников железнодорожного транспорта. Мы полагаем, что название и содержание статей нормативных правовых актов в рамках, в которых регулируется специальная дисциплинарная ответственность, должны отражать специфику работ в конкретной отрасли. Кроме этого, в указанный проект не включена статья, регулирующая обязанности работодателя. В итоге нормативный правовой акт, заменяющий ныне действующее Положение о дисциплине работников железнодорожного транспорта РФ, в настоящее время отсутствует.

Работники метрополитена также сегодня подпадают под действие Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации¹⁸. Вместе с тем работники метрополитена представляют собой самостоятельную категорию работников, для которых необходимо отдельное Положение о дисциплине. Наше мнение базируется на том, что между работниками метрополитена и железнодорожниками существуют значительные различия в трудовых обязанностях и в системе движения поездов.

знаны незаконными, ущемляющими права работников и несоответствующими действующему законодательству.

¹⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 25.08.1992 № 621 (ред. от 14.07.2001, с изм. от 07.07.2003) «Об утверждении Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 31.08.1992. № 9. Ст. 608.

¹⁷ См. Приказ от 25.12.2000 № 30 ц «Об утверждении перечня грубых нарушений дисциплины, за совершение которых может быть применено дисциплинарное взыскание, предусмотренное подпунктом «в» пункта 15 Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации, и категорий работников, привлекаемых к ответственности за эти нарушения» // СПС КонсультантПлюс

¹⁸ Постановление Правительства Российской Федерации от 11.10.1993 № 1032 «О распространении действия положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 25.08.1992 № 621, на работников метрополитенов» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 42.

В других отраслях экономики ситуация с нормативно-правовой базой, регулирующей специальную дисциплинарную ответственность, также идет с некоторым отставанием от реальности. Примером может служить Устав о дисциплине работников организаций, эксплуатирующих особо радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты в области использования атомной энергии¹⁹. По своей структуре указанный акт составлен по структуре, типичной для такого рода нормативных правовых актов. Однако в нем отсутствует конкретный перечень работников, на которых он распространяет свое действие. В связи с этим складывалось впечатление, что его действие распространяется на всех работников предприятий, эксплуатирующих особо радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты в области использования атомной энергии. Между тем Перечень должностей (профессий) работников, на которых распространяет свое действие Устав о дисциплине работников организаций, эксплуатирующих особо радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты в области использования атомной энергии, был принят только в 2013 г.²⁰ Таким образом, в течение определенного промежутка времени (с 2011 до 2013 года) привлечение работников указанной отрасли к специальной дисциплинарной ответственности было практически невозможно, так как не был определен круг лиц, на которых распространяет свое действие данный Устав. На наш взгляд, ситуация складывалась непростая, потому что какие-либо нарушения эксплуатации объектов данной отрасли могли повлечь катастрофические последствия не только локального, но и мирового масштаба. При этом специальных дисциплинарных взысканий, предусмотренных Уставом, никто из виновных не понес бы.

Регулирование дисциплинарной ответственности медицинских и фармацевтических работников, как мы полагаем, необходимо также проводить в рамках отраслевого нормативного правового акта. Вопрос о разработке специального нормативного правового акта, регулирующего дисциплину работников данной категории, обсуждался еще во времена СССР. Рассматривались вопросы о разработке дисциплинарного устава медицинских и фармацевтических работников. Одновременно высказывались предположения о преждевременности разработки подобного нормативного правового акта, так как борьба с негативными явлениями, имеющими место в здравоохранении СССР, должна идти по пути использования демократических методов²¹.

Между тем совершенно очевидно, что медицинские работники обязаны работать в условиях строго соблюдения дисциплины труда, ибо от их четких, отлаженных, своевременных действий зависят жизнь и здоровье пациентов. Таким образом, становление института специальной дисциплинарной ответственности в большинстве случаев обусловлено жизненной необходимостью. Ряд отраслей экономики сегодня в полной мере использует требования к работникам и применяет специальные дисциплинарные взыскания, выработанные еще советским законодательством. Некоторые из них устарели. В ряде отраслей необходимо произвести адаптацию актов, регулирующих специальную дисциплинарную ответственность, в соответствии с современными реалиями. По некоторым отраслям необходимо принятие актов, регулирующих специальную дисциплинарную ответственность работников.

¹⁹ Федеральный закон от 8 марта 2011 г. № 35-ФЗ // СЗ РФ. 2011. № 11. Ст. 1504.

²⁰ Приказ Госкорпорации «Росатом» от 18.12.2013 № 1/21-НПА «Об утверждении Перечня должностей (профессий) работников эксплуатирующих организаций, в том числе работников, непосредственно обеспечивающих безопасность особо радиационно опасных и ядерно опасных производств и объектов в области использования атомной энергии» (Зарегистрировано в Минюсте России 05.02.2014 «31229») // СПС КонсультантПлюс.

²¹ Авилин С.В. Указ. соч. С. 7.



Библиография

- Авилин С.В. Уставы о дисциплине — одна из правовых форм регулирования внутреннего трудового распорядка: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 1989. 22 с.
- Буянова М.О., Смирнов О. В. Трудовое право. Учебник для бакалавров. М.: РГ-Пресс, 2013. 496 с.
- Ермичева Н.Г. Дисциплинарная ответственность работников железнодорожного транспорта СССР: автореф. дис... канд. юрид. наук. Л., 1977. 19 с.
- Зайцева О.Б. Дисциплинарная ответственность работников железнодорожного транспорта // Справочник кадровика. 2007 // URL: <http://hr-portal.ru/article/disciplinarnaya-otvetstvennost-rabotnikov-zheleznodorozhnogo-transporta> (дата доступа: 09.12.2014)
- Карпенко О.И. Дисциплина труда — необходимое условие повышения качества труда работника / Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях модернизации экономики / отв. ред. Ю.П. Орловский. М.: Юстицинформ, 2012. С. 148–159.
- Карпенко О.И. Дисциплинарная ответственность: доктринальные и практические аспекты // Вопросы трудового права. 2006. № 11. С. 43–46.
- Карпенко О.И. Специальная дисциплинарная ответственность работников железнодорожного транспорта // Трудовое право. 2003. № 1. С. 60–66.
- Карпенко О.И. Дисциплинарная ответственность работника в трудовом праве: понятие и виды: дис... канд. юрид. наук. М., 2003. 166 с.
- Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. Гладков Н.Г., Снигирева И.О. М.: Профиздат, 2011. 1168 с.
- Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / И.А. Воробьев, Н.М. Исаева, А.В. Кирилин и др. / под общ. ред. В.И. Шкатуллы. 6-е изд., перераб. М: Норма, 2009. 1104 с.
- Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. 2-е изд., доп. М.: Городец, 2007. 736 с.
- Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. 5-е изд., испр., доп. и перераб. / отв. ред. Ю.П. Орловский. М.: Инфра-М, 2009. 1500 с.
- Орловский Ю.П., Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. Трудовое законодательство: актуальные вопросы, комментарии, разъяснения / под общ. ред. Ю.П. Орловского. М.: Юрайт, 2013. 575 с.
- Самойлов В.Г. Дисциплинарная ответственность в трудовом праве: общая и специальная: дис... канд. юрид. наук. М., 2006. 177 с.
- Трудовое право: учеб. / В.Л. Гейхман, И.К.Дмитриева. 2-е изд., испр, дополн. М.: Юрайт, 2012. 520 с.
- Трудовое право: учеб. в 2-х тт. / отв. ред. Ю.П. Орловский. Сост. Е.С. Герасимова. Т. 2. М.: Юрайт, 2014. 556 с.
- Филиппова М.Ю. Правовое регулирование дисциплины труда работников железнодорожного транспорта Российской Федерации: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. 26 с.

Special Disciplinary Liability: Problems of Modern Legal Regulation



Mariya R. Yakhina

Postgraduate Student, Department of Labor Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: mariay@mail.ru



Abstract

The author analyzes a range of views on establishing a concept of special disciplinary liability. Special regulatory acts on the issues of special disciplinary liability are studied. The attention is drawn to the lack of a unified statutory act on the legal regulation of labor discipline. The issue of disciplinary

measure types and their examination in relation to special disciplinary liability has been touched upon. Besides, the paper examines the issue of the possibility of disciplinary actions for special actors for making a violation after working time. The author proposes to classify the cases of a special disciplinary liability action by the activities of employees (not on the specification due to the sectors of economy) and specifies five groups. The paper analyzes the concepts of special disciplinary liability proposed by legal academics and shows the necessity to develop this academic concept. The author proposes a definition of special disciplinary liability understood as a liability of the employee for a misconduct related to the specifics of their work performed function stipulated by federal laws, statutes and legal acts on discipline. The author proposes to fix a disciplinary sanction for a period of two years. Its extension will make the employee disciplined to prevent him from committing further misconduct. It is proposed to fix a special disciplinary liability the employees of underground transport system. The circumstance is determined by significant differences in job duties for underground and railway system. The article notes the need to adopt a list of positions that are subject to special statutory acts, such as the charter of discipline of employees of the organizations maintaining high radiation hazardous and nuclear hazardous production. It is proposed to develop specific statutory act on special disciplinary liability in medicine. The author stresses that it is necessary to expand the list of employees on a special disciplinary liability. This would improve the efficiency of performance of employment duties.



Keywords

general disciplinary liability; special disciplinary liability; criteria of differentiation of the special disciplinary liability and general disciplinary liability; misconduct; disciplinary penalty; statutes of discipline.

Citation: Yakhina M.R. (2015) *Special Disciplinary Liability: Problems of Modern Legal Regulation*. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 92–102 (in Russian).



References

- Avilin S.V. (1989) *Ustav o distsipline — odna iz pravovykh form regulirovaniya vnutrennego trudovogo rasporyadka: (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)*. [Discipline Charters as a Legal Form Internal Labor Regulation (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 22 p. (in Russian)
- Buyanova M.O., Smirnov O. V. (2013) *Trudovoe pravo. Uchebnik dlya bakalavrov* [Labor Law. Textbook for Bachelor Students]. Moscow: RG-Press, 496 p. (in Russian)
- Ermicheva N.G. (1977) *Distsiplinarnaya otvetstvennost' rabotnikov zheleznodorozhnogo transporta SSSR (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)*. [Disciplinary Liability of the USSR Railway Employees (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Leningrad, 19 p. (in Russian)
- Filippova M.Yu. (2009) *Pravovoe regulirovanie distsipliny truda rabotnikov zheleznodorozhnogo transporta Rossiyskoy Federatsii (Avtoref. diss. Kand. Jurid. Nauk)*. [Legal Regulation of Labor Discipline for Railway Employees (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 26 p. (in Russian)
- Geykhman V.L. Dmitrieva I.K. (2012) *Trudovoe pravo: uchebnik dlya bakalavrov* [Labour Law: Textbook for Bachelors]. Moscow: Yurait, 520 p. (in Russian)
- Gladkov N.G., Snigireva I.O. (eds.) (2011) *Kommentariy k Trudovomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii*. [Commentary to Russian Federation Labor Code]. Moscow: Profizdat, 1168 p. (in Russian)
- Karpenko O.I. (2012) *Distsiplina truda — neobkhodimoe uslovie povysheniya kachestva truda rabotnika* [Labor Discipline — a Prerequisite to Increase Quality of Labor among Employees]. Yu. P. Orlovskiy (ed.) *Aktual'nye problemy trudovogo zakonodatel'stva v usloviyakh modernizatsii ekonomiki* [Problems of Labor Legislation in Modern Economy]. Moscow: Yustitsinform, pp. 148–159.
- Karpenko O.I. (2006) *Distsiplinarnaya otvetstvennost': doktrinal'nye i prakticheskie aspekty* [Disciplinary Liability: Doctrinal and Practical Aspects]. *Voprosy trudovogo prava*, no 11, pp. 43–46.
- Karpenko O.I. (2003) *Spetsial'naya distsiplinarnaya otvetstvennost' rabotnikov zheleznodorozhnogo transporta* [Special Disciplinary Liability of Railway Employees]. *Trudovoe pravo*, no 1, pp. 60–66.
- Karpenko O.I. (2003) *Distsiplinarnaya otvetstvennost' rabotnika v trudovom prave: ponyatie i vidy: (Diss. Kand. Jurid. Nauk)*. [Disciplinary Liability of Employee in Labor Law: Concepts and Types (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 166 p. (in Russian)

Kurennoy A.M., Mavrin S.P., Khokhlov E.B. (eds.) (2007) *Kommentariy k Trudovomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to Russian Federation Labor Code]. Moscow: Gorodets, 736 p. (in Russian)

Orlovskiy Yu.P. (ed.) (2009) *Kommentariy k Trudovomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Commentary to Russian Federation Labor Code]. Moscow: Infra-M, 1500 p. (in Russian)

Orlovskiy Yu.P., Nurtdinova A.F., Chikanova L.A. (eds.) (2013) *Trudovoe zakonodatel'stvo: aktual'nye voprosy, kommentarii, raz'yasneniya* [Labor Law: Topical Problems, Commentaries, Explanations]. Moscow: Yurait, 575 p. (in Russian)

Orlovskiy Yu.P. (ed.) (2014) *Trudovoe pravo: uchebnik. V 2 tt.* [Labor Law. Textbook in 2 vols.]. Moscow: Yurait, 556 p. (in Russian)

Samoylov V.G. (2006) *Distsiplinarnaya otvetstvennost' v trudovom prave: obshchaya i spetsial'naya* (*Diss. Kand. Jurid. Nauk*). [Disciplinary Liability in Labour Law: General and Particular (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 177 p. (in Russian)

Vorob'ev I.A., Isaeva N.M., Kirilin A.V., Shkatuly V.I. (eds.) (2009) *Kommentariy k Trudovomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii (postateynyi)* [Commentary to Russian Federation Labor Code: Article by Article]. Moscow: Norma, 1104 p. (in Russian)

Zaytseva O.B. (2007) *Distsiplinarnaya otvetstvennost' rabotnikov zheleznodorozhnogo transporta* [Disciplinary Liability of the USSR Railway Employees]. *Spravochnik kadrovika*.

URL: <http://hr-portal.ru/article/distsiplinarnaya-otvetstvennost-rabotnikov-zheleznodorozhnogo-transporta> (accessed December 9, 2014).

Требования к участникам закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд: законодательные новеллы



Л.Л. Сюкияйнен

аспирантка кафедры предпринимательского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: lls1988@mail.ru, lika.sykiainen@castren.ru



Аннотация

В статье анализируется обоснованность новых требований к участникам закупочных процедур, установленных Федеральным законом от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Проведено сравнение с ранее действовавшими требованиями, установленными Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд». Законом № 44-ФЗ установлены обязательные и дополнительные требования. Отдельно проанализировано каждое новое обязательное требование к участникам. Автором проведен анализ возможности подтверждения соответствия на практике новым требованиям, оценена судебная и административная практика по вопросу обоснованности установки обязательных и дополнительных требований. Выявлено, что дополнительные требования признавались неправомерными, если они не были обоснованы и не влияли на существо правоотношений. При этом отсутствие обязательных требований в конкурсной документации является незаконным. Проведен анализ соотношения новых требований к участникам в свете введения в Трудовой кодекс Российской Федерации ст. 19.1, в соответствии с которой введен формальный запрет на заключение работодателями гражданско-правовых договоров при наличии фактически трудовых отношений с исполнителями. Проанализированы новые статьи Кодекса об административных правонарушениях, в частности, ч. 2 ст. 5.27, а также ч. 4 ст. 5.27, вступившие в силу с 1 января 2015 г. Указаны риски и последствия для участников в случае несоответствия требованиям. Автор приходит к следующим выводам: установление новых требований к участникам закупочных процедур не всегда представляется обоснованным, особенно учитывая наличие у заказчика более широких полномочий в сфере расторжения контракта с поставщиком при несоблюдении им требований. Некоторые требования нуждаются в более точной законодательной формулировке, поскольку эффективная практика их реализации в нынешнем виде остается под вопросом.



Ключевые слова

государственный заказ, требования к участникам, конкурс, поставка товаров, контрактная система, закупка товаров, работ, услуг; обеспечение государственных и муниципальных нужд.

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Л. Требования к участникам закупок для обеспечения государственных и муниципальных нужд: законодательные новеллы // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 103–111.

JEL: K1; УДК: 346

Федеральный закон «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» от 5 апреля 2013 г. № 44-ФЗ (далее — ФЗ № 44), вступивший в силу 1 января 2014 г., установил новые требования к участникам закупочных процедур. Следует иметь в виду, что дата начала действия указанного закона была предусмотрена в п. 1 ст. 114 ФЗ № 44, хотя сам он был опубликован еще 8 апреля 2013 г.¹ Из-за значительного временного разрыва между опубликованием и вступлением в силу отдельные предусмотренные в ФЗ № 44 требования утратили силу до начала его действия, а другие подверглись изменениям. Такие нововведения требуют правовой оценки и анализа их возможного пересмотра. Прежде всего, это касается требований, предъявляемых к потенциальным поставщикам.

Указанные требования ФЗ № 44 разделяет на две группы — обязательные и дополнительные. Единые условия применяются для всех форм закупок и устанавливаются в виде закрытого перечня (ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44). К ним, в частности, относятся новые требования, которые не предусматривались в ранее действовавшем Федеральном законе от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее — ФЗ № 94).

В числе единых требований, предъявляемых к участникам закупочных процедур, закон выделяет *отсутствие у участника закупки — физического лица либо у руководителя, членов коллегиального исполнительного органа или главного бухгалтера юридического лица — участника закупки судимости за преступления в сфере экономики (за исключением лиц, у которых такая судимость погашена или снята)*. Данное требование включают также неприменение в отношении указанных физических лиц наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, которые связаны с поставкой товара, выполнением работы, оказанием услуги, являющихся объектом осуществляемой закупки, и административного наказания в виде дисквалификации (п. 7 ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44).

Законодательное введение данного требования представляется спорным. Очевидно, оно целесообразно в тех случаях, когда для удовлетворения государственных (муниципальных) нужд личность потенциального исполнителя услуг является определяющей. Так, при проведении аудита проверка контрагента на наличие судимости в сфере экономики выглядит вполне уместной. В то же время не совсем понятно, почему законодатель сузил данное требование указанием на судимость лишь в сфере экономики и поставки товаров.

В порядке сравнения напомним, что ст. 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ) закрепляет ограничения на занятие трудовой деятельностью в сфере образования, воспитания, развития несовершеннолетних, организации их отдыха и оздоровления, медицинского обеспечения, социальной защиты и социального обслуживания, в сфере детско-юношеского спорта, культуры и искусства с участием несовершеннолетних. Они касаются лиц, имеющих или имевших судимость, подвергающихся или подвергавшихся уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления против жизни и здоровья, свободы, чести и достоинства личности (за исключением незаконного помещения в психиатрический стационар, клеветы и оскорбления), половой неприкосновенности и половой свободы личности, против семьи и несовершеннолетних, здоровья населения и общественной нравственности, ос-

¹ СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

нов конституционного строя и безопасности государства, а также против общественной безопасности².

На наш взгляд, для определения исполнителя услуг в сфере организации отдыха для несовершеннолетних (например, детского лагеря) целесообразно проверить, не имеет ли контрагент судимости не только в соответствии с установленными ФЗ № 44 критериями, но и по вышеприведенным основаниям. Следует также иметь в виду, что соблюдение предусмотренных в п. 7 ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44 требований лишь декларируется, но его документального подтверждения закон не требует. При этом он не раскрывает содержания и форм указанной декларации. Скорее всего, под ней понимается предоставляемое участником процедуры закупки письменное подтверждение, гарантирующее его соответствие требованиям конкурсной документации. Комиссия по осуществлению закупок не вправе возлагать на участников закупок обязанность подтверждать соответствие указанным требованиям, но может проверить их самостоятельно (ст. 8 ФЗ № 44).

Следует, однако, иметь в виду еще одно важное обстоятельство. Выдача справок о наличии (отсутствии) судимости и (или) факта уголовного преследования либо о прекращении уголовного преследования регулируется Административным регламентом МВД «По предоставлению государственной услуги по выдаче справок о наличии (отсутствии) судимости и (или) факта уголовного преследования либо о прекращении уголовного преследования» (утв. приказом МВД России от 07.11.2011 № 1121). Согласно п. 2.2. данного документа заявителями могут быть граждане Российской Федерации, иностранные граждане, лица без гражданства либо их уполномоченные представители. Соответствующие справки выдает ФКУ «ГИАЦ МВД России» в течение 30 дней с момента обращения³.

Таким образом, комиссия по осуществлению закупок не вправе обратиться за получением соответствующей справки, поскольку ее может получить только сам заявитель-гражданин. Однако требование предъявить такую справку в составе заявки на участие в процедуре закупки не предусмотрено, поскольку соответствие данному требованию лишь декларируется. Получается, что ФЗ № 44 устанавливает требование, соответствие которому только декларируется, но проверить его фактическое выполнение комиссия по осуществлению закупок не в состоянии⁴. Кроме того, представляется спорным предъявляемое к потенциальным поставщикам требование, касающееся отсутствия наказания в виде дисквалификации руководителя организации, ее главного бухгалтера и членов коллегиального исполнительного органа. Это связано с тем, что процедура и основания наложения данной ответственности с недавнего времени изменились.

Одновременно со вступлением в силу ФЗ № 44 начала действовать ст. 19.1. ТК РФ, которая ввела формальный запрет на заключение работодателями гражданско-правовых договоров при наличии фактически трудовых отношений с исполнителями⁵. Признание отношений фактически трудовыми до 1 января 2014 г. входило в исключительную компетенцию суда. Теперь аналогичными полномочиями обладает и трудовая инспекция.

² См. об этом: Пресняков М. Ограничения на работу с детьми: новеллы действующего законодательства // Трудовое право. 2013. № 2. С. 41–57; № 3. С. 39–56.

³ Куролес И. Когда нужна справка об отсутствии судимости // Кадровая служба и управление персоналом предприятия. 2013. № 12. С. 10–18.

⁴ См.: <http://narodiossii.ru/?p=5737> (дата обращения: 10.10.2014)

⁵ См. об этом: Облезова А. Гражданский и трудовой договоры: найдите 10 отличий // Кадровик.ру: электрон. журн. 2014. № 10 // URL: <http://www.kadrovik.ru> (дата обращения: 10.10.2014)

Стоит отметить, что гражданско-правовые договоры заключаются в большинстве организаций. В каждом случае, чтобы сделать вывод о том, являются ли отношения трудовыми, необходимо проанализировать характер выполняемой исполнителем работы. Зачастую сотрудники трудовой инспекции не вдаются в детали отношений между работодателями и исполнителями, особенно в тех случаях, когда выполняется внеплановая проверка по жалобе работника-заявителя. Однако в соответствии с ч. 2 ст. 5.27, а также ч. 4 ст. 5.27 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (далее — КоАП РФ), вступившей в силу с 1 января 2015 г., при повторном нарушении порядка оформления трудовых отношений генеральный директор организации может быть подвергнут дисквалификации⁶. В связи с этим стоит задаться вопросом, действительно ли предусмотренное ФЗ № 44 требование к участникам закупочных процедур может гарантировать качество товаров или услуг.

Привлекает внимание еще одно положение ФЗ № 44, которое *первоначально предусматривало подтверждение правомочности участника закупки заключать контракт* (пп. 2 ч. 1 ст. 31). Однако данное требование просуществовало немногим более полугода с момента вступления в силу указанного акта, утратив силу 4 июня 2014 г. До этого времени было необходимо документально подтверждать наличие соответствующей правомочности. Очевидно, под ней имелась в виду гражданская правосубъектность участника закупки. Так, документами, подтверждающими правоспособность, в частности, могли быть выписка из Единого государственного реестра юридических лиц (ЕГРЮЛ), свидетельство о государственной регистрации юридического лица и свидетельство о постановке на учет в налоговом органе, устав, лицензия, свидетельство о членстве в саморегулируемой организации (СРО). Кроме того, подтверждением дееспособности могла служить доверенность на уполномоченное лицо, либо иное подтверждение полномочий представителя организации.

В ст. 51 ФЗ № 44 при перечислении сведений и документов, необходимых для подачи заявки в открытом конкурсе, отдельно указана выписка из ЕГРЮЛ и одновременно упомянуто подтверждение полномочий представителя. Иначе говоря, оставалось неясным, что имел в виду законодатель под термином «правомочность» и как следовало оценивать полноту подтверждения соответствия указанному требованию⁷. Возможно, именно из-за такой неопределенности данное требование было исключено из списка обязательных условий, предъявляемых к участнику закупок.

Следует отметить еще одно вызывающее вопросы положение ФЗ № 44 относительно предъявляемых к поставщикам требований. К ним указанный акт первоначально относил *отсутствие в реестре недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) информации об участнике закупки — юридическом лице, в том числе такой информации об учредителях, о членах коллегиального исполнительного органа, лице, исполняющем функции единоличного исполнительного органа участника закупки* (п. 6 ч. 1 ст. 31). Данное требование как обязательное утратило силу 28 декабря 2013 г., т.е. еще до вступления в силу ФЗ № 44. С этого момента, согласно ч. 1.1. ст. 31 ФЗ № 44, заказчик лишь *вправе* установить требование об отсутствии в реестре недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) информации об участнике закупки, в том числе информации об учредителях, о членах коллегиального исполнительного органа,

⁶ Чаевцев Ю. Нарушение трудового законодательства как способ остаться без работы: дисквалификация руководителя организации // Трудовое право. 2014. № 2. С. 73–79.

⁷ Чемерисов М.В. Консультация эксперта 2014 // СПС Консультант Плюс // URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=QUEST;n=141938> (дата обращения: 14.04.2015).

лице, исполняющем функции единоличного исполнительного органа участника закупки — юридического лица. Кстати, возможность, но не обязательность данного требования была также установлена ранее действовавшим ФЗ № 94⁸. В судебно-арбитражной практике не первый год не утихает дискуссия при попытке найти ответ на следующий вопрос: имеет ли право контролирующий орган вносить данные в реестр недобросовестных поставщиков о поставщике, если вина в его действиях не установлена? И должна ли вообще устанавливаться вина поставщика контролирующим органом?⁹

В соответствии с п. 11 Правил ведения реестра недобросовестных поставщиков (подрядчиков, исполнителей) уполномоченный орган осуществляет проверку информации и документов на наличие фактов (уклонение от заключения контракта, расторжение контракта), подтверждающих недобросовестность поставщика (подрядчика, исполнителя), в течение 10 рабочих дней с даты их поступления. Таким образом, данный реестр ведется в целях выявления недобросовестных лиц. Соответственно, отсутствие лица в данном реестре является подтверждением его добросовестности. Важно подчеркнуть, что ФЗ № 44 не требует от участника закупок документального подтверждения соответствия отмеченному требованию. Ему необходимо лишь декларировать данный факт.

ФЗ № 44, в отличие от п. 2 ч. 2 ст. 11 ФЗ № 94, предусматривает предоставление информации не только об участнике закупки — юридическом лице, но и об учредителях, о членах коллегиального исполнительного органа, лице, исполняющем функции единоличного исполнительного органа участника закупки. Учредителями общества являются граждане и (или) юридические лица, принявшие решение о его учреждении (п. 1 ст. 10 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»). При этом к моменту подачи заявки на участие в закупочной процедуре учредитель уже может не входить в состав общества. Таким образом, целесообразность введения данного требования вызывает сомнения.

Обращает на себя внимание и иное положение ФЗ № 44 — *обладание участником закупки исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности, если в связи с исполнением контракта заказчик приобретает права на такие результаты, за исключением случаев заключения контрактов на создание произведений литературы или искусства, исполнения, на финансирование проката или показа национального фильма* (п. 8 ч. 1 ст. 31). Ранее данное требование не относилось к числу обязательных и устанавливалось лишь по усмотрению заказчика (п. 1 ч. 2 ст. 11 ФЗ № 94). Теперь данное условие является обязательным и соответствие ему участник закупочных процедур должен декларировать.

Кроме того, к числу обязательных требований к поставщику п. 9 ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44 относит *отсутствие между участником закупки и заказчиком конфликта интересов*. Соответствие данному условию необходимо декларировать. Стоит отметить, что состав данного требования полностью определен п. 9 ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44 и не может быть подвергнут расширительному толкованию. Так, если заместитель руководителя контрактной службы заказчика состоит в браке с генеральным директором общества-заявителя, конкурсная комиссия не вправе отклонить заявку в связи с наличием конфликта интересов. Дело в том, что должность заместителя руководителя контрактной службы ука-

⁸ См. об этом: Мусабирова Д.А. Категория «недобросовестность» в законодательстве о размещении заказов на поставку товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд // Финансовое право. 2014. № 5. С. 3–8.

⁹ Чваненко Д.А. Правовая природа реестра недобросовестных поставщиков // Юрист. 2014. № 24. С. 22–26.

занной нормой не предусмотрена, и рассматриваемый случай не признается конфликтом интересов в понятии ФЗ № 44¹⁰.

Таким образом, соответствие требованиям, указанным в пп. 3–9 ч. 1 ст. 31 ФЗ № 44, участники закупочных процедур должны только декларировать. Заказчик обязан включать обязательные требования, предъявляемые к потенциальным поставщикам, в состав конкурсной документации. Отсутствие таких требований в конкурсной документации является незаконным (см. например, Решение Ярославского УФАС России от 26.05.2014 по делу № 05-02/150Ж-14). Отсутствие декларации соответствия требованиям является основанием для отклонения заявки участника (см. напр., решение Новосибирского УФАС России от 07.04.2014 № 08-01-95).

Что касается дополнительных требований, то они применяются в случае необходимости проведения предквалификационного отбора, т.е. в двухэтапных закупках и с ограниченным участием. В соответствии с ч. 2 ст. 31 ФЗ № 44 они включают наличие, в том числе:

- финансовых ресурсов для исполнения контракта;
- оборудования и других материальных ресурсов для исполнения контракта на праве собственности или ином законном основании;
- опыта работы, связанного с предметом контракта, и деловой репутации;
- необходимого количества специалистов и иных работников определенного уровня квалификации для исполнения контракта.

Дополнительные требования и перечень документов, которые подтверждают соответствие поставщиков, устанавливается Правительством РФ. Так, с 1 января 2014 г. действует Постановление Правительства РФ от 28 ноября 2013 г. № 1089 «Об условиях проведения процедуры конкурса с ограниченным участием при закупке товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Оно применяется вместе с «Дополнительными требованиями, предъявляемые к участникам закупки отдельных товаров, работ, услуг, которые по причине их технической и (или) технологической сложности, инновационного, высокотехнологичного или специализированного характера способны поставить, выполнить, оказать только поставщики (подрядчики, исполнители), имеющие необходимый уровень квалификации». Случаи установления дополнительных требований требуют детального законодательного закрепления, так как на практике зачастую возникают споры, связанные с правомерностью установления их заказчиком. При их рассмотрении ФАС и арбитражные суды решали вопрос о правомерности их установления и отказа в допуске к участию.

Дополнительные требования признавались неправомерными, если они не были обоснованы и не влияли на существо правоотношений. В частности, судебная практика по установлению требования к участникам размещения заказа иметь свидетельство СРО о допуске к работам по организации строительства противоречива¹¹. Так, в решении ФАС России от 27.05.2011 по делу № К-1014/11 сделан следующий вывод: «Установление требований о представлении свидетельства о допуске к отдельным видам работ не соответствуют ч. 5 ст. 48 и ч. 3.1 ст. 52 Градостроительного кодекса РФ и являются нарушением ч. 4 ст. 11 Закона № 94-ФЗ». Аналогичный вывод содержится в решении ФАС России от

¹⁰ Долгополов П.С. Консультация эксперта // СПС Консультант Плюс // URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=QUEST;n=138220> (дата обращения: 14.04.2015).

¹¹ См. об этом: Путеводитель по спорам в сфере госзаказа. Установление требования о наличии у участника свидетельства СРО о допуске к конкретным видам работ и отказ в допуске к торгам на основании несоответствия данному требованию // СПС Консультант Плюс (дата обращения: 13.04.2015).

18.01.2011 по делу № К-66/11. В постановлении ФАС Поволжского округа от 11.07.2012 по делу № А06-7459/2011 сказано: «Аукционная документация должна была содержать требование о его представлении свидетельства независимо от того, намерен подрядчик выполнить строительные работы с привлечением других лиц или самостоятельно».

Последствия несоответствия участников закупки требованиям изложены в ч. 9 ст. 31 ФЗ № 44: при выявлении несоответствия (или предоставления недостоверных данных о соответствии) отстранение участника закупки от участия в определении контрагента или отказ от заключения контракта с победителем определения контрагента осуществляется *в любой момент до заключения контракта*. Кроме того, в соответствии с новой нормой заказчик обязан принять решение об одностороннем отказе от исполнения контракта, если в ходе исполнения контракта установлено, что: 1) поставщик (подрядчик, исполнитель) не соответствует установленным извещением о проведении запроса котировок, документацией о закупке требованиям к участникам закупки, или 2) предоставил недостоверную информацию о своем соответствии таким требованиям, что позволило ему стать победителем определения поставщика (подрядчика, исполнителя)¹².

На практике трудно представить ситуацию, когда поставщик, с которым уже заключен контракт, не будет фактически соответствовать требованиям при условии предоставления им достоверной информации. Скорее всего, имеется в виду ошибочный допуск участника к конкурсной процедуре, т.е. фактически незаконные действия заказчика в рамках процедуры определения круга участников.

Таким образом, установление новых требований к участникам закупочных процедур не всегда является обоснованным, особенно учитывая, что у заказчика появилось более широкие по сравнению с предусмотренными ФЗ № 94 полномочия в сфере расторжения контракта с поставщиком при несоблюдении им требований. Кроме того, некоторые требования нуждаются в более точной законодательной формулировке, поскольку эффективная практика их реализации в нынешнем виде остается под вопросом.



Библиография

Беляева О. Контрактная система: каких изменений ожидать в 2015 году? // Конкуренция и право. 2014. № 6. С. 43 — 45.

Борисов А.Н., Трефилова Т.Н. Комментарий к Федеральному закону «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (постатейный). 2-е изд., перераб. и доп. М.: Деловой двор, 2014. 664 с.

Бутнев В.В. Механизм защиты субъективных прав // Lex russica. 2014. № 3. С. 274–283.

Виноградова П.А. Правовой статус участников контрактной системы // СПС Консультант Плюс.

Долгополов П.С. Консультация эксперта // СПС Консультант Плюс.

Куролес И. Когда нужна справка об отсутствии судимости // Кадровая служба и управление персоналом предприятия. 2013. № 12. С. 10–18.

Лобов А.Ю. Сравнительная характеристика Закона о размещении заказов и Закона о контрактной системе // СПС Консультант Плюс.

Мусабилова Д.А. Категория «недобросовестность» в законодательстве о размещении заказов на поставку товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных и муниципальных нужд // Финансовое право. 2014. № 5. С. 3–8.

Облезова А. Гражданский и трудовой договоры: найдите 10 отличий // Кадровик.ру: электронный журнал. 2014. № 10 // URL: <http://www.kadrovik.ru> (дата обращения: 10.10.2014).

¹² Беляева О. Контрактная система: каких изменений ожидать в 2015 году? // Конкуренция и право. 2014. № 6. С. 43–45.

Пресняков М. Ограничения на работу с детьми: новеллы действующего законодательства // Трудовое право. 2013. № 2. С. 41–57.

Потрашков С. Судебные споры по государственным и муниципальным контрактам // Административное право. 2014. № 4. С. 65–69.

Трефилова Т.Н. Федеральные законы № 44-ФЗ и № 94-ФЗ: сравнительный аналитический обзор // СПС Консультант Плюс.

Чаевцев Ю. Нарушение трудового законодательства как способ остаться без работы: дисквалификация руководителя организации // Трудовое право. 2014. № 2. С. 73–79.

Чваненко Д.А. Правовая природа реестра недобросовестных поставщиков // Юрист. 2014. № 24. С. 22–26.

Чемерисов М.В. Консультация эксперта // СПС Консультант Плюс.

Requirements to the Participants of Public Procurements: Legal Amendments



Lika Syukiyaynen

Postgraduate Student, Department of Entrepreneurial Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: lls1988@mail.ru, lika.sykiainen@castren.ru



Abstract

This article examines the rationale of the new requirements to the participants of public procurements under the Federal Law *On the Contractual System in the Procurement of Goods, Works and Services for State and Municipal Needs* dated April 5, 2013 No. 44-FZ. Comparison with earlier existing requirements established by the Federal Law *On Placing Procurement Contracts on Goods, Works and Services for State and Municipal Needs* dated July 21, 2005 No. 94-FZ was carried out. Federal Law No. 44-FZ established obligatory and additional requirements. Each new obligatory requirement to participants was separately analyzed. The author examined the viability of the requirements. Judicial and administrative practice concerning obligatory and additional requirements has been taken into account. The paper revealed that additional requirements were ruled invalid if they were not necessary and did not influence legal relations. However, the absence of obligatory requirements to tender documentation is illegal. The analysis of new requirements to the participants in light of the introduction to the Russian Federation Labor Code Article 19.1 was carried out. As per Article 19.1 of the Russian Federation Labor Code the formal ban on making civil law contracts by employers who are involved in labor relations with performers. New articles of the Code of Administrative Offences of the Russian Federation were analyzed, especially Articles 5.27 part, 2 and 5.27 part 4, which came into force as of January 1, 2015. Risks and consequences for participants in case of discrepancy to requirements were specified. The author makes the following conclusions: establishment of new requirements to participants of public procurements are not always reasonable, especially considering the fact that public authorities have more powers in the sphere of the termination of the contract with the supplier due to the non-compliance with requirements. Some requirements need more accurate legislative wording as the efficient practice of the implementation remains inconsistent.



Keywords

state order, requirements for participants, tender, delivery of goods, contractual system, procurement of goods, works, services, state and municipal needs

Citation: Syukiyaynen L.L. Requirements to the Participants of Public Procurements: Legal Amendments. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 103–111 (in Russian).



References

- Belyaeva O. (2014) Kontrakt'naya sistema: kakikh izmeneniy ozhidat' v 2015 godu? [Contractual System: What Changes May Come?]. *Konkurentsia i pravo*, no 6, pp. 43–45.
- Borisov A.N., Trefilova T.N. (2014) *Kommentariy k Federal'nomu zakonu O kontrakt'noy sisteme v sfere zakupok tovarov, rabot, uslug dlya obespecheniya gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd (postateynyy)*. 2-e izd. [Commentaries to the Federal Law On the Contractual System in the Procurement of Goods, Works and Services for State and Municipal Needs. 2nd ed.]. Moscow: Delovoy dvor, 664 p. (in Russian)
- Butnev V.V. (2014) Mekhanizm zashchity sub"ektivnykh prav [Methods to Protect Subjective Rights]. *Lex russica*, no 3, pp. 274–283.
- Chaevtsev Yu. (2014) Narushenie trudovogo zakonodatel'stva kak sposob ostat'sya bez raboty: diskvalifikatsiya rukovoditelya organizatsii [Violating Labor Legislation as a Possibility to Lose Job: Disqualifying the Head in an Organization]. *Trudovoe pravo*, no 2, pp. 73–79.
- Chvanenko D.A. (2014) Pravovaya priroda reestra nedobrosovestnykh postavshchikov [Legal Nature of the Register for Unfair Suppliers]. *Yurist*, no 24, pp. 22–26.
- Chemerisov M.V. (2014) Konsul'tatsiya eksperta [Expert's Advice] // SPS Konsul'tant Plyus.
- Dolgopolov P.S. (2014) Konsul'tatsiya eksperta [Expert s Advice] // SPS KonsultantPlyus.
- Kuroles I. (2013) Kogda nuzhna spravka ob otsutstvii sudimosti [The Requirement to Submit the Certificate of no Criminal Record]. *Kadrovaya sluzhba i upravlenie personalom predpriyatiya*, no 12, pp. 10–18.
- Lobov A.Yu. Sravnitel'naya kharakteristika Zakona o razmeshchenii zakazov i Zakona o kontrakt'noy sisteme [Comparing the Law On Placing Orders and the Law On Contractual System]. SPS Konsul'tantPlyus.
- Musabirova D.A. (2014) Kategoriya «nedobrosovestnost'» v zakonodatel'stve o razmeshchenii zakazov na postavku tovarov, vypolnenii rabot, okazanii uslug dlya gosudarstvennykh i munitsipal'nykh nuzhd [The Category of Bad Practice in the Law On the Contractual System in the Procurement of Goods, Works and Services for State and Municipal Needs]. *Finansovoe pravo*, no 5, pp. 3–8.
- Oblezova A. (2014) Grazhdanskiy i trudovoy dogovory: naydite 10 otlichiy [Civil and Labor Agreements: Ten Differences]. *Kadrovik.ru: elektronnyi zhurnal*, no 10 // URL: <http://www.kadrovik.ru> (accessed: 10.10. 2014).
- Presnyakov M. (2013) Ogranicheniya na rabotu s det'mi: novelty deystvuyushchego zakonodatel'stva [Restrictions to the Work Involving the Activity with Children: Amendments to the Current Legislation]. *Trudovoe pravo*, no 2, pp. 41–57.
- Potrashkov S. (2014) Sudebnye spory po gosudarstvennym i munitsipal'nym kontraktam [Judicial Disputes on State and Municipal Contracts]. *Administrativnoe pravo*, no 4, pp. 65–69.
- Trefilova T.N. (2013) Federal'nye zakony № 44-FZ i № 94-FZ: sravnitel'nyy analiticheskiy obzor [Federal Laws № 44-FZ e № 94-FZ: Comparative Analysis Review] // SPS Konsul'tantPlyus.
- Vinogradova P.A. (2014) Pravovoy status uchastnikov kontrakt'noy sistemy [Legal Status of the Participants of Contractual System] // SPS Konsul'tantPlyus (in Russian)

О необходимости создания конституционных (уставных) судов в субъектах Российской Федерации



В.Б. Евдокимов

профессор, главный научный сотрудник НИИ Академии Генеральной прокуратуры РФ, доктор юридических наук. Адрес: 123022, Российская Федерация, Москва, 2-я Звенигородская ул., 15. E-mail: vevdokimov@iist.ru



Т.А. Тухватуллин

ведущий научный сотрудник НИИ Академии Генеральной прокуратуры РФ, кандидат юридических наук. Адрес: 123022, Российская Федерация, Москва, 2-я Звенигородская ул., 15. E-mail: timurthn@mail.ru



Аннотация

В статье на основе принципа разделения властей рассматривается институт судебного конституционного (уставного) контроля в субъектах Российской Федерации, а также правовые проблемы создания конституционных (уставных) судов. Несмотря на закрепление в конституциях (уставах) всех субъектов Федерации указанного принципа, а в некоторых из них — норм о конституционных (уставных) судах, до настоящего времени подобные органы конституционной (уставной) юстиции действуют только в 16 из 85 субъектов Российской Федерации. При этом в ряде российских регионов подобные суды ликвидированы или их действие приостановлено. Авторами представлен собственный взгляд на причины подобной негативной ситуации и на основе конституционно-правовых норм обосновано, что отсутствие в каждом субъекте Российской Федерации конституционного (уставного) суда лишает проживающих на его территории граждан важного и эффективного механизма защиты их прав и свобод. Необходимость учреждения конституционных (уставных) судов во всех российских регионах предопределена заложенным в ст. 45 и 46 Конституции Российской Федерации смыслом о гарантированности государством судебной защиты прав и свобод человека и гражданина посредством осуществления правосудия органами государственной власти субъектов Федерации. В статье критически оцениваются предлагаемые отдельными конституционалистами альтернативные механизмы осуществления конституционного (уставного) правосудия, включая передачу таких полномочий Конституционному Суду Российской Федерации, совмещение компетенции судов общей юрисдикции и конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, создание органов конституционной юстиции в рамках федеральных округов. Серьезным препятствием на пути создания системы регионального конституционного правосудия видится отсутствие в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации» нормы, закрепляющей обязательность органов судебной власти в субъектах Российской Федерации. Предлагается законодательно возложить на субъекты Федерации обязанность по созданию таких судов. Разделяя мнения специалистов о необходимости принятия федерального закона, направленного на регулирование вопросов организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Федерации, авторы отмечают, что целесообразно принять не отдельный федеральный закон, а внести в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» изменения, которые дополнят его положениями об основах деятельности таких судов, одновременно скорректировав его название.



Ключевые слова

принцип разделения властей, конституционная законность, конституционное правосудие, конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации, конституции и уставы субъектов Российской Федерации, защита прав и свобод человека.

Библиографическое описание: Евдокимов В.В., Тухватуллин Т.А. О необходимости создания конституционных (уставных) судов в субъектах российской федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 112–121.

JEL: K1; УДК: 342

Конституционное правосудие является важным естественным элементом любого современного правового государства и относится к тем стандартам демократии, которые признаны мировым сообществом. Судебный конституционный контроль, в первую очередь, направлен на реализацию государственного механизма защиты прав и свобод граждан. Развитие конституционного правосудия — важнейшая правовая гарантия конституционности Российской Федерации.

В нашей стране конституционное правосудие, исходя из федеративного устройства, предусматривающего дифференциацию публичной власти «по вертикали» и распределение властных полномочий между федеральным центром и субъектами федерации, осуществляется Конституционным Судом Российской Федерации, а также конституционными (уставными) судами субъектов. Органы конституционного правосудия, согласно закрепленному в ст. 10 Конституции Российской Федерации принципу разделения властей, относятся к судебной ветви государственной власти.

Конституционный Суд Российской Федерации в постановлении от 18.01.1996 № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края» подчеркивал, что «разделение властей закрепляется в качестве одной из основ конституционного строя для Российской Федерации в целом, т.е. не только для федерального уровня, но и для организации государственной власти в ее субъектах». Действие принципа разделения властей на региональном уровне закреплено и в Федеральном законе от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», где указывается «разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную в целях обеспечения сбалансированности полномочий и исключения сосредоточения всех полномочий или большей их части в ведении одного органа государственной власти либо должностного лица» (п. «д» ч. 1 ст. 1).

В настоящее время разделение властей и создание на этой основе конституционных (уставных) судов, являющихся одним из важнейших институтов региональной государственности, провозглашены в конституциях и уставах всех субъектов Российской Федерации¹. Вместе с тем конституционные (уставные) суды действуют только в 16 из

¹ Однако можно привести пример исключения судебной власти из триады государственных властей на субъектном уровне. Так, глава 6 «Судебная власть в Усть-Ордынском Бурятском автономном округе» была исключена из Устава округа Законом Усть-Ордынского Бурятского автономного округа от 15.11.2004 № 31-ОЗ.

85 субъектов РФ². Более того, в последнее время в некоторых российских регионах созданные конституционные (уставные) суды упразднены или их деятельность приостановлена. Так, в Республике Бурятия 14.11.2013 принят закон, в соответствии с которым с 1 января 2014 г. до 31 декабря 2016 г. приостановлено действие Конституционного суда Республики. Подобное решение мотивировано дефицитом в бюджете³. Приостановление законов, точнее, их «консервация», об образовании и деятельности уставных судов имеет место в Курганской, Самарской областях, Ханты-Мансийском автономном округе. В Тюменской области действие областного закона «Об Уставном суде Тюменской области» было приостановлено еще в январе 2001 г. Уставный суд Челябинской области на основании Закона области от 23 октября 2014 г. упразднен, причиной его «ликвидации» названа ежегодная экономия 30–40 млн. руб. средств областного бюджета⁴.

Единственным субъектом РФ, принявшим в последнее время решение об учреждении уставного суда, стала Иркутская область⁵. Законом области от 30.05.2014 в Устав области включены положения, относящие Уставный Суд к органам государственной власти области, введена специальная глава «Основы статуса Уставного Суда Иркутской области»⁶.

Специалисты, занимающиеся указанной «судебной» проблематикой, справедливо отмечают, что нарушение принципа разделения властей на региональном уровне по причине отсутствия судебных органов конституционного (уставного) контроля противоречит основам конституционного строя Российской Федерации. Создание и деятельность конституционного (уставного) суда в субъекте Российской Федерации придает законченный смысл принципу разделения властей⁷.

В основных законах новых субъектов Российской Федерации — Конституции Республики Крым и Уставе города федерального значения Севастополя, несмотря на закрепление в них принципа разделения властей, не предусмотрены органы конституци-

² По состоянию на 01.02.2015 конституционные (уставные) суды действовали в республиках Адыгея, Башкортостан, Дагестан, Ингушетия, Карелия, Коми, Марий Эл, Саха (Якутия), Северная Осетия-Алания, Татарстан, Тыва, Кабардино-Балкарской Республике, Чеченской Республике, Калининградской и Свердловской областях, а также в г. Санкт-Петербурге.

³ Как бурятские законодатели «обанкротили» Конституционный суд // <http://kprf.ru/dep/gosduma/activities/127218.html> (дата обращения: 17.02.2015). В Ямало-Ненецком автономном округе внесенный в Законодательное Собрание округа проект закона «Об Уставном суде Ямало-Ненецкого автономного округа» не был поддержан постановлением регионального представительного органа власти от 16.04.2014.

⁴ См.: Роскошь правосудия. В Челябинской области из экономии ликвидирован Уставный суд региона // Российская газета. 2014. 26 февраля.

⁵ Следует отметить, что Законом Иркутской области от 01.06.2000 № 32-ОЗ «Об Уставном суде Иркутской области» было предусмотрено учреждение Уставного суда области. Однако Законом области от 02.07.2006 № 26-ОЗ указанный Закон «Об Уставном суде Иркутской области» признан утратившим силу.

⁶ Губернатором области 28.11.2014 подписан Закон области «Об уставном суде Иркутской области», который вступил в силу 01.01.2015. Закон опубликован 01.12.2014 в газете «Областная» // <http://www.ogirk.ru/news/2014-12-01/48994.html> (дата обращения 17.02.2015).

⁷ См., напр.: *Хабриева Т.Я.* Конституционные (уставные) суды субъектов Российской Федерации: проблемы компетенции / Проблемы образования и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. Материалы Всероссийского совещания (Москва, 24.12.1999) / под ред. М.А. Митюкова. М.: Формула права, 2000. С. 47; *Митюков М.А.* О проблемах создания и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации / Проблемы образования и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации. С. 14.

онной (уставной) юстиции, что свидетельствует о неполноте ветвей государственной власти. Важно отметить, что в ситуации, связанной с процессом интеграции этих новых субъектов Российской Федерации в российское правовое пространство и формирования регионального законодательства, действующий орган конституционного (уставного) контроля в названных регионах был бы как нельзя «кстати».

Приведенные материалы свидетельствуют, что законодательная и исполнительная власть большинства субъектов Российской Федерации не считает необходимым создание в своих регионах конституционных (уставных) судов. Это обстоятельство имеет несколько объяснений, среди них — финансово-материальные проблемы, недостаточная методическая помощь со стороны федеральных властных и научных центров, отсутствие соответствующего «добротного» модельного закона, наличие у региональных властей сильных предубеждений против целесообразности создания конституционных (уставных) судов⁸. Среди иных причин можно отметить отсутствие особой заинтересованности федерального центра в решении данной проблемы, включая вопросы компетенции конституционных (уставных) судов и статуса их судей⁹.

Разделяя во многом вышеприведенные позиции, отметим, что основной причиной складывающейся негативной ситуации с проблемой формирования в регионах конституционных (уставных) судов является «нежелание» органов государственной власти субъектов Российской Федерации создавать на своей территории независимый контрольный орган, обладающий полномочиями признавать принятые ими нормативные правовые акты незаконными, недействующими.

Указанное основание, на наш взгляд, явилось главной причиной незавершенности в ряде российских регионов процесса создания судебных органов конституционного (уставного) контроля. В этих регионах, несмотря на наличие в конституциях (уставах) норм о таких органах и даже принятие и действие (!) специальных законов о них, конституционные (уставные) суды до настоящего времени так и не созданы. Создание конституционных (уставных) судов предусмотрено в конституциях (уставах) 56 субъектов РФ, в 24 из них приняты законы об этих судах. Например, Закон города Москвы от 13.02.2002 «Об Уставном суде города Москвы», закон Московской области от 26.09.2006 «Об Уставном суде Московской области». Более того, депутатами законодательных (представительных) органов власти этих субъектов в законы об уставных судах (города Москвы¹⁰, Московской области¹¹) периодически вносятся изменения, направленные на приведение их положений в соответствие с меняющимся федеральным законодательством. Однако указанные суды до сих пор не образованы.

На основе такой «статистики» можно высказать предположение, что в большинстве субъектов Российской Федерации, например, по вопросам их исключительной компетенции, принимается массив законов, которые на предмет их соответствия конституции (уставу) субъектов Федерации никем не проверяются. Таким образом, изначально допускается, что в этих субъектах Российской Федерации могут действовать неконсти-

⁸ Последнюю причину в настоящее время мы бы поставили на первое место (прим. авторов).

⁹ Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики. М.: Городец, 2001. С. 50.

¹⁰ Закон г. Москвы от 04.04.2012 № 7 «О внесении изменений в отдельные законы города Москвы в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции».

¹¹ Закон Московской области от 17.05.2007 № 61/2007-ОЗ (ред. от 30.10.2007) «О внесении изменений в некоторые Законы Московской области в части уточнения требований к лицам, замещающим государственные должности Московской области».

туционные законы. Кроме того, в отношении тех субъектов Российской Федерации, конституции (уставы) которых предусматривают учреждение конституционных (уставных) судов, но такие суды в течение длительного времени не образованы, есть основания говорить о нарушении законодательными и исполнительными органами государственной власти соответствующих субъектов основного закона субъекта (конституции или устава). Это дает основания для принятия мер прокурорского реагирования¹².

Подчеркнем еще раз важность и необходимость регионального конституционного (уставного) контроля. Во-первых, основными задачами конституционных (уставных) судов субъектов Федерации является обеспечение конституционной законности, реализуемое через правовую охрану их учредительных актов — конституций (уставов) и обеспечение их высшей юридической силы в системе региональных нормативных правовых актов, относящихся к исключительному ведению самих субъектов Федерации. Во-вторых, посредством конституционного (уставного) судопроизводства в субъектах Федерации граждане получают дополнительную защиту своих прав и свобод¹³.

Таким образом, создание в субъектах Российской Федерации конституционных (уставных) судов необходимо для обеспечения реализации закрепленных ст. 45 и 46 Конституции Российской Федерации положений о гарантированности государством судебной защиты прав и свобод человека и гражданина посредством осуществления правосудия органами государственной власти субъектов Федерации. Об этом говорит п. «б» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации, согласно которому защита прав и свобод человека и гражданина находится в совместном ведении федерального центра и его субъектов.

Может ли отсутствие в регионах конституционных (уставных) судов компенсироваться иным судебным механизмом защиты прав и свобод граждан и конституционной законности? Казалось бы, рассмотрение дел такой категории можно передать Конституционному Суду Российской Федерации, наделив его дополнительными полномочиями. Однако применительно к России, где конституционные (уставные) суды не созданы в 69 из 85 субъектов Федерации, вряд ли Конституционный Суд Российской Федерации справится «дополнительно» с таким объемом дел. Подобная практика существовала в Федеративной Республике Германии, где конституционные споры земли Шлезвиг-Гольштейн (вплоть до 2008 г., когда был учрежден Конституционный суд этой земли) рассматривались Конституционным судом ФРГ.

Среди специалистов также высказывалось мнение создать органы конституционной юстиции в рамках федеральных округов¹⁴. Однако и это предложение не может быть осуществлено на практике, поскольку отсутствует нормативный правовой акт, обладающий в рамках конкретного федерального округа высшей юридической силой, и на соответствие которому такой окружной суд мог бы проверять конституционность законов и иных нормативных правовых актов законодательных и исполнительных органов власти субъектов Федерации, входящих в этот федеральный округ. Кроме того, не следует забывать содержание ч. 4 ст. 27 Федерального конституционного закона от 31 декабря

¹² Подробнее см.: *Евдокимов В.Б.* Конституционные (уставные) суды в системе разделения властей в Российской Федерации // *Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации.* 2013. № 5. С. 63–68.

¹³ См.: *Евдокимов В.Б., Тухватуллин Т.А.* Современный российский федерализм: отношения Центра с его субъектами (конституционно-правовые аспекты). Монография. М.: Международный юридический институт, 2012. С. 151–152.

¹⁴ См.: *Несмеянова С.Э.* О возможном дальнейшем совершенствовании системы конституционного правосудия в России // *Вестник Уставного суда Свердловской области.* 2003. № 1. С. 170–172.

1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (в ред. от 2 мая 2014 г.), согласно которой решения конституционных (уставных) судов субъектов Федерации окончательны и не могут быть пересмотрены иным судом Российской Федерации.

Еще одним вариантом могло бы стать совмещение компетенции судов общей юрисдикции и конституционных (уставных) судов субъектов Федерации. Однако в данном случае одинаковыми полномочиями будут наделены различные по своему предназначению суды, что привело бы к запутанности правовой системы. Кроме того, исходя из позиции Конституционного Суда Российской Федерации, суды общей юрисдикции не вправе рассматривать дела о соответствии региональных конституций (уставов) положениям Конституции Российской Федерации (это полномочия самого Конституционного Суда)¹⁵, а также проверять соответствие нормативных правовых актов федеральным законам без предоставления такого полномочия федеральным конституционным законом¹⁶.

Важным препятствием на пути создания единой системы регионального конституционного правосудия является то, что федеральное законодательство не предусматривает их в качестве обязательных органов судебной власти в субъектах России. Так, в соответствии со ст. 5 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» решение вопроса об учреждении конституционного (уставного) суда в субъекте Российской Федерации оставлено на усмотрение регионального законодателя. В связи с этим предлагаем изменить указанную норму Федерального конституционного закона, возложив на субъекты Российской Федерации обязанность по созданию таких судов.

Нам могут возразить, что исходя из смысла Конституции Российской Федерации право создания судов субъектов Федерации, в число которых входят конституционные и уставные суды регионов, отнесено к их исключительной компетенции. Разделяя это утверждение, вместе с тем отметим, что согласно п. «а», «б» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации вопросы обеспечения конституционной законности, защиты прав и свобод граждан отнесены к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов. В силу ч. 2 ст. 76 Конституции Российской Федерации правовое регулирование по предметам совместного ведения осуществляется на федеральном и региональном уровнях государственной власти. Поэтому установление данных правовых основ со стороны федерального Центра допустимо, а реально действующий конституционный (уставный) суд в субъекте Российской Федерации — один из самых эффективных и действенных механизмов укрепления конституционной законности и защиты прав граждан.

В пользу возможности федерального вмешательства в проблему учреждения субъектами Российской Федерации собственных конституционных (уставных) судов говорит ст. 124 Конституции Российской Федерации, согласно которой «финансирование судов производится из федерального бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом». Указанная конституционная норма дает полное основание заключить, что финансирование судов в Российской Федерации осуществляется из федерального бюджета, при этом никаких исключений в отношении собственных судов субъектов Федерации в ней не приводится. Поскольку финансирование конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации (выплата содержания (заработной платы) судей, гарантирующая их независимость от региональных властей) должна осуществляться из средств федерального бюджета, следовательно, правовое регулирование деятельности таких судов допустимо со стороны федерального центра.

¹⁵ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18.07.2003 № 13-П.

¹⁶ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16.06.1998 № 19-П.

Серьезной проблемой, препятствующей повышению статуса и общественной значимости органов регионального конституционного (уставного) правосудия, является отсутствие на федеральном уровне специального закона, посвященного регулированию их организации и деятельности. В настоящее время формирование и функционирование региональных конституционных (уставных) судов на федеральном уровне ограничивается, по сути, ст. 27 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», в то время как деятельность мировых судей (также относящихся к судам субъектов Российской Федерации) предусмотрена ст. 28 указанного закона и детально урегулирована в Федеральном законе «О мировых судьях в Российской Федерации»¹⁷.

В целях ликвидации правовой неопределенности, тормозящей процесс развития института регионального конституционного (уставного) контроля, в Государственную Думу внесен проект федерального закона «О конституционных (уставных) судах субъектов Российской Федерации»¹⁸. В условиях строительства демократического федеративного правового государства организация конституционного правосудия в субъектах Российской Федерации объективно диктует необходимость принятия рамочного федерального закона, в котором бы регулировались общие принципы организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ¹⁹. Судья Конституционного Суда Российской Федерации Г.А. Жилин считает, что такой федеральный закон должен целостно определять правовые основы организации и деятельности региональных конституционных (уставных) судов²⁰.

Принятие федерального закона, посвященного регулированию организации и деятельности органов регионального конституционного правосудия, позволит добиться унификации статуса, полномочий и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, что облегчит механизм формирования единого правового пространства на территории всего государства, а также позволит обуздать региональный сепаратизм и центробежные силы в государственном управлении.

Разделяя вышеприведенные мнения о необходимости принятия федерального закона, направленного на регулирование общих вопросов организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, отметим следующее. В современных условиях полагаем целесообразным принять не отдельный федеральный закон, а внести в Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» изменения, чтобы дополнить его положениями об основах деятельности конституционных (уставных) судов субъектов РФ, изменив и наименование закона. Полагаем, что принятое в развитие ч. 1 ст. 77 Конституции Российской Федерации федеральное законодательное регулирование закрепит основы деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, относящиеся к системе органов государственной власти субъектов Федерации.

¹⁷ Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации».

¹⁸ См.: Проект федерального закона «О конституционных (уставных) судах субъектов Российской Федерации» (Законопроект № 516143-6) // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации // <http://asozd2.duma.gov.ru/> дата обращения 25.05.2015.

¹⁹ Цалиев А.М. О Федеральном законе об общих принципах организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Российская юстиция. 2014. № 7. С. 13–17.

²⁰ Жилин Г.А. Конституционное судопроизводство в субъектах Российской Федерации: некоторые проблемы становления и развития // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 1. С. 12–18.

В завершение отметим, что авторами рассмотрена одна, безусловно, основная проблема, связанная с созданием еще не во всех субъектах Российской Федерации конституционных (уставных) судов, чья деятельность связана с защитой региональных конституций (уставов), прав и свобод граждан, а также укреплением конституционной законности. Вместе с тем в действующих судебных органах конституционной (уставной) юстиции достаточно проблем, связанных с их деятельностью, полномочиями, исполнением их решений и многим другим.



Библиография

Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, Инфра-М, 2011. 592 с.

Геляхов А.С. К вопросу о потенциальных полномочиях конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 4. С. 37–39.

Горюнов В.В. О совершенствовании системы органов конституционного правосудия // Российская юстиция. 2011. № 9. С. 40–43.

Гусев А.В. К вопросу о вхождении конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации в единую судебную систему Российской Федерации // Журнал конституционного правосудия. 2009. № 1. С. 35–38.

Демидов В.Н. Конституционное (уставное) правосудие субъектов Российской Федерации в механизме защите прав и свобод человека и гражданина: монография. Казань: Казанский государственный университет, 2014. 236 с.

Демидов В.Н. Актуальные вопросы развития региональной конституционной (уставной) юстиции в Российской Федерации // Конституционное правосудие. 2011. № 1. С. 33–36.

Евдокимов В.Б. Конституционные (уставные) суды в системе разделения властей в Российской Федерации // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2013. № 5. С. 63–67.

Евдокимов В.Б., Тухватуллин Т.А. Современный российский федерализм: отношения Центра с его субъектами (конституционно-правовые аспекты). Монография. М.: Международный юридический институт, 2012. 248 с.

Жилин Г.А. Конституционное судопроизводство в субъектах Российской Федерации: некоторые проблемы становления и развития // Журнал конституционного правосудия. 2014. № 1. С. 12–18.

Кряжков В.А. Региональная конституционная юстиция в Российской Федерации: состояние и пути развития // Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 3. С. 156–162.

Митюков М.А. Современные тенденции развития региональной конституционной юстиции // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 14. С. 19–23.

Несмеянова С.Э. О возможном дальнейшем совершенствовании системы конституционного правосудия в России // Вестник Уставного суда Свердловской области. 2003. № 1. С. 170–172.

Несмеянова С.Э. Особенности конституционного (уставного) судебного процесса в субъектах Российской Федерации: монография. М.: Юрлитинформ, 2012. 160 с.

Пантелеев В.Ю. Некоторые вопросы усовершенствования законодательства о конституционных (уставных) судах субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 7. С. 47–49.

Синцов Г.В. Учреждение конституционного (уставного) суда субъектов Российской Федерации как дополнительная институциональная гарантия защиты прав и свобод человека и гражданина // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 12. С. 11–13.

Цалиев А.М. О возможностях дальнейшего развития органов конституционной юстиции // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 4. С. 35–37.

Цалиев А.М. О федеральном законе об общих принципах организации и деятельности конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации // Российская юстиция. 2014. № 7. С. 13–17.

On the Necessity to Establish Constitutional (Charter) Courts in the Russian Federation Constituents



Vladimir B. Evdokimov

Professor, Senior Fellow, Academy of the RF Prosecutor Office, Doctor of Juridical Sciences. Address: 15 Vtoraya Zvenigorodskaya Str., Moscow, 123022. E-mail: vevdokimov@list.ru



Timur Tukhvatullin

Fellow, Academy of the RF Prosecutor Office, Candidate of Juridical Sciences. Address: 15 Vtoraya Zvenigorodskaya Str., Moscow, 123022. E-mail: timurthn@mail.ru



Abstract

The paper on the basis of the separation of power principle features the institute of judicial constitutional (charter) supervision in the Russian Federation constituents and legal issues of setting up constitutional (charter) courts. Despite the fact that the constitutions in all Russian Federation constituents and rules of constitutional (charter) courts contain this principle, currently, similar bodies of constitutional justice function only in 16 of 85 constituents. At that, a number of RF regions have eliminated or postponed the activity of such courts. The authors present their attitude to the causes of such a negative situation and show on the basis of constitutional law rules that the absence in every RF constituent a constitutional (charter) court deprives its inhabitants of an important and efficient mechanism of protecting their rights and freedoms. The rationale of setting up constitutional (charter) courts in all Russian regions is determined by the idea contained in articles 45 and 46 of the Russian Federation Constitution on providing by the state judicial protection of rights and freedoms of a person and citizen by implementing justice by the state bodies of constituents. The paper criticizes alternative mechanisms of enforcing constitutional (charter) justice including transferring such powers to the Constitutional Court, combining the competence of the courts of general jurisdiction and constitutional (charter) courts, creation of the bodies of constitutional justice within federal districts. A serious obstacle to establish a system of regional constitutional justice is seen in the lack in the Federal constitutional law *On the Judicial System in the Russian Federation* a rule stipulating the presence of the bodies of judicial power in the constituents. The paper proposes to enforce a law on the obliging the federal constituents to set up such courts. The authors share the opinion on adopting a federal law to regulate the activity of constitutional (charter) courts in the RF constituents but note that not only a federal law is required but a federal law *On the Common Principles of Establishing Legislative (Representative) and Executive Bodies of State Power in Russian Federation Constituents* requires changes which will add provisions on the activity of such courts and altering the title of the law.



Keywords

principle of separation of powers, constitutional legality, constitutional justice, constitutional (charter) courts in the Russian Federation constituents, constitutions and charters of the Russian Federation Constituents, protection of rights and freedoms of a person.

Citation: Evdokimov V.B., Tuchvatullin T.A. (2015) On the Necessity to Establish Constitutional (Charter) Courts in the Russian Federation Constituents. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 112–121 (in Russian).



References

Demidov V.N. (2014) *Konstitutsionnoe (ustavnoe) pravosudie sub"ektiv Rossiyskoy Federatsii v mekhanizme zashchite prav i svobod cheloveka i grazhdanina* [Constitutional (Charter) Justice of the Russian Federation Constituents in the Mechanism of Protecting Rights and Freedoms of a Person and Citizen]. Kazan': Kazan State University, 236 p. (in Russian)

Demidov V.N. (2011) Aktual'nye voprosy razvitiya regional'noy konstitutsionnoy (ustavnoy) yustitsii v Rossiyskoy Federatsii [Topical Problems of Developing Regional Constitutional (Charter) Justice in the RF]. *Konstitutsionnoe pravosudie*, no 1, p. 33–36.

Evdokimov V.B. (2013) Konstitutsionnye (ustavnnye) sudy v sisteme razdeleniya vlastey v Rossiyskoy Federatsii [Constitutional (Charter) Courts in the System of Separation of Powers in the RF]. *Vestnik Akademii General'noy prokuratury Rossiyskoy Federatsii*, no 5, pp. 63–67.

Evdokimov V.B., Tukhvatullin T.A. (2012) *Sovremennyy rossiyskiy federalizm: otnosheniya Tsentra s ego sub"ektami (konstitutsionno-pravovye aspekty). Monografiya* [Contemporary Russian Federalism: Relations between the Centre and the Constituents (Constitutional Law Aspects). Monograph]. Moscow: Mezhdunarodnyy yuridicheskiy institut, 248 p. (in Russian)

Gelyakhov A.S. (2008) K voprosu o potentsial'nykh polnomochiyakh konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub"ektov Rossiyskoy Federatsii [On Potential Authorities of Constitutional (Charter) Courts in the RF Constituents]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no 4, pp. 37–39.

Goryunov V.V. (2011) O sovershenstvovanii sistemy organov konstitutsionnogo pravosudiya [On Improving the System of Constitutional Justice Bodies]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 9, pp. 40–43.

Gusev A.V. (2009) K voprosu o vkhozhenii konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub"ektov Rossiyskoy Federatsii v edinuyu sudebnuyu sistemu Rossiyskoy Federatsii [On Integrating Constitutional (Charter) Courts of the RF Constituents in a Single Judicial System]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no 1, pp. 35–38.

Kryazhkov V.A. (2007) Regional'naya konstitutsionnaya yustitsiya v Rossiyskoy Federatsii: sostoyanie i puti razvitiya [Regional Constitutional Justice in the RF: Status and Development]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no 3, pp. 156–162.

Mityukov M.A. (2007) Sovremennye tendentsii razvitiya regional'noy konstitutsionnoy yustitsii [Current Trends in the Development of Regional Constitutional Justice]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 14, pp. 19–23.

Nesmeyanova S.E. (2003) O vozmozhnom dal'neyshem sovershenstvovanii sistemy konstitutsionnogo pravosudiya v Rossii [On Possible Further Improvement of the System of Russian Constitutional Justice]. *Vestnik Ustavnogo suda Sverdlovskoy oblasti*, no 1, pp. 170–172.

Nesmeyanova S.E. (2012) *Osobennosti konstitutsionnogo (ustavnogo) sudebnogo protsessa v sub"ektakh Rossiyskoy Federatsii: monografiya* [Features of Constitutional (Charter) Judicial Proceedings in RF Subjects. Monograph]. Moscow: YurLitinform, 160 p. (in Russian)

Panteleev V.Yu. (2011) Nekotorye voprosy usovershenstvovaniya zakonodatel'stva o konstitutsionnykh (ustavnykh) sudakh sub"ektov Rossiyskoy Federatsii [Some Issues of Improving Legislation on Constitutional (Charter) Courts of the RF Constituents]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 7, pp. 47–49.

Sintsov G.V. (2013) Uchrezhdenie konstitutsionnogo (ustavnogo) suda sub"ektov Rossiyskoy Federatsii kak dopolnitel'naya institutsional'naya garantiya zashchity prav i svobod cheloveka i grazhdanina [Establishing Constitutional (Charter) Court of the RF Constituents as an Additional Institutional Guarantee of the Rights and Freedoms of a Person and Citizen]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no 12, pp. 11–13.

Tsaliev A.M. (2008) O vozmozhnostyakh dal'neyshego razvitiya organov konstitutsionnoy yustitsii [On the Possible Development of the Bodies of Constitutional Justice]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no 4, pp. 35–37.

Tsaliev A.M. (2014) O federal'nom zakone ob obshchikh printsipakh organizatsii i deyatelnosti konstitutsionnykh (ustavnykh) sudov sub"ektov Rossiyskoy Federatsii [On the Federal Law on the General Principles of the Organization Activity of Constitutional (Charter) Courts in the RF Constituents]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no 7, pp. 13–17.

Vitruk N.V. (2011) *Konstitutsionnoe pravosudie. Sudebno-konstitutsionnoe pravo i protsess* [Constitutional Justice. Judicial and Constitutional Law and Process]. Moscow: Norma, Infra-M, 592 p. (in Russian)

Zhilin G.A. (2014) Konstitutsionnoe sudoproizvodstvo v sub"ektakh Rossiyskoy Federatsii: nekotorye problemy stanovleniya i razvitiya [Constitutional Judicial Proceedings and the Russian Federation Constituents: Issues of Development]. *Zhurnal konstitutsionnogo pravosudiya*, no 1, pp. 12–18.

Судебная специализация: проблемы понятийного аппарата



Д.М. Замышляев

аспирант кафедры судебной власти Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: diologos@yandex.ru



Аннотация

В статье автор предлагает уточнение подхода к соотношению базовых для изучения судебной системы понятий (судебная деятельность, судопроизводство, организационная деятельность, правосудие) в их взаимосвязи с содержанием понятий специализация, компетенция, юрисдикция и юстиция. Рассмотрены позиции российских исследователей по вопросу соотношения понятий «правосудие», «судопроизводство» и «судебная деятельность», продолжена разработка позиции, что правосудие является основной составной частью судебной деятельности. Описаны основные причины выделения видов судопроизводства и образования отдельных видов судебных юрисдикций. Описываются основные механизмы судебной специализации — выделены два вида судебной специализации (функциональная специализация внутри судебных органов и институциональная специализация в судебной системе). Раскрывается содержание институциональной специализации, которая включает и образование различных юрисдикций (видов судебных юрисдикций), и выделение отдельных компетенций внутри этих юрисдикций для специализированных судов. Автор обосновывает необходимость отграничения специализации компетенций (образования специализированных судов) от специализации юрисдикций; при этом обосновывается позиция, что специализированные суды могут существовать только в пределах отдельных юрисдикций, а сами юрисдикции, выделяемые по определенным критериям, всегда предполагают специализацию, что снимает необходимость использования понятия «специализированная юрисдикция». Исходя из этого, предлагается обоснование того, что в России специализированными судами являются суд по интеллектуальным правам, относящийся к арбитражным судам, и подсистема военных судов, относящаяся к судам общей юрисдикции. Рассматриваются разработанные в отечественной доктрине признаки судебной специализации, предлагается выделение признаков судебной юрисдикции и специализированной компетенции. Рассмотрены варианты интерпретации понятия «юстиция» применительно к описанию видов судебных юрисдикций в России. Происходящие в российской судебной системе изменения (образование специализированных судов, упразднение высшего суда арбитражной юрисдикции, отказ от создания отдельных судов административной юрисдикции и ювенальной юстиции) описываются с точки зрения процесса выработки оптимальных форм и определения пределов специализации и дифференциации судебной деятельности.



Ключевые слова

суд, судебная система, судебная специализация, судопроизводство, юрисдикция, компетенция, специализированные суды.

Библиографическое описание: Замышляев Д.М. Судебная специализация: проблемы понятийного аппарата // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 122–130.

JEL: K4; УДК: 3479

В судебной системе современной России происходят существенные перемены: в 2013 г. начал свою работу первый специализированный суд — Суд по интеллектуальным правам, в 2014 г. был упразднен высший суд арбитражной юрисдикции; закончен активный процесс создания судебных коллегий по административным делам в судах общей юрисдикции. Однако проекты создания отдельной системы судов административной юрисдикции (административной юстиции), в том числе проекты Верховного суда РФ, так не и получили своей реализации. Аналогичным образом не получили развития проекты создания в России ювенальной юстиции, хотя еще в 2000-х годах в Государственной Думе рассматривались проекты создания системы ювенальных судов. Тем не менее Верховным Судом Российской Федерации в 2011 году¹ одобрено использование *ювенальных технологий* при рассмотрении судами дел с участием несовершеннолетних, но до сих пор в судебной практике содержание этого понятия не освоено.

В связи с этим возникает необходимость теоретической проработки направлений и механизмов развития судебной системы России в целом, определения ее перспектив. Однако это затрудняется тем, что в настоящее время не выработана единая система понятий, описывающая специализацию в качестве направления развития судебной деятельности и осуществляющих ее судебных структур. В данную систему понятий входят прежде всего правосудие, судопроизводство, юрисдикция (общая юрисдикция и так называемая специализированная юрисдикция), компетенция, юстиция, специализированный суд, судебная специализация. В литературе отмечается, что существуют разные точки зрения по вопросу соотношения указанных понятий, а понятийный аппарат требует дальнейшей проработки². Задачей настоящей статьи является рассмотрение имеющихся позиций и выработка варианта непротиворечивого соотношения всех указанных понятий в рамках единого понятийного аппарата.

В российской доктрине существуют различные позиции относительно соотношения понятий «судопроизводство», «судебная деятельность» и «правосудие». Как отмечает Л.А. Прокудина, в отношении понятия «правосудие» единства в подходах не выработано, что во многом определяется многогранностью самого явления³. Н.И. Авдеенко указывала, что не каждое действие суда, совершенное им в ходе развития процесса по делу, может быть отнесено к осуществлению правосудия⁴. Е.В. Рябцева отмечала, что в рамках уголовного *судопроизводства* выделяется судебная деятельность по приданию решениям органов расследования или прокурора законной силы путем принятия соответствующего судебного акта, которая *не относится к правосудию*⁵.

Если взять за основу определение, согласно которому *правосудие* — это осуществляемая в процессуальной форме судебных заседаний деятельность по реализации судом

¹ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01.02.2011 № 1 (в ред. от 02.04.2013) «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» // Российская газета. 2011. № 29.

² См., напр.: Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М.: Проспект, 2003. С. 18; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. 587 с.; Рябцева Е.В. Правосудие в уголовном процессе России. М.: Юрлитинформ, 2008. С. 10–14; Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 47; Громошина Н.А. Упрощение процесса: все ли сделано правильно? // Lex Russica. Научные труды МГЮА. 2004. № 1. С. 181–186.

³ Прокудина Л.А. Правосудие как способ разрешения правового конфликта // Российский судья. 2010. № 8. С. 3–7.

⁴ Авдеенко Н.И. Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. Л., 1969. С. 50.

⁵ Рябцева Е.В. Правосудие в уголовном процессе России. М.: Юрлитинформ, 2008. С. 10–14.

его исключительного полномочия по окончательному разрешению правовых конфликтов для обеспечения защиты нарушенных и оспоренных прав и законных интересов, то следует согласиться с Л.А. Прокудиной, что понятия «деятельность суда» и «правосудие» не тождественны. Первое шире, чем второе ⁶; правосудие является частью судебной деятельности. Судебная деятельность ⁷ включает две составляющие: правосудие как деятельность суда в процессуальных формах, и организационную составляющую, а именно кадровую, аналитическую и т.д. деятельность судов и судей, которая сопутствует правосудию.

Основным компонентом судебной деятельности является *судопроизводство* — процесс рассмотрения, разрешения правовых конфликтов судебными органами с привлечением других участников процессуальных правоотношений (в том числе обеспечивающих досудебную подготовку материалов), происходящий по правилам, установленным процессуальным законодательством. В соответствии со ст. 118 Конституции Российской Федерации в России существуют четыре вида судопроизводства: конституционное, гражданское, административное, уголовное.

Таким образом, в каждом виде судопроизводства есть своя процессуальная форма, которая определяется его сущностью и позволяет дифференцировать его виды. Процессуальная форма является отражением особенностей урегулирования конфликтов в тех или иных сферах общественных отношений, будь то споры граждан с административными органами, либо экономические споры и пр. Процессуальная форма судопроизводства в ряде случаев диктует необходимость выделения в судебной системе отдельных институтов (судебных структур) — именно этот процесс и называется *судебной специализацией*.

Применительно к судам можно выделить как специализацию отдельных судей и их составов внутри суда (коллегии по уголовным, гражданским, административным делам, судебные составы по таким же или еще более дробным категориям дел), т.е. *функциональную специализацию*; так и специализацию отдельных судов и целых подсистем судов (экономические, административные, конституционные суды и т.д.), т.е. *институциональную специализацию*.

Специализация фактически является *основной формой развития судебной системы*. Если специализация внутри судов реализуется в создании подразделений суда или определении судей и их составов, занимающихся рассмотрением дел определенных категорий, то специализация в судебной системе может осуществляться путем учреждения различных видов *юрисдикций*.

Юрисдикция — сфера правомочий суда (системы судов) по разрешению правовых конфликтов в рамках определенных общественных отношений и (или) территорий. В зависимости от характера общественных отношений выделяются, к примеру, суды экономической юрисдикции, административной юрисдикции, конституционной юрис-

⁶ Прокудина Л.А. Правосудие как способ разрешения правового конфликта // Российский судья. 2010. № 8. С. 3–7.

⁷ Судебная деятельность — понятие довольно широкое, оно включает в себя не только судопроизводство, к судебной деятельности относится все многообразие работы судебных органов как по рассмотрению правовых конфликтов в процессуальных формах, так и по организационному, информационному, кадровому и иному обеспечению судов и судей. К судебной деятельности следует относить осуществляемые судьей и аппаратом суда меры по организации процесса, обеспечению его хода, направлению дела по подсудности, сбору необходимой информации, вызову сторон, назначению судебных заседаний, организации примирительных процедур, ведению судебной статистики, аналитики, подготовку разъяснений судебной практики, работу органов судейского сообщества, привлечение судей к дисциплинарной ответственности.

дикции и пр. Юрисдикция определенного вида может включать деятельность и одного суда (Конституционный суд Российской Федерации), и целой системы судов. Например, в Германии административная юрисдикция реализуется 67 судебными органами⁸. В пределах одной юрисдикции могут действовать несколько специализированных судов с различной компетенцией. В пределах одной юрисдикции суды распределяют свою компетенцию по рассмотрению дел исходя из правил подсудности. Компетенцию следует понимать как правомочие конкретного суда (или звена судебной системы) рассматривать отнесенный к его юрисдикции правовой конфликт.

Наличие того или иного вида судопроизводства продиктовано особенностями социальных отношений в обществе. Наличие той или иной юрисдикции обусловлено реагированием политической системы на эти социальные отношения. Поэтому специализация (по юрисдикциям) — это организационный прием, который может применяться по-разному в зависимости от национальных, исторических, политических особенностей страны, финансовых возможностей и множества других факторов.

В практике судебных систем судопроизводство может быть разделено по нескольким юрисдикциям. В пределах одной юрисдикции могут использоваться несколько видов судопроизводства, и одни и те же суды будут осуществлять правосудие в процессуальных формах, характерных для разных их видов — уголовного, административного, гражданского. Таким образом, юрисдикция как организационная модель судебных институтов не обязательно соотносится только с одной процессуальной формой (одним судопроизводством), в пределах одной юрисдикции могут использоваться несколько видов судопроизводства, а один вид судопроизводства может осуществляться несколькими юрисдикциями.

В связи с этим сами по себе юрисдикции подразумевают специализацию, поэтому нельзя говорить о «специализированных юрисдикциях» — каждая юрисдикция специализирована (административная, конституционная, гражданская, уголовная). Так называемая общая юрисдикция является искусственным, условным обозначением для совокупности видов судопроизводства (и разрешающих дела судов). Это обусловлено, прежде всего, целями обеспечения доступности судебной системы и финансовой экономии, а также определенной неразвитостью видов судопроизводства, что предопределяется организационными, финансовыми, политическими потребностями и пр. Каждая юрисдикция, включая так называемую общую, специализирована исходя из критериев предмета, субъекта либо смешанных критериев (и предмета, и субъекта) правоотношений. В связи с этим представляется теоретически неверным распространенное деление на «суды общей юрисдикции» и «суды специализированных юрисдикций»⁹. В противном случае имеются все логические основания, чтобы любые суды (арбитражные суды, конституционные/уставные суды субъектов, Конституционный Суд Российской Федерации, суды общей юрисдикции) признавались специализированными, ведь они тоже могут быть выделены по критерию субъекта правоотношений или предмета спора.

Наличие указанного противоречивого понимания отражает непроработанность понятия «специализированный суд». С одной стороны, в соответствии с Федеральным конституционным законом о судебной системе¹⁰ существует *только один специализиро-*

⁸ Включая 51 суд по административным спорам, 15 высших судов по административным спорам и Федеральный суд по административным спорам.

⁹ См., напр.: Клеандров М.И. О модели радикальной автономизации мировой юстиции в Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 32.

¹⁰ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ (ред. от 3 февраля 2014 г.) «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета. 1997. № 3.

ванный суд — Суд по интеллектуальным правам (ст. 26.1), также ст. 25 ГПК РФ говорит о делах, подсудных военным и иным специализированным судам. С другой стороны, в доктрине утверждается, что суд может являться специализированным, даже если он *не подпадает под понятие специализации суда* в том смысле, в котором оно употребляется в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации»¹¹. Существует позиция, что, несмотря на положения закона о судебной системе, к *специализированным судам* можно отнести не только Суд по интеллектуальным правам, но и арбитражные суды, конституционные (уставные суды)¹² и военные суды. При этом арбитражная и конституционная юрисдикции в России не охватываются по закону понятием специализированных, что характеризует неопределенность отечественного понимания специализации и специализированного суда.

Обращаясь к немецкому опыту, стоит отметить, что в Германии существуют пять ветвей судебной системы — общая и четыре специализированных (трудовая, административная, социальная и финансовая). Соответственно Конституция ФРГ в ст. 95 говорит о шести различных видах юрисдикций (в том числе о конституционной юрисдикции конституционных судов земель и Федерального Конституционного суда Германии). При этом все суды, помимо судов общей юрисдикции и конституционных судов, и в отечественной, и в немецкой науке называются *специализированными*¹³.

В России закон (ст. 26 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации») не предусматривает возможности специализации юрисдикций, но допускает существование специализации судов, входящих в общую или арбитражную юрисдикции. Поэтому можно говорить о специализированном отдельном суде (как, например, образованный в подсистеме арбитражных судов суд по интеллектуальным правам), но не о специализированных системах судов, как это имеет место в Германии.

В этом отношении *подход отечественного законодателя представляется более последовательным*: в России понятие *специализированный суд* лежит не в области специализации юрисдикций, а в области специализации компетенций внутри юрисдикции. Таким образом, *специализированным судом* считается *входящий в определенную юрисдикцию судебный орган, компетенция которого отделена от компетенции других судов*

¹¹ Ярков В.В. Влияние реформы частного права на развитие системы и форм гражданской юрисдикции / Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции. Екатеринбург, 1998. С. 68.

¹² Конституционно-судебные органы с системой арбитражных судов роднит то, что они, как совокупности судебных органов, специализированные, и предмет их деятельности носит специфический характер в отличие от системы судов общей юрисдикции. См.: Кудрякова А.Х. Нужна ли России единая судебная система? // Российский судья. 2011. № 6. С. 41

¹³ См., напр.: Клеандров М.И. О модели радикальной автономизации мировой юстиции в Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 32; Казачкова З.М., Быкодорова Л.В. Специализированные судебные органы по разрешению экономических споров: российский и зарубежный опыт организации // Российская юстиция. 2014. № 9. С. 35–38; Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических стран. М.: Международная книга, 1950. С. 64; Нешатаева Т.Н. Историко-теоретический анализ развития экономической специализации в судах европейских государств // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5. Спец. приложение. С. 76–82; Павлова Н.В. Разрешение экономических споров в судах отдельных зарубежных государств: судостроительство и подсудность // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5. Спец. приложение. С. 82–86; Гайнц В. Уголовные санкции в немецком уголовном праве по делам несовершеннолетних: цель, применение и влияние / Доклад в рамках мероприятия МПС-фонда «Судопроизводство по делам несовершеннолетних и альтернативные формы наказания», 28.03.2006, Бонн //

URL: <http://www.unikonstanz.de/rtf/kis/heinz-sanktionen-jugendstrafrecht-ru.htm> (дата обращения: 15.04.2015)

этой юрисдикции установленными специально для этого суда категориями дел, либо участников правоотношений, либо территории. Именно поэтому специализированный суд может осуществлять то же самое судопроизводство, что и другие суды юрисдикции, но, например, в отношении определенной категории лиц, или по определенной категории дел. Суд является специализированным не сам по себе, а по отношению к другим судам этой юрисдикции. Специализированные военные суды в России являются таковыми, поскольку, оставаясь судами общей юрисдикции, они осуществляют судебную власть в Вооруженных Силах России, других войсках, воинских формированиях и пр.¹⁴; специализированный Суд по интеллектуальным правам, оставаясь арбитражным судом, рассматривает дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав¹⁵.

Таким образом, институциональная специализация с точки зрения законодателя разных стран имеет место и при **образовании различных юрисдикций** (видов судебных юрисдикций), и при **выделении отдельных компетенций внутри этих юрисдикций для отдельных судов** (специализированные суды). Российское и немецкое судостроительное законодательство понимают под специализированными судами разные структуры судебной системы. При этом подход отечественного законодателя кажется более обоснованным с точки зрения теоретического понимания судебной специализации.

Тем не менее важно отметить необходимость дополнения ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» ст. 26.2: «Военные суды», формулировки которой можно заимствовать из ныне действующей ст. 22 того же закона¹⁶.

Возможно ли в таком случае выделить признаки, по которым следует судить о наличии либо об отсутствии специализации судебных юрисдикций? М.И. Клеандров замечает, что классическая *полномасштабная судебная специализация должна отвечать двум признакам*: она должна обладать отчетливо выраженной сферой компетенции и, соответственно, охватывать все три составляющие организационно-правового механизма правосудия — судостроительственную, судопроизводственную (первой, апелляционной и кассационной инстанций) и судейско-статусную (определяющую статус лиц, непосредственно осуществляющих правосудие)¹⁷. Необходимость выделения судейско-статусной составляющей спорно, поскольку статус судьи един, он сохраняется независимо от специализации судебной системы, например, на общую и экономическую. Тем не менее, анализируя позицию М.И. Клеандрова, отметим, что признаками судебной специализации являются: а) сфера общественных отношений, в которой возникают разрешаемые судом споры; б) учитывающее ее особенности судопроизводство (процессуальная форма); в) предназначенные для его осуществления особые судебные структуры (судостроительство).

Таким образом, признаками судебной юрисдикции должны обязательно быть *компетенция в сфере общественных отношений, судопроизводство (одно или несколько)*,

¹⁴ Федеральный конституционный закон от 23 июня 1999 г. № 1-ФКЗ «О военных судах Российской Федерации» // Российская газета. 1999. № 120.

¹⁵ Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» // Российская газета. 1997. № 3.

¹⁶ Очевидно, что неотнесение фактически специализированных военных судов к категории специализированных (и противоречие между ст. 26 ФКЗ «О судебной системе» и ст. 25 ГПК РФ) вызвано техническими причинами: статья о военных судах появилась в законе раньше, чем положения, объясняющие алгоритм отнесения судов к специализированным.

¹⁷ Клеандров М.И. О модели радикальной автономизации мировой юстиции в Российской Федерации // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 32.

судоустройство. Признаками специализированной компетенции должны быть выделение определенных категорий дел в юрисдикции, судопроизводство, и факультативный признак — судоустройство (его отдельные особенности).

Существует еще довольно широкое и многогранное понятие — «юстиция» (лат. *justitia* — справедливость, законность, правосудие). Несмотря на многовариантность его употребления в отечественном научном обороте, применительно к сочетаниям «ювенальная юстиция», «административная юстиция», «конституционная юстиция», «уголовная юстиция», его используют для определения системы судебных органов, объединенных задачей осуществления определенного вида судопроизводства.

Именно поэтому, например, понятие «гражданская юстиция» в России не употребляется, хотя «уголовная юстиция», «конституционная юстиция» — это понятия устойчивые и распространенные. Получается, что в российской судебной системе суды общей юрисдикции образуют одну гражданскую юстицию, а арбитражные суды — иную, поскольку эти суды осуществляют различное судопроизводство. Понятие «гражданская юстиция» не будет являться точным, поскольку имеет в виду и общие суды, и арбитражные суды, но не может их объединить. О «гражданской юстиции» можно будет говорить только в случае принятия единого процессуального кодекса, как это планируется согласно презентованной в 2014 году Концепции единого Гражданского процессуального кодекса РФ, которая призвана унифицировать гражданское и арбитражное процессуальное законодательство в едином акте. Аналогичным образом о существовании ювенальной юстиции можно говорить только в случае отдельного судопроизводства по делам несовершеннолетних.

Судебные специализации в разных судебных системах обнаруживают разнообразие, как с точки зрения их форм, так и исходя из их значения в судебной организации. Уточнение и дифференциация системы понятий «юрисдикция — компетенция — юстиция — специализация» и «судебная деятельность — организационная деятельность — судопроизводство — правосудие» позволяют описать изменения, происходящие в судебной системе России как процесс определения наиболее подходящего (исходя из политических, экономических и судоустройственных соображений) сочетания существующих согласно Конституции Российской Федерации видов судопроизводства и видов судебной юрисдикции; функциональной специализации в существующих судах и институциональной специализации, т.е. образования новых элементов судебной системы.



Библиография

- Авдеенко Н.И. Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1969. 72 с.
- Громошина Н.А. Упрощение процесса: все ли сделано правильно? // *Lex Russica*. Научные труды МГЮА. 2004. № 1. С. 181–186.
- Загайнова С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе. М.: Волтерс Клувер, 2007. 389 с.
- Клеандров М.И. О модели радикальной автономизации мировой юстиции в Российской Федерации // *Журнал российского права*. 2015. № 3. С. 31–42
- Кудрякова А.Х. Нужна ли России объединенная судебная система? // *Российский судья*. 2011. № 6. С. 39–41.
- Казачкова З.М., Быкодорова Л.В. Специализированные судебные органы по разрешению экономических споров: российский и зарубежный опыт организации // *Российская юстиция*. 2014. № 9. С. 35–38.

Кейлин А.Д. Судостроительство и гражданский процесс капиталистических стран. М.: Международная книга, 1950. 312 с.

Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. 587 с.

Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. М.: Статут, 2015. 224 с.

Нешатаева Т.Н. Историко-теоретический анализ развития экономической специализации в судах европейских государств // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5. Спец. приложение. С. 76–82.

Павлова Н.В. Разрешение экономических споров в судах отдельных зарубежных государств: судостроительство и подсудность // Вестник ВАС РФ. 2002. № 5. Спец. приложение. С. 82–86.

Судебная власть / под ред. И.Л. Петрухина. М.: Проспект, 2003. 720 с.

Прокудина Л.А. Правосудие как способ разрешения правового конфликта // Российский судья. 2010. № 8. С. 3–7.

Рябцева Е.В. Правосудие в уголовном процессе России. М.: Юрлитинформ, 2008. 400 с.

Ярков В.В. Влияние реформы частного права на развитие системы и форм гражданской юрисдикции / Теоретические и прикладные проблемы реформы гражданской юрисдикции: Межвуз. сб. науч. тр. Екатеринбург, 1998. С. 10–15.

Heinz W. Strafsanktionen im deutschen Jugendstrafrecht — Ziel, Handhabung und Wirkungen // Available at: URL: <http://www.unikonstanz.de/r/f/kis/heinz-sanktionen-jugendstrafrecht-ru.htm> (дата обращения: 15.04.2015).

Judicial Specialization: Issues in Terminology



Dmitriy Zamyshlyayev

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



Abstract

The author suggests an approach to the clarification of the relations among key concepts in judicial law such as judicial activity, judicial proceedings, organizational activity, justice — all of them in their relations with the contents of the concepts of specialization, competence, jurisdiction. The author considers the views of Russian researchers on the relations between the concepts of *justice*, *legal proceedings* and *judicial activities*, continuing to develop the position that justice is an integral part of the judicial activities. The author describes basic reasons for identifying types of legal proceedings and formation of certain types of court jurisdiction and the basic mechanisms of judicial specialization, identifies and describes two types of judicial specialization (functional specialization within the judiciary and institutional specialization in judicial system). The paper reveals the content of the institutional specialization which includes emergence of various jurisdictions (types of court jurisdiction), and the allocation of certain competencies within these jurisdictions for specialized courts. The author proves the necessity of distinguishing competency specialization (formation of specialized courts) on the specialization of jurisdictions and argues that specialized courts can exist only within the jurisdiction; jurisdiction, allocated according to certain criteria, always involve specialization, which removes the need to use the concept of *specialized jurisdiction*. On this basis, the author justifies the fact that in Russia specialized courts are the court for intellectual property rights relating to the arbitration courts and military courts subsystem relating to the courts of general jurisdiction. He considers the national doctrine has developed signs of judicial specialization, proposes to identify the features of judicial jurisdiction and specialized competence and the variants of the interpretation of the concept of *justice* in relation to the description of types of court jurisdiction in Russia. Developing changes in the Russian judicial system (formation of specialized courts, the abolition of the High Court of arbitration jurisdiction, the rejection of the creation of separate administrative jurisdiction and the juvenile justice system) are described in terms of the process of developing best practice and defining the limits of specialization and differentiation of judicial activity.



Keywords

courts, the judicial system, judicial specialization, legal proceedings, jurisdiction, competence, specialized courts

Citation: Zamyshlyayev D.M. Judicial Specialization Issues in Terminology (2015). *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. (in Russian). Pp. 122–130.



References

Avdeenko N.I. (1969) *Mehanizm I predelireguliruyushogo vozdeistvia grazhdanskogo processa Inogo prava* [The Mechanism and the Limits of the Regulatory Impact of Civil Procedural Law]. Leningrad: Izdatelstvo LGU, p. 50 (in Russian)

Gaints W. (2006) Doklad v ramkah meropriiata MPS-fonda *Sudoproizvodstvo po delam nesovershennoletnih v germanskom ugovolnom prave i alternativnie formy nakazaniya* [Criminal Sanctions in German Criminal Law for Minors: Purpose, Application and the Effect: Report to the MPS Fund Conference *The Juvenile Justice and Alternative Forms of Punishment*]. 28.03.2006, Bonn. Available at: URL: <http://www.unikonstanz.de/rtf/kis/heinz-sanktionen-jugendstrafrecht-ru.htm>

Gromoshina N.A. (2004) *Uproshenie processa: vse li sdelano pravilno?* [Simplifying the process: Is Everything Done Correctly?]. *Lex Russica*, pp. 181–186.

Iarkov V.V. (1998) Vliyanie reform chastnogo prava na rasvitiye sistem I form gradanskoi yurisdiksiy [The Impact of the Reform of Private Law on the Development of Private Law Systems and Forms of Civil Jurisdiction]. Ekaterinburg, pp. 10–15, 68. Kazachkova Z.M., Bikodorova L.V. (2014) Spetsializirovannie sydebnie organi po razresheniy ekonomicheskikh sporov: rossiiskiy e zarubeznii opit organizatsii [Specialized Courts for Settling Economic Disputes: the Russian and Foreign Experience of Organizing]. *Rossiiskaia Yustitsiya*, no. 9, pp. 35–38.

Keilin A.D. (1950) *Sudoystroistvo i grazhdanskii protsess kapitalisticheskikh stran* [Judicial System and Civil Process of the Capitalist Countries]. Moscow: Mezhdunarodnaya kniga, p.64 (in Russian)

Kleandrov M.I. (2015) O Modeli Radicalnoi Avtonomizatsii Mirovoy Yustitsii v Rossiiskoi Federatsii [On a Model of Radical Autonomy of Global Justice in the Russian Federation]. *Journal of Russian Law*, no. 3, p. 32.

Konseptsia edinogo grazhdanskogo protsessualnogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii (2015) [The concept of a Single Civil Procedural Code of the Russian Federation]. Moscow, 224 p. (in Russian)

Kozlona E.I., Kutafin O.E. (2004) *Konstitutsionnoe pravo Rossii* [Constitutional law of Russia]. Moscow: Yurist, 587 p. (in Russian)

Kudriakova A.H. (2011) Nuzhna li Rossii Obedinennaya Sydebnaya Sistema [Does Russia need a Single Court System?]. *Rossiiskiy sydja*, no 6, p. 41.

Neshataeva T.N. (2002) Istoriko-teoreticheskiy analiz rasvitiya ekonomicheskoi specializatsii v sudah evropeiskikh gosudarstv [Historical and Theoretical Analysis of the Development of Economic Specialization in the Courts of the European States]. *Bulletin of the Supreme Arbitration Court*, no. 5, pp. 76–82.

Pavlova N.V. (2002) Razreshenie ekonomicheskikh sporov v sudah otdelnykh zarubeshnykh gosudarstv: sudoystroistvo I podsudnost' [The Resolution of Economic Disputes in courts of Specific Foreign countries: the Judicial System and Jurisdiction]. *Bulletin of the Supreme Arbitration Court*, no. 5, pp. 82–84.

Petrukhin L.L.(ed.) (2003) *Sudebnaia vlast'* [Judicial Power]. Moscow: Prospect, p. 18. (in Russian)

Prokudina L.A. (2010) Pravosudie kak sposob razresheniya pravovogo konflikta [Justice as a Method to Resolve a Legal Dispute]. *Rossiiskiy sud'ya*, no. 8, pp. 3–7.

Ryabceva E.V. (2008) Pravosudie v ugovolnom protsesse [Justice in Criminal Trial]. Moscow: Urlitinform, pp. 10–14.

Zagainova S.K. *Sydebnie akti v mehanizme realizatsii sydebnnoi vlasti v grazhdanskom I arbitrazhnom protsesse* [Court Acts in the Mechanism of Implementing Judicial Power in Civil and Arbitration Proceedings]. Moscow: Volters Kluwer, 389 p. (in Russian)

Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated December 11, 2014 № 32-П



Oleg A. Vagin

Candidate of Legal Sciences, Lawyer, Associate Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000 Russian Federation. E-mail: ovagin@rambler.ru



Abstract

The article discusses the situation surrounding the criminalization of fraud in the field of enterprise. The author notes the social significance of entrepreneurial activity and arising associated risks including those ensuing from failure to fulfil contractual obligations, the threat and acuteness of risks posed by fraudulent encroachments on property and its investment appeal; the author emphasizes the obligation of the state to implement measures aimed at minimizing entrepreneurial risks, stimulating good faith relations between property and enterprise, ensuring protection of property rights *inter alia* through the instrument of criminal law, the legal norms of which must preclude unjustified criminal prosecution and act as a powerful factor inhibiting encroachment on property and the legitimate interests of entrepreneurs, serve as one of the means of ensuring legal protection for conscientious entrepreneurs and investors, and not demonstrate loyalty to criminal business. The author bases his discourse on the legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, expressed in its Resolution dated December 11, 2014 № 32-П "Apropos the Revision of the Constitutional Provisions of Article 159-4 of the Criminal Code of the Russian Federation pursuant to the inquiry of the Salekhard City Court of the Yamalo-Nenetsk Autonomous National District."



Keywords

criminal, fraud, liability, entrepreneurial activity, business, contract, property

Citation: Vagin O.A. (2015) Criminal Liability for Fraud in the Field of Entrepreneurial Activity within the Context of the Resolution of the Constitutional Court of the Russian Federation dated December 11, 2014 № 32-П. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 131–135 (in English).

In accordance with article 2 of the Civil Code of the Russian Federation, entrepreneurial activity is aimed essentially at the systematic gain of profit from the use of property, sale of goods, performance of works or rendering of services, therefore this activity is based on legal relations arising from ownership of means for enterprise, the purpose of which being increase

of profit. In such relations, property is the essential condition for freedom of economic activity, presuming freedom of contract and equality of the parties in such activity, the legal situation of which is predetermined by the guarantee of such rights as enshrined in the Constitution of the Russian Federation and the criteria of their possible limitations. Pursuant to this, the Civil Code of the Russian Federation establishes the inviolability of property and freedom of contract, equality, autonomy of will and proprietary independence of parties in business, unimpeded realization of civil rights, proscription of random interference by any party in private matters, ensuring restitution and defence of violated rights (clause 1 article 1, clause 1 article 2) as fundamental bases of civil law.

By its nature, entrepreneurial activity is undertaken at parties' own risk, thus for the parties involved the gain of profit is neither permanent nor guaranteed, but dependent on contracting parties' imprudence in organization and performance, unfavourable state of the markets and failure to fulfil their obligations, which may cause not only financial losses, but also the entrepreneurs' loss of property as the subject of a transaction, investment, means for a commercial project, exercising a negative bearing on the situation of specific parties in economic relations and on the national economy as a whole. Consequently the federal legislator has not just the right to ensure the unity of the economic space necessary for economic activity, equal rights and obligations in the field of enterprise, performance of which is based on the equality of all before the law and the judiciary, inviolability of property, observance of balance in public and private interests in determination of the legal status of the parties in such relations, but is also obligated to take measures aimed at elimination of unfair competition, protection of property rights, minimization of entrepreneurial risks, stimulation of good faith relations regarding proprietorship and entrepreneurship and guaranteeing the restitution and protection of which is covered by a contract.

From the times of the Roman Empire, the civilized growth of economics has been based on the principle of *pacta sunt servanda*, whereby the fulfilment of a contract had a special, almost sacred significance. It was specifically trust in the binding nature of a contract and the expectation of conscientious conduct by the parties that has served as the foundation of contemporary economics, supported by law, for the transition from suspicion to trust¹. Trust arising from the reliability and solidity of a merchant's word gave rise to the development of enterprise in the Russian Empire. It is unlikely that a conscientious entrepreneur would be attracted to business in today's world in conditions of a crisis in trust between parties in entrepreneurial activity, aggravated by failure to fulfil contractual obligations, if lack of binding force in contracts becomes a "norm" of business conduct and the acquisition of a partner's property, ensuing from failure to fulfil contractual obligations, becomes a means of gaining profit.

The state is not empowered to interfere in private matters, yet it cannot remain aloof in matters pertaining to public interest and losses to business, citizens and the national economy. Pursuant to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, every physical or legal entity has the right to expect respect for its property; no entity may be deprived of its property unless in the public interest and on conditions envisaged by law and the general principles of international law; the state has the right to ensure observance of such laws as are perceived to be essential to exercising control over the use of property in accordance with general interests (article 1 "Protection of Property" Protocol № 1).

The state must not place the conscientious party of a contract and participants of economic activity that could involve high risks into an obviously unprofitable and unequal situation *vis-*

¹ See: *Luman N. Social Systems: Note on General Theory*. Saint Petersburg, 2007.

a-vis their unscrupulous partners, moreover as this would cause not only loss of profit, but also loss of property, the protection of which is envisaged not only by civil law, but also guaranteed by the Constitution of the Russian Federation *per se* and the norms of international law. In any event, state policy in the economic sphere should not create “preferences” for unscrupulous entrepreneurs. Nor should there be any privileges for any entities committing crimes in the entrepreneurial field, as was noted by the Constitutional Court in its Resolution dated December 11, 2014 № 32-II.

Experts estimate that fraud remains one of the most serious threats to companies both in Russia and world-wide. In Russia, 60% of companies have reported that they have been victims of economic crimes in the past two years, a figure significantly higher than the analogous global indicator (37%)². The field of financial services remains the most attractive for fraudsters in view of the broad spectrum inherent in private funds, assets and confidential data on clients, enhanced the very nature of this sector³. In such circumstances, lack of action by the state may cost the Russian economy very dear by being detrimental to the attraction of investment, commercial development, encouragement of honest entrepreneurs and support of their trust in the law and the state with its ability to provide effective protection of their rights and legitimate interests.

Without doubt, criminal law is only marginally useful for resolving economic problems, nevertheless it can and must contain sanctions regarding illegal enterprise, encroachment on property, serve as an instrument for protection of honest investments and the rights and legitimate interests of entrepreneurs, guarantee fair liability commensurate and adequate regarding the nature and danger to encroachments on the relationship between property and enterprise, and the threat of criminalization of this field of activity.

The interests of protecting property rights and entrepreneurial activity has dictated the institution of criminal liability for acts encroaching on property that undermine the foundations of honest enterprise, expressed by theft — committed with the mercenary aim of illegal gratuitous expunging and (or) turnover of another entity’s property to the benefit of the guilty party or other parties, that inflict damages on the proprietor or other owner of the said property — in the form of fraud, caused by premeditated failure to observe contractual obligations in the field of enterprise (Article 159-4 of the Criminal Code of the Russian Federation).

Theft, in its essence, has nothing in common with entrepreneurship as such. Fraudulent acquisition of property through deliberate failure to fulfil contractual obligations, as encroachment with a complex composition with a dual object — the relationship between property and the established procedure of entrepreneurial activity — constitutes a high degree of social danger, and thus presumes a higher and adequate liability for such acts.

As was noted by Boris Titov, plenipotentiary for the defence of entrepreneurs’ rights under the President of the Russian Federation, in conditions of the fall in prices for energy resources a firm, uncompromising, federal and even nationwide support for business, in the first place protection of entrepreneurs and private property, is the key question in not just development, but simply the survival of the country. Unless we reach a rapid understanding of the situation and do not take immediate remedial measures, then I fear we shall see no entrepreneurs in the country. And this means we shall see no economy capable of sustaining competition, nor social wellbeing. The current criminal policy creates a basis for interference into the sphere of enterprise for unscrupulous representatives of law enforcement agencies and the courts. This is

² Russian Review of Economic Crimes for 2014. P. 4.

³ A/CONF.222/PM.1

the view held by experts such as lawyers, representatives of legal associations, executive power structures and entrepreneurs who have been subjected to criminal prosecution. This includes seizures by raiders, the creation of a regime of unfair competition, “roofing” of illegal business, all of which discourages entrepreneurs from setting up and developing businesses of any size⁴.

Without doubt, lawful invested means, honest business and enterprise should have adequate protection, including in criminal court procedure and by the instruments at the disposal of criminal law, ensuring that honest investors have the legal means to preserve and increase their funds. Such entrepreneurs and investors are not interested in seeking loopholes in the law for the purpose of evading liability for criminal business, they need genuine legal protection of their rights and interests, clear and predictable legislation, including legal enforcement. In connection with this, it is no idle question to which side the “center of gravity” should shift regarding liability for fraudulent encroachment on property in the field of enterprise — toward its intensification or liberalization, in other words, firm defence of property belonging to entrepreneurs with the aid of criminal law, or of entities illegally encroaching on such property. The actual accent in this sphere shall determine whether business in Russia will be honest and safe, or criminally-oriented and thereby pose a high risk for honest entrepreneurs, as crime-favorable activity, including the matter of liability, is to the benefit of criminally inclined entities and therefore dangerous and unacceptable to law-abiding citizens, honest proprietors and entrepreneurs.

Proceeding on the basis of data furnished by B. Titov, more than half of consulted experts (56%) consider the conduct of business in Russia to be unsafe. 53% consider that Russian legislation does not provide adequate guarantees to protect business from unfounded criminal prosecution. It may therefore be postulated that every second entrepreneur “takes measure” of its likelihood of being threatened by criminal prosecution. Moreover, allowing for the fact that 60% of Russian companies have reported that they have been victims of economic crimes⁵, it may also be assumed that more than every second entrepreneur does not fear criminal liability, but criminal encroachment on its property, business, rights and legitimate interests. Consequently, legal policy aimed at protecting property and enterprise must be sufficiently balanced and adequate, and legal norms should exclude both unfounded criminal prosecution, and serve as a powerful factor in protecting the property and legitimate interests of entrepreneurs from encroachment.

Otherwise, if one examines the concept of protection and encouragement of enterprise in the sphere of criminal policy through the prism of possible evasion of criminal liability, this may lead to a general presumption of the criminal nature of business, the development of which is naturally facilitated by a relaxation of liability, only until the moment when such encroachment occurs with regard to the encroacher’s property.

The introduction of Article 159-4 into the Criminal Code of the Russian Federation was aimed at separating criminally liable acts from genuine entrepreneurial activity, preclude the possibility of resolving civil legal disputes by means of criminal prosecution, create a mechanism of protection for honest entrepreneurs from unfounded criminal prosecution and at the same time ensure that guilty parties shall not escape liability under the cover of a civil legal transaction. To this end, in its Resolution dated December 11, 2014 № 32-II, the Constitutional Court of the Russian Federation noted those constructive signs of elements of fraud in the field of enterprise, which indicate the presence of specifically criminal law and not civil law tort: culpable use for theft of another entity’s property or acquisition of rights to the same by

⁴ “Business under the ‘article’”. *Vedomosti*. December 2, 2014.

⁵ *Russian Review of Economic Crimes for 2014*. P.4.

means of fraud or abuse of trust in contractual obligations that will not be fulfilled intentionally (moreover not due to circumstances that may govern failure to fulfil resulting from the risk-prone nature of entrepreneurial activity), which indicates that the subject of the crime had a direct intention to commit fraud.

At the same time, the Constitutional Court also noted the ambiguous wording of the article, the overlooking of qualifying signs that increase the social danger of fraud and the related substantial disproportion in sanctions, which leads to violation of the principle of equality and also creates unequal legal consequences regarding failure to fulfil contracts executed in similar circumstances.

Nonetheless the Constitutional Court of the Russian Federation, while acknowledging the provisions of article 159-4 of the Criminal Code of the Russian Federation as inconsistent with the Constitution of the Russian Federation, indicated directly that its provisions establish punishment in the form of deprivation of liberty that is disproportionate to the social danger of fraud linked with deliberate failure to fulfil contractual obligations in the area of entrepreneurial activity.

As noted by the Constitutional Court of the Russian Federation, in cases where the measures envisaged by criminal law cease to correspond to social realities, leading to a weakened protection for constitutionally significant values or, on the contrary, to excessive application of state enforcement, the legislator — acting on the basis of the indicated constitutional principles — is obligated to bring criminal law prescriptions in line with new social realities (Resolution dated April 20, 2006 № 4-II).

By its content, such regulation cannot exclude elements of constitutionally justified feasibility. Thus the legislator, in determining the elements of a crime and relegating them to different categories, has the right to take into account the factual state of social attitudes in concrete historical conditions and the related need to increase protection of one or another right and legitimate interests, while observing the balance between constitutionally significant aims and values, and the constitutional principles of justice and equality.

Resolution of the question of criminal liability for encroachment in the economic field is no exception. In its Resolution dated December 11, 2014 № 32-II The Constitutional Court of the Russian Federation indicated not so much in its declarative as in its reasoned part, the shortcomings of article 159-4 of the Criminal Code of the Russian Federation, regarding diversion from the principle of the equality of participants of economic activity, neglect of the rights of the proprietor, discrepancies with the purposes of the criminal law pertaining to protection of property from criminal encroachment and prevention of crimes, by factors stimulating illegal actions against proprietors or other owners and violation of property rights, which the legislator, by virtue of the provisions of article 6 of the Federal constitutional law “Apropos the Constitutional Court of the Russian Federation” is obligated to eliminate. Otherwise, upon the expiry of the six months’ period from the date of promulgation of this Resolution, article 159-4 of the indicated Code loses legal force, as ensues directly from clause 3 of its declarative part.



References

- Luman N. (2007) *Sotsial'nye sistemy: ocherk obshchey teorii* [Social Systems: an Essay in General Theory]. Saint Petersburg.
- Rossiyskiy obzor ekonomicheskikh prestupleniy za 2014 god (2014) [Review of Economic Crimes in Russia, 2014]. Moscow.
- Vedomosti (2014). December 2.

Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice of 2014 (Tax Disputes)



Maxim V. Yuzvak

Consultant, lawyer, Legal Issues office, Candidate of Juridical Sciences. Address: 37 Ian Rainis Boulevard, Suite 1, Moscow, 125373 Russian Federation. E-mail: maxymv@yandex.ru



Abstract

Following the transfer of supervisory powers in the system of highest level arbitrazh courts to the Supreme Court of the Russian Federation, some 350 tax cases have been heard. On the basis of judicial acts passed, it is possible to establish the positions adopted by the Supreme Court of the RF in resolving tax disputes, set out the tax risks inherent in the process of performance of entrepreneurial activity, and also assess the outlook for court examinations with tax authorities. The article describes the general nature of acts of the Supreme Court of the RF and examines their significance in the formation of practice concerning tax disputes. The author addresses issues regarding the implementation of various judicial concepts (for example, the concept of the good faith of the taxpayer and due diligence). Attention is drawn to general questions of tax legislation in the part concerning application of the method of calculating tax obligations and distinction between various forms of tax control (cameral and field inspections). At present, the Russian government is paying particular attention to the administration of value added tax. A system of total control over payment of VAT is being instituted with the aid of electronic technologies (formation of the BIG DATA system). Consequently acts of the Supreme Court of the RF relating to disputes concerning VAT acquire special importance. The article analyzes the more interesting cases involving VAT examined by the Supreme Court in 2014. The author presents an evaluation of the feasibility of the approaches of the courts in resolving various disputes connected with VAT. In the practice of the Supreme Court of the RF, a significant number of acts touch upon questions pertaining to payment of tax on profit by organizations. This issue required their separate examination in the present article. Moreover, special attention is given to disputes connected with the application of agreements on avoidance of dual taxation upon the payment of tax on profit by organizations. The author notes the emergence of a negative tendency of divergence from the principle of the priority of international law in the resolution of tax disputes.



Keywords

SC RF (The Supreme Court of the Russian Federation), SCC RF (The Supreme Commercial Court of the Russian Federation), tax disputes, good faith, due diligence, VAT, profit tax

Citation: Yuzvak M.V. (2015) Trends in the Supreme Court of Russia Case Practice (Tax Disputes). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 136–147 (in English).

General Characteristics

An examination of the tax rulings authorized by Supreme Court of Russia¹ shows that the majority share relates to the honesty of tax-payers (tangible transactions, due diligence, and the optimization of taxation). Another relevant layer is represented by acts related to tax consequences of revising the cadastral costs of land plots. In addition, many disputes relate to the necessity to include subsidies allocated from the budget to compensate the losses of taxpayers when rendering services into the VAT.

As to the content of the rulings of the Supreme Court of Russia, they consistently contain a summary of the dispute, the position of parties (or inferior courts) and the position of the Court as to the conclusions contained in contested acts. Overall, this demonstrated content pattern allows a reader to understand the nature of the case and the approach of the Court, as the decisions should be taken into account by inferior courts when considering similar disputes. However, some rulings contain ambiguous text². Hence, the proposals to establish a fixed template of judicial acts hold³.

Please note that the Supreme Court refers heavily to the rulings of the former Supreme Commercial Court, which demonstrates judicial consistency. However, experts note that judicial approaches in tax disputes in the near future might be dramatically revised by the court's providing necessary clarifications⁴.

In most cases, the Supreme Court Judges do not see reasons to revise the rulings of inferior courts. In almost 400 cases, only five were given the Court attention and heard by three member panels of Supreme Court⁵. This statistic is incomparable to the activity of former Supreme Commercial Court. The latter court examined about 500 cases, and 20% of these were tax-related cases⁶. At the same time, this insignificant number of cases chosen for review is probably explained by the special attitude of the Supreme Court, currently being formed. Correcting particular judicial mistakes is not the major function of the higher institution. The mission of the Supreme Court of Russia is developing general approaches (policy) for dispute resolution (the so-called American model). Reviewing specific cases is a tool to implement this mission. The above approach started to be implemented during the tenure of Supreme Commercial Court.

¹ The acts of the Supreme Court of Russia include, in particular, the decisions of the Judicial Board on economic disputes, dismissal rulings taken by judges unanimously. Hence, the position of the Court is mostly analyzed through dismissal rulings. Currently, the status of dismissal rulings is unclear. However, an evaluation of tax-related consequences and risks requires an examination of the opinions from dismissal rulings and the definitions those opinions contain; those definitions are becoming references for the tax bodies.

² In particular, the definition of the Supreme Court of 21.08.2014 № 308-ЭС14-469.

³ *Mikhaylova O.R.* Metodologiya sudebnogo resheniya po nalogovym sporam kak garantiya pravil'nogo primeneniya sudebnogo pretsedenta. *Nalogoved*, 2013, no 1, p. 24–29.

⁴ Verkhovnyy sud займется арбитражной практикой. Vyacheslav Lebedev rasskazal o planakh. Website zakonru. 11.02.2015. // URL: http://zakon.ru/Discussions/verxovnyj_sud_zajmetsya_arbitrazhnoj_praktikoj_vyacheslav_lebedev_rasskazal_o_planax/16277 (accessed: 26.04.2015)

⁵ Delo Edinaya Evropa — S.B. (Ruling of the Supreme Court of 25.12.2014 № 305-KG14-1498); Delo IP Beluga Leonid Leont'evich (Ruling of the Supreme Court of 24.11.2014 № 307-ES14-162); Delo KB «Interkomerts» (Ruling of the Supreme Court of 13.11.2014 № 305-KG14-1350); Delo RN Kholding (Ruling of the Supreme Court of 25.09.2014 № 305-ES14-1234); Delo Aviakompaniya «Sibir» (Ruling of the Supreme Court of 23.09.2014 № 305-ES14-1210) // IPS Konsul'tantPlyus.

⁶ *Pepelyaev S.G.* Kak sokhranit' Nalogoved, no 1, pp. 4–6. According to data of system «Konsul'tantPlyus», from August to December 2013 Presidium of VAS RF had reviewed 18 cases with tax content.

In the case *Ryazan' Oil Refinery Company*⁷, the refusal to hear the case by the court was motivated by the fact that the opinion of the inferior court was *ad hoc* and, further, was otherwise an isolated case. In addition, the court also stated that the supervisory review procedure is an exceptional stage of the litigation process, aimed at ensuring a correct and uniform interpretation of the law. The conclusions made in the ruling caused doubt among specialists, as the opinion lacked explicit statutory grounds⁸.

V.V. Batsiev cites among the objective reasons for the economic board's inability to review a large number of cases incomplete a lack of adequate judicial staff⁹. However, the opposite logic may also be applied, i.e. the lack of judges causes the trend to review a fewer number of cases.

As to the general approach of the Court when judging tax cases, in our opinion, the following trend is developing: fewer tax disputes are judged in favor of tax payers. In other words, a budget-oriented approach is being applied.

Honesty of Taxpayers

General Comments

Having considered the issue of taxpayer honesty and tax benefits in 2014, the Supreme Court of Russia completely supported inferior courts, which in turn followed the ruling of Supreme Commercial Court no 53 of October 12, 2006.

We need to note that the number of judicial acts decided in favor of taxpayers is minimal, a conclusion confirmed by decisions of the Supreme Court of Russia. This situation may be explained by a tangible improvement in the work of regional tax bodies. A significant contribution is thought to be made in the positive statistics of tax bodies — more than 78 % of the amounts disputed by taxpayers in court were ruled in favor of the budget¹⁰ — at the expense of taxpayers in favor of the authorities. The above-mentioned budget-oriented approach should not be forgotten.

Studying the tangible nature of economic operations, a large amount of data has been accumulated on:

- the viability of economic operations;
- the activity of counteragents (signatures of a shell company); and
- connections between the counteragent and other unscrupulous companies (with the research not being limited to sub-counteragents).

Courts are more interested in cases with a sufficient body of evidence that confirms the cases of the tax bodies. Becoming rarer are cases similar to *Aliance EnergoStroys*, where the inspection was found to not show any absolute proof that the original documents did not confirm the reality of the disputable business transaction between the taxpayer and its counteragent, and hence, the transaction did not involve creating fictitious documents to obtain illegitimate tax benefits¹¹. Interestingly, when studying the issues of honesty and real nature of transactions, an

⁷ Ruling of the Supreme Court of Russia of 6.03.2014 № VAS-19880/13// IPS Konsul'tantPlyus.

⁸ Kartina Mesyatsa. *Nalogoved*, 2014, no 6, pp. 6–7.

⁹ Batsiev V.V. *Chuvstvo prava. Nalogoved*, 2015, no 1, p. 26.

¹⁰ Rukovoditel' FNS Rossii podvel itogi raboty nalogovykh organov za 2014 god na rasshirennoy kolle-gii. Website FNS Rossii. 24.02.2015. URL: http://www.nalog.ru/rn77/news/activities_fts/5316341/ (accessed: 26.04.2015).

¹¹ *Opredelenie Verkhovnogo Suda Rossiiskoy Federatsii ot 31.10.2014 № 306-KG14-3322 // IPS Konsul'tantPlyus* (accessed: 26.04.2015)

important significance is given to the information about the movement of cash to the accounts of counteragents¹². The lack of tax, administrative and commercial payments is grounds for monitoring by tax bodies. In the case *Ural'skiy Zavod gornogo oborudovaniya*, the court stated that cash flow scheme did not represent or endorse the actual taxpayer payment of and the acquisition of goods from these organizations.¹³

The *Korporatsyya RIAL* case stated that the flow of cash among the transaction participants is of a transient character and represents a closed cycle; the cash flow scheme and equipment exchange involved the taxpayer and interdependent persons; the transfer of cash was performed to create the impression of payments between the supplier and purchaser¹⁴.

In considering these types of cases, the court also takes into account the activity of the taxpayer and the subject matter of the transactions (work, services, etc.).

For example, in the *GT Sever* case, the court noted that disputable activities were to have been performed on the territory of a strategic enterprise of the military-industrial complex. However, the counteragent lacked the license to carry out work using information that constituted state secrets¹⁵.

In the case *Maslo Stavropolya*, the bad faith of the counteragent was shown by the lack of required storage space to store a specific commodity¹⁶.

New Approaches

Considering the issues of conscientiousness, the Supreme Court has suggested that the lower courts look at the following circumstances:

- the possibility of carrying out the controversial transaction by the tax payer individually; and
- the rationale for acquiring the products, goods and services.

In the case *Dorogi i tekhnologii*, the court took into account related to the opportunity of the taxpayer to carry out the disputed amount of work by its own efforts¹⁷. As the taxpayer had an opportunity to acquire the disputable goods without intermediaries directly from the producers, the person was denied the tax benefit in the case *Barnaul'skii molochonii kombinat*¹⁸.

¹² When evaluating information on accounts by tax bodies, taxpayers and courts should take into account the signs of transit accounts (transit operations) which were formulated by the Central Bank of Russia in the letter of December 31, 2014, no 236-T:

transferring cash to the client account from a large number of other residents from the accounts open in Russian banks with a further withdrawal;

withdrawal of cash from the account is made within the period not exceeding two days after their transfer; carried out regularly (daily);

carried out during a long period (at least three months);

The activity of client within which cash is deposited to the account and withdrawal of cash do not make obligations for the owner to pay taxes or tax load is minimal;

the account for the specified operations paying taxes or other obligatory payments in the RF budgetary system is not performed or performed insignificantly non comparable to the activity of the account owner.

¹³ Ruling of the Supreme Court of Russia of 09.09.2014 no 309-KI14-980 // IPS Konsul'tantPlyus.

¹⁴ Ruling of the Supreme Court of Russia of 25.11.2014 № 305-KI14-4238 // IPS Konsul'tantPlyus.

¹⁵ Ruling of the Supreme Court of Russia of 21.08.2014 № 307-ES14-210. See also Ruling of the Supreme Court of Russia of 27.11.2014 № 302-KG14-4494 // IPS Konsul'tantPlyus.

¹⁶ Ruling of the Supreme Court of Russia of 02.09.2014 № 308-ES14-489 // IPS Konsul'tantPlyus.

¹⁷ Ruling of the Supreme Court of 10.09.2014 № 310-KG14-940 // IPS Konsul'tantPlyus.

¹⁸ Ruling of the Supreme Court of 22.12.2014 № 304-KG14-3761 // IPS Konsul'tantPlyus.

The probe of the rationale for acquiring disputed goods was carried out in the case *Energo-Gaz-Noyabr'sk*. The courts held that the subject-matter of the lease (8 block-modular boilers) was not part of the economic activity of the taxpayer and was not a source of profit; the taxpayer knew in advance about the impossibility of applying the subject-matter of the lease in its industrial activity and only owned the unusable objects (the boilers) to minimize its tax load by characterizing the lease payments as part of income tax expenses, thus providing VAT tax deductions¹⁹.

Finally, the new approach was conceptualized in 2015 in the case *Opytnii zavod Neftekhim*²⁰. Experts studied the case due to its procedural aspects, since, in their view, the Judicial Board had reassess the evidence and sent the case for retrial²¹. However, the importance aspect of the dispute is in the following conclusions: in the absence of evidence of use of the claimed amount of controversial chemical raw materials in the production of the finished products, and sound economic justification of the need to acquire large shipment of goods, that, at a minimum, are used in the production activities of the Company, the economic operations could not be considered as having been made with the intention of getting economic benefit as a result of entrepreneurial or other economic activity²². Further development of this approach may mean that to claim tax benefits, a party will be required to prove not only the reality of the disputed operations, but also their usefulness. This, in turn, can lead to a contradiction with the conclusions of the Constitutional Court on the inadmissibility of assessing the feasibility of incurred expenses²³.

Due Diligence

Regarding due diligence, a conclusion can be drawn from the case *Chip-N* that a full assessment by the counteragents of only civil law consequences does not guarantee the lack of other adverse legal consequences. The parties should additionally take into account public law requirements, in particular the requirements of tax legislation²⁴. In other words, private actors in their activities should be guided by a public interest. This approach is unlikely to provide a balance between private and public interests, and with the absence of statutory regulations, the limits of taxpayers' obligations under due diligence in the face of public interests remain unclear.

Thus, the problem of specifying the norm of a taxpayer's due diligence responsibilities under the Tax code remains relevant²⁵.

In addition, taxpayers should pay attention to the case *Promelektrosnab*, where the court states that a person or entity committing large expenses (costs) and core business activities to a transaction without evaluating the business reputation of its counteragents cannot be recognized as a prudent display of due diligence²⁶.

¹⁹ Ruling of the Supreme Court of 31.10.2014 № 304-KG14-2861 // IPS Konsul'tantPlyus.

²⁰ See Analiz dela: Vypusk nalogovykh novostey za yanvar' 2015. Kanal Yuzvaka Maksima YouTube. URL: <http://www.youtube.com/watch?v=46IFZiKoajE>

²¹ *Shinyaeva N.* Verkhovny Sud razreshil seb e pereproverit' fakty v dele o nalogovoy vygode. Website Pravo. RU. 29.01.2015. Available at URL: <http://pravo.ru/review/view/115081/>.

²² Ruling of the Supreme Court of 03.02.2015 № 309-KG14-2191 // IPS Konsul'tantPlyus.

²³ Ruling of the Supreme Court of 16.12.2008 № 1072-O-O, of 04.06.2007 № 320-O-P, of 04.06.2007 № 366-O-P // IPS Konsul'tantPlyus.

²⁴ Ruling of the Supreme Court of 28.11.2014 № 305-KG14-4524 // IPS Konsul'tantPlyus.

²⁵ *Yuzvak M.V.* Genesis dolzhnoy osmotritel'nosti. *Nalogoved*, 2014, no 11, pp. 26–35.

²⁶ Ruling of the Supreme Court of 31.10.2014 № 309-KG14-2858 // IPS Konsul'tantPlyus.

Hence, entities in major transactions should conduct the most thorough due diligence of their counteragents without limit to simply checking their legal capacity.

Tax Optimization

Examining the issues of tax mitigation by establishing companies applying special tax regimes, the Supreme Court of Russia as a whole has maintained the practice established by the Supreme Commercial Court. Hence, to recognize a tax optimization scheme as legitimate and legal, it is necessary to establish the independent nature of the relevant companies. The cases of *Farmperspektiva* and *AgroNiva* are illustrative in this regard. In the first case, the court has indicated that all entities have distinct material and technical resources to carry out their activities using their own capital assets and personnel. Book-keeping and tax reports of taxpayers' counteragents cannot show the groundlessness of the tax benefits simply because they do not refute the economic justification and the real nature of the agreements between the company and its counteragents²⁷.

In the second case, it was noted on the contrary that all the taxpayer's officers and those of the counteragents did not divide the personnel into the employees of different entities, with taxpayer funds used only for the payment of wages to employees.

Based on these circumstances, the courts have concluded that the purpose of relations between the taxpayer and the contractors was to create an artificial situation, aimed at obtaining an unjustified tax benefit in the form of non-payment of tax on personal income from monies paid directly from the taxpayer's income to personnel²⁸.

General Questions of Tax Law

Method of Calculation

Experts have regularly noted that the current regulations of the RF Tax Code regarding the calculation method to determine tax obligations leads to controversies in enforcement practice²⁹.

The disputes examined by the Supreme Court in this sphere confirm this conclusion. In particular, a clear position is missing on the required accounting data for similar taxpayers (similar transactions) when applying a calculation method. Accordingly, there is a problem of unpredictability when determining the tax base and the size of tax liability in the calculation method, a problem which was raised in the Constitutional Court of the Russian Federation of 18.09.2014 № 1822-O, and remains relevant today.

Disputes similar to the case *IP Shumakov Alexander Alekseevich* are quite common. The court in that case held that utilizing data from other similar taxpayers when applying the calculation method is determined depending on the size and content of the information on the taxpayer available for a tax body and the absence of such data is not grounds to rule the calculation erroneous or illegal³⁰.

²⁷ Ruling of the Supreme Court of 10.10.2014 № 306-KГ14-1504.

²⁸ Ruling of the Supreme Court of 07.11.2014 № 309-ЭC14-1869.

²⁹ See.: *Novichenko O.V., Obukhova M.I.* Osobennosti rassmotreniya arbitrazhnyimi sudami sporov o primeneniі raschetnogo metoda opredeleniya summ nalogov. *Nalogoved*, 2014, no 9, p. 41–47; *Churyaev A.V.* Opredelenie nalogovym organom summy naloga raschetnym putem: voprosy metodologii. *Nalogoved*, 2013, no 9, p. 39–47; *Yuzvak M.V.* Analogiya v nalogovom prave: monografiya. Moscow, 2014, pp. 20–30.

³⁰ Ruling of the Supreme Court of 31.10.2014 № 305-KГ14-3032. IPS Konsul'tantPlyus.

Using the data of similar taxpayers I think that this conclusion lacks a regulatory basis. Moreover, despite the fact that the calculation method allows determining only an approximate amount for tax liability³¹, it does not mean that the tax authorities should not seek a highly reliable calculation method. Applying data from similar taxpayers is not only much closer to the real indicators of taxpayer's liability, but it is also an important screening tool for the relevance of the information on the taxpayer, information which is used by the tax authorities when determining tax liabilities.

Nature of Cameral Tax Audit

Currently, no clear approach has been formed to differentiate a cameral tax audit from a field tax audit. An attempt has been made in the case *InTekhMontazh*, where the authority of the tax body on tax control in office audits was restricted by the provisions of article 88 of the Russian Federation Tax Code. The restriction relates to both the number of documents subject to audit and possible sources for obtaining the necessary information or documents. As a result, the information obtained during a third-party audit procedure should be ignored within an office audit³².

However, this conclusion is likely to be an exception from the apparent tendency of generalizing two forms of tax control. The possibility of implementing the powers under Articles 91 and 92 of the Tax Code as part of office audits, and the ruling of the Constitutional Court of Russian Federation on the acceptability of checking the real nature of business operations within office audit³³ show that the practice of dividing the forms of control is unlikely to be implemented.

VAT

General Notes

Special attention can be drawn to the attitude of the Supreme Court to VAT. The year 2015 is associated with the struggle against unfair VAT deductions. Toughened VAT tax control has been announced by the head of the Russian Federal Tax Service. The application of BIG DATA provides an opportunity generate electronic taxpayer profiles. Thus, persons who in the opinion of tax experts have resorted to unjustified tax deductions will be scrutinized. Further, law enforcement bodies have been advised to get involved in **office audits** (emphasis added — M. Yu.) on VAT³⁴. We should also expect a toughened judicial practice, which has already been noticed in 2014.

Deductions and Arrears

The case *RN Kholding*³⁵ touched upon the deep-rooted problem of the correspondence between excessively tax reimbursements and arrears. A new stage in the development has started in the

³¹ Decision of the Presidium of the RF SCC RF of 22.06.2010 no 5/10. IPS Konsul'tantPlyus.

³² Ruling of the Supreme Court of 30.09.2014 no 310-KG14-2017 // IPS Konsul'tantPlyus.

³³ Ruling of the Constitutional Court of 20.11.2014 no 2621-O. IPS // Konsul'tantPlyus.

³⁴ Since 2015, the Federal Tax Service will arrange a dossier on every VAT payee. Website Klerk 24.02.2015. URL: <http://www.klerk.ru/buh/news/412274/> (accessed 26.04.2015).

³⁵ Ruling of the Supreme Court of 25.09.2014. Case no 305-ES14-1234 // IPS Konsul'tantPlyus.

case *Karabulalesprom*, in which the RF Supreme Commercial Court Presidium equated the attempt to charge an unjustly recovered amount of tax to arrears. In fact, the RF Supreme Commercial Court used an analogy, while violating the limits of its application³⁶. Note that the artificial nature of this approach has been confirmed by the fact that the approach has been codified in point 8 of Article 101 in the Russian Federation Tax Code and does not exclude disputes without a single court decision³⁷.

The case *RN Kholding* contained an issue on the possible penalty due under article 75 of the Tax Code, equating the penalties to the amount excessively paid VAT if the amount of VAT tax deductions exceeded the VAT amount several times. Thus, the taxpayer was not obliged to pay VAT. The controversy has been furthered by the lack of a single approach both among inferior and supreme courts. The panel of judges in the Supreme Commercial Court took into account the following:

- accrual of penalties directly related to the late payment of taxes;

Reducing the size of VAT tax deductions confirmed by the taxpayer in tax returns does not involve the calculations of penalties if the VAT amount resulting from such a decrease does not exceed tax deduction amounts.

The opinion on *Karabulaleprom* was not applicable, as the Presidium which examined the case did not study the questions of liabilities and penalties.

However, the board of judges on economic disputes supported the side of the tax body and pointed to the impossibility of accruing penalties under Article 75 of the Tax Code to the amount of unjustly recovered VAT as it would be a breach of the balance between private and public interests. However, under the opinion of the Court the definition of arrears under point 2 of Article 11 of the Tax Code is not an obstacle for accruing penalties to the amount of unjustly recovered VAT.

The case *RN Kholding* is a good example of a budget orientated approach where there is a gap in the tax regulations.

Searching VAT

Disputes on the presence or absence of VAT in the cost of products (works, services, are) are regularly studied by the commercial courts. To establish a single approach to resolve such cases, the Supreme Commercial Court in point 17 of Decree no 53 set the disputable presumption of including the VAT in the price. However, the explanation of the Supreme Commercial Court has not decreased the number of disputes and cases. Moreover, under point 17 the Supreme Court alone has the power to issue clarifications.

In particular, the case *Yashaltinskaoe dorozhnoe upravlenie*³⁸ notes that on the basis of explanations to point 17, no conclusion has been issued that courts should rely only on the factual statements when establishing the price in agreements without including the tax amount. Hence, other circumstances require examination of the agreement.

The case *IP Beluga Leonid Leont'evich*³⁹ says that when applying point 17, the ruling of Supreme Commercial Court in case *Astra*⁴⁰ should be taken into account. In that ruling, the Court

³⁶ Yuzvak M.V. Op. cit. Pp. 116–131.

³⁷ See: Duyunov A.G. Vзыскание sanktsiy za novyy vid nedoimki. *Nalogoved*, 2014, no 4, pp. 61–65.

³⁸ Ruling of the Supreme Court of 17.12.2014 № 308-KГ14-3472 // IPS

³⁹ Ruling of the Supreme Court of 24.11.2014 № 307-ES14-162 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴⁰ Ruling of Presidium of Supreme Commercial Court of 18.09.2012 № 3139/12 // IPS Konsul'tantPlyus.

concluded that the price set on the basis of an evaluator's report includes VAT if no proof is provided that the market price of the possession on sale was set without VAT. At the same time, the Supreme Court considered the reference to the case of KUI g. Kamyshin,⁴¹ where, under the implementation of municipal possession, the price was set by the evaluator without VAT, and to calculate the tax, the rate 18/118 is required. The Supreme Court referred to the specifics of subjective evidence in the case KUI g. Kamyshin.

Discounts, bonuses

Disputes continue on the necessity to adjust the tax basis and the amount of deductions in connection with the providing of reductions and premiums. The cases *Torgovaya Kompaniya Rodas*⁴² and *Altayoptfarm*⁴³ are worth studying. The court followed the position that the obligation to adjust tax consequences did not relate to following formal conditions: issuing an adjusted invoice, with a reduction of the price at the expense of discounts. Instead, one should consider an actual decrease in the price of product.

Overall, it should be stated that there is an absence of clear guidelines for the legal regulation of and enforcement approaches to the tax consequences related to discounts⁴⁴.

Other VAT-related Issues

When involved in business, taxpayers should take into account the following disputes:

The tax consequences of an invalid transaction were touched upon in the case *Udmurtgeologiya*⁴⁵. In that dispute, the Supreme Court supported the opinion of inferior courts that all the adjustments are made in the month when the transaction was recognized invalid.

In the case *SiburTyumen'Gaz*⁴⁶, the Court ruled so as to avoid contradicting the Tax Code, that there is a partial restoration of deductible VAT in payment advances depending on the amount of preliminary payments (advance), calculated as part of the payment for the succeeding shipment.

Finally, air carriers should study the case *Donavia*⁴⁷, in which the court confirmed the right to apply a zero rate to code-sharing agreements (the treaty is used to transfer liabilities to one person from the other). A study of similar disputes continued in 2015⁴⁸.

⁴¹ Ruling of the Presidium of the Supreme Commercial Court of 08.04.2014 № 17383/13 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴² Ruling of the Supreme Court of 14.08.2014 № 305-ES14-130 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴³ Ruling of the Supreme Court of 14.11.2014 № 304-KG14-3204 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴⁴ See: *Zolotareva A.B. Skidka bez izmeneniya tseny — paradoks ili ekonomicheskaya real'nost'?* *Nalogoved*, 2014, no 12, pp. 53–61; *Savseris S.V. NDS s premiy: shatkoe ravnovesie* // *Nalogoved*, 2014, no 12, pp. 62–65. In 2015 the Supreme Court in the case *Kemerovskiy avtotsentr KAMAZ* having settled that the terms of supply agreement did not provide the change of price of supplied goods resulted from the payment of bonus for achieving some level of supply by the payer came to the conclusion on the illegality to qualify the bonuses as sale discounts as the bonuses in dispute did not reduce the price of the acquired goods. The lack of proof of adjusting the tax basis was also taken into account. The Court concluded that there was no legal ground for the taxpayer to restore the earlier deductible vat in proportion to the bonuses of achieving a certain level of purchases. (Ruling of the Supreme Court of 17.02.2015 № 304-KG14-3095 // IPS Konsul'tantPlyus).

⁴⁵ Ruling of the Supreme Court of 09.10.2014 № 309-KG14-2300 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴⁶ Ruling of the Supreme Court of 24.11.2014 № 304-KT14-3718 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴⁷ Ruling of the Supreme Court of 29.12.2014 № 305-KG14-3304 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁴⁸ Ruling of the Supreme Court of 30.01.2015 № 303-KG14-4910 // IPS Konsul'tantPlyus.

Profit Tax

Cards, Money...

Supreme Court of Russia in 2014 considered a most complicated in terms of law the case *Edinaya Evropa — S.B.*⁴⁹ by. The court needed to decide which of the norms (point 8 or 18 of Article 250 of the Tax Code) was applicable when calculating the amounts received from expired gift cards. Deciding for point 8 of article 250 of the Tax Code, the judges considered the following:

Payment by gift cards and their transfer to legal entities is a complete sale and purchase agreement. Hence, the taxpayer has no obligation to return money.

The conditions enabling the return of cash on non-used cards is part of the marketing policy and does not influence the legal qualification of the relations between the parties.

However, the explanation provided by the court is subject to questions. V.Batsiev rightly notes that determining the tax consequences of the relationship should be considered comprehensively⁵⁰. In this case, the court considered certain stages of unified relations (third party agreements) as discrete transactions with separate tax consequences. In addition, a point for concern is that when evaluating disputable amounts, the contractual terms on the return of amounts on expired cards were ignored.

The case *Edinaya Evropa — S.B.* is a serious case for taxpayers using gift cards (certificates) to compare their practice to the position of the Supreme Court and assess the risks they face. However, the Supreme Court provided some possibility to calculate the amounts on expired cards under point 18 of Article 250 of the Tax Code. It requires:

- the possibility of controlling the performance of agreements as to return of unused cash by natural persons.
- Available documents confirming the amount of unused money; and
- Agreements should contain the obligation to return money upon the production of an expired card.

Thus, changes to agreements will help decrease the claims but does not exclude the risk entirely.

Case Severniy Kuzbass is on

Unfortunately, the hopes of experts to review the practice of the priority of national legislation (article 269 of the Tax Code) to international agreements when paying interest on liabilities were dashed.

In all the cases of examining these types of cases, the Supreme Court followed the ruling of the Supreme Commercial Court⁵¹:

*Case Severneftegazprom*⁵² (agreement with Germany)

*Case British American Tobacco — Saint Petersburg*⁵³ (agreement with the Netherlands);

⁴⁹ Ruling of the Supreme Court of 25.12.2014 № 305-KG14-1498 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵⁰ *Batsiev V.V.* Op. cit. P. 12.

⁵¹ Ruling of the Presidium of Supreme Commercial Court of 15.11.2011 № 8654/11 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵² Ruling of the Supreme Court of 13.10.2014 № 304-KG14-2268 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵³ Ruling of the Supreme Court of 25.11.2014 № 305-KG14-4260 // IPS Konsul'tantPlyus.

*Case Rzhevskiy Domostroitel'niy Kombinat*⁵⁴ (agreement with Cyprus).

One should not be surprised with the consistency of the Supreme Court. On the one hand, the Constitutional Court of Russian Federation⁵⁵ did not notice anything wrong with the application of article 269 of the Tax Code. On the other hand, judges see in such cases a basic way of minimizing tax obligations⁵⁶ which requires counteraction.

The presented practice shows that the Russian legal system neglects the principle of the priority of international law to national ones. Moreover, ideas are expressed to exclude provisions stating this principle⁵⁷ from the Constitution of Russia.

Miscellaneous

The first tax case reviewed by the Judicial board on economic disputes was *Aviakompaniya Sibir*⁵⁸. However, the unanswered question remains why the cassation court⁵⁹ decided to support accruing penalties to a tax agent on the production of residence certificates of a foreign company excluding the taxation of profits.

Supreme Commercial Court has formed the position that the confirmed location of a foreign person preceding or succeeding the payment period excludes any negative consequences for a tax agent even if the confirmation was missing at the period of payment⁶⁰. The Supreme Court continued the line of Supreme Commercial Court and pointed out that as under Article 75 of the Tax Code penalties ensure the performance of tax liability and the inspection due to the on-site tax audits revealed an absence of this liability for the taxpayer, and as the responsibility for providing residence certificates after paying profit was not established by the Tax Code, the inspection lacked grounds to enforce the accruing penalty.

The case *KB Intekommerz*⁶¹ related to a special issue of calculating damages on sale and purchase transactions of currency (conversion transactions). However, the approach applied by the Supreme Court is relevant to all tax payers when determining tax consequences. In particular, the taxpayer specified that all the transactions in foreign currency are considered to be transactions on the supply of an object with a delay in performance. Due to this, the financial result was calculated on a total tax basis. However, the court ruled that the disputable transactions are undeliverable, which suggests a separate definition of a tax basis. At that, the provisions of accounting policy are not sufficient to apply a privileged calculation.

Thus, the tax consequences of business operations including transactions are determined by the circumstances but not the qualification of accounting policy⁶².

⁵⁴ Ruling of the Supreme Court of 05.11.2014 № 307-KG14-3037 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵⁵ Ruling of the Supreme Court of 17.07.2014 № 1578-O // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵⁶ *Batsiev V.V.* Op. cit. P. 16.

⁵⁷ The head of the Investigation Committee suggested excluding from the Constitution the principle of priority of international law to the national one // website Interfaks. 26.02.2015 // URL: <http://www.interfax.ru/russia/426619> (accessed 26.04.2015).

⁵⁸ Ruling of the Supreme Court of 23.09.2014 № 305-ES14-1210 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁵⁹ Ruling of the Federal Antimonopolny Service, Moscow District of 23.01.2014 № F05-16791/2013 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁶⁰ Ruling of the Presidium of the Supreme Commercial Court of 06.02.2007 № 13225/06, of 29.05.2007 № 1646/07 // IPS Konsul'tantPlyus. The acts though related to the question of tax liability under article 123 of the Tax Code but set a trend in considering this type of disputes.

⁶¹ Ruling of the Supreme Court of 13.11.2014 № 305-KG14-1350 // IPS Konsul'tantPlyus.

⁶² In 2015, a similar approach was used in the case *Shaturskaya fabrika myagkoy mebeli* in which direct ex-



References

- Batsiev V.V. (2015) Chuvstvo prava [Sense of Law]. *Nalogoved*, no 9, pp.12–26.
- Churyaev A.V. (2013) Opredelenie nalogovym organom summy naloga raschetnym putem: voprosy metodologii [Determining in a Tax Body a Tax Amount by Calculation: Issues of Methodology]. *Nalogoved*, no 9, pp. 39–47.
- Duyunov A.G. (2014) Vzykanie sanktsiy za novyy vid nedoimki [Sanctions for a New Type of Arrears]. *Nalogoved*, no 4, p. 61–65.
- Glava Sledstvennogo komiteta predlozhit' iskluchit' iz Konstitutsii printsip prioriteta mezhdunarodnogo prava nad natsional'nym [Head of Investigation Committee Proposes to Exclude Principle of Priority of International Law to the National One from the Constitution]. Website Interfaks. // Available at: URL: <http://www.interfax.ru/russia/426619> (accessed: 26.04.2015).
- Kartina mesyatsa* [Picture is Changing]. *Nalogoved*. 2014, no 6, pp. 6–7.
- Mikhaylova O.R. (2013) Metodologiya sudebnogo resheniya po nalogovym sporam kak garantiya pravil'nogo primeneniya sudebnogo pretседента [Methodology of Judicial Decision Concerning Tax Disputes]. *Nalogoved*, no 1, pp. 24–29.
- Nalogovye manevry 2015: novoe v zakonodatel'stve i praktike: otsenka ekspertov [Tax Matters, 2015: New in Legislation and Practice]. Web-site of *Nalogoved* journal. 25.02.2015 // Available at: URL: <http://nalogoved.ru/news/3177> accessed: 26.04.2015).
- Novichenko O.V., Obukhova M.I. (2014) Osobennosti rassmotreniya arbitrazhnymi sudami sporov o primeneniі raschetnogo metoda opredeleniya summ nalogov [Specifics of Trying Tax Disputes on Applying Calculation Method to Determine the Amount of Taxes]. *Nalogoved*, no 9, p. 41–47.
- Pepelyaev S.G. (2014) Kak sokhranit'? [How to Save?]. *Nalogoved*, no 1, p. 4–6.
- Rukovoditel' FNS Rossii podvel itogi raboty nalogovykh organov za 2014 god [Head of Federal Tax Board about Results of 2014] // Web-site of Federal Tax Board. 24.02.2015. URL: http://www.nalog.ru/rn77/news/activities_fts/5316341/ (accessed: 26.04.2015).
- S 2015 goda FNS zavedet na kazhdogo platel'shchika NDS otdel'nuyu nalogovuyu istoriyu [In 2015, the Federal Tax Board Arranges a Separate Tax Profile for Every VAT Payer]. Website Klerk. URL: <http://www.klerk.ru/buh/news/412274/>. (accessed: 26.04.2015).
- Savseris S.V. (2014) Nalog na dobavlennoy stoimost s premiy: shatkoe ravnovesie [VAT on Bonuses: a Balancing Act]. *Nalogoved*, no 12, p. 62–65.
- Shinyaeva N. VS razreshil sebe pereproverit' fakty v dele o nalogovoy vygode. Website Pravo.RU. 29.01.2015. URL: <http://pravo.ru/review/view/115081/> (accessed: 26.04.2015).
- Verkhovnyy sud zaymetsya arbitrazhnoy praktikoy. Vyacheslav Lebedev rasskazal o planakh. Web-site zakonru. 11.02.2015. URL: http://zakon.ru/Discussions/verxovnyj_sud_zajmetsya_arbitrazhnoj_praktikoj_vyacheslav_lebedev_rasskazal_o_planax/16277 (accessed: 26.04.2015).
- Vypusk nalogovykh novostey za yanvar' 2015. Kanal Yuzvaka Maksima. YouTube. URL: <http://www.youtube.com/watch?v=46IFZiKoaJE> (accessed: 26.04.2015).
- Yuzvak M.V. (2014) Analogiya v nalogovom prave: monografiya [Analogy in Tax Law. Monograph]. Moscow: Infra-M, 138 p.
- Yuzvak M.V. (2014) Genezis dolzhnoy osmotritel'nosti [Genesis of Due Diligence]. *Nalogoved*, no 11, pp. 26–35.
- Zolotareva A.B. (2014) Skidka bez izmeneniya tseny — paradoks ili ekonomicheskaya real'nost'? [Discount without Changing Price — Paradox or Economic Reality?]. *Nalogoved*, no 12, p. 53–61.

penses included expenses on lease payments for using the facility for furniture assembly though the accounting policy on the list of direct expenses this type was not mentioned (Ruling of the Supreme Court of 12.01.2015 no 305-KG14-7150 // IPS Konsul'tantPlyus).

Some Remarks about Legal Systems Integrity



Mikhail Antonov

Associate Professor, Department of History and Theory of Law and State, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg Campus), Candidate of Juridical Sciences. Address: 16 Soyuz Pechatnikov Str., Saint Petersburg, 190008, Russian Federation. E-mail: mantonov@hse.ru



Abstract

This paper aims to analyse the philosophical premises on which the idea of unity of law (the identity of legal systems) is based. In the history of legal philosophy, this idea found its main arguments in the presumption of totality of legal regulation. Such totality affected the philosophical tenets of holism, according to which law is not limited to positive-law rules and institutes. Law refers to supreme values, which supersede legal instruments created by human beings and collectives to regulate their behaviour. This argument implies that there are higher values, such as justice, good, etc., which underlie all social relations and which provide the binding force for positive law. The author argues that this line of thought is based on philosophical objectivism and naturalism, and can easily lead to the primacy of the social over the individual. To substantiate the idea of the systematicity of law, one can turn to modern debates on the logic of social cohesion and construct a legal system identity as a purely intellectual hypothesis necessary for thinking about law. This integrity can be described as a unity of discourse, or as a unity of societal practices. This reconstruction of the integrity of law can be extended by appealing to the basic ideas of the normative philosophy of law (from Hart and Kelsen to Raz and Dworkin) and is reconcilable with the conception of normative systems of Bulygin–Alchourron.



Keywords

normativity; social control; legal system; positivity of law; unity of law; identity of legal systems.

Citation: Antonov M.V. (2015) Some Remarks about Legal Systems Integrity. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 148–165 (in English).

For decades the problem of legal systems' integrity¹ has been an almost unchallenged preserve of jurists, who attempted to rationalize and universalize the forms of their professional discourse, with law conceived of as a system. But this restriction of scope has not always been characteristic, and, currently, is losing favour again. The body of literature devoted to legal systems' integrity has expanded following the development of *ius commune* in Western Europe in the Middle Ages². This literature points out various dimensions of integrity and suggests

¹ In this paper I treat the terms 'integrity of the legal system' and 'unity of law' as interchangeable, although, of course, they can be separated with a view to applying to other theoretical research tasks.

² E.g., Cairns J.W. and du Plessis P. (eds.) *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2010; Bellomo M. *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800*. Washington: Catholic University of America Press, 1995.

rich perspectives of unity in contemporary legal systems³. The recent revival of this issue in a variety of approaches suggests that there is wider theoretical concern in legal logic. The literature considered in this article points to the significance of the coherence of the legal discourse and also to serious ambiguities in theoretical debates that make the development of a rigorous theoretical approach to unity of law a pressing need⁴.

The major objective of this paper is to reassess the idea of unity of law in light of some principal philosophical doctrines. No attempts, however, will be made to describe particular theories; only general trends will be discussed, with references to particular examples illustrating these trends. It would be unrealistic to try to provide a full survey of the voluminous literature related to this topic. At the same time, it should be mentioned that the idea of unity of law is not something conceptually monolithic and allows for different readings. In legal and social philosophy it is used to convey various thoughts and inspirations: logical unity of legal propositions⁵; epistemological unity of phenomena unified under the term “law”⁶; factual unity of societal regulation⁷; axiological unity of a hierarchy of legal values⁸; procedural unity of legal reasoning⁹, etc. This idea has always been present in Western legal philosophy and has been posited in a variety of ways. In this paper, I consider only this Western aspect, as the analysis of this idea in the legal philosophies of India, China and other non-Western civilizations would require much more extensive research. Such considerations demand a different view of law and its relationship to government from that of simple legal instrumentalism. Unity of law becomes something more than a truism when we adopt a view of law that treats it as a combination of varied types of social regulation¹⁰.

From this point of view, law, as an institutionalized entity, does not necessarily appear as a monolithic whole, but might be better thought of as a complex structure of interweaving layers of social and intellectual realities. A caveat should be added here: I do not assert that this theme is omnipresent to the extent that *each* legal philosopher was/is anxious to investigate this idea of unity. Rather, my conviction is that a philosopher who sets out to understand the nature of law should (if he or she wants to be coherent and conclusive) deal with the issue of the unity of law — at least conceptually, legal thinking requires an assumption that there is a more or less unified entity behind the term “law”¹¹, which itself is not a natural entity¹². From this perspec-

³ Dyzenhaus D.(ed.) *The Unity of Public Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

⁴ See *Luhmann N. Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

⁵ *Alchourrón C., Bulygin E. Normative Systems*. Berlin, New York: Springer, 1971; *Beltrán J., Ratti G. (eds.) The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁶ E.g., *Teubner G. How the Law Thinks: toward a Constructivist Epistemology of Law*. 23(5) *Law and Society Review*, 1989, pp. 727–758.

⁷ E.g., *Bourdieu P. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*. 38(5) *Hastings Law Journal*, 1986, pp. 814–853.

⁸ E.g., *Furton E. Restoring the Hierarchy of Values to Thomistic Natural Law*. 39(1) *American Journal of Jurisprudence*, 1994, pp. 373–395.

⁹ *Stone J. Legal System and Lawyers' Reasoning*. London: Stevens, 1965.

¹⁰ See different readings of the problem of the closure of legal systems (which is tantamount to the problem of legal system integrity) in: *Cotterrell R. Sociological Perspectives on Legal Closure in idem, Law's Community*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 91–100. Cotterrell distinguishes normative and discursive closures as two main ideal types of legal systems' integrity.

¹¹ This term usually implies the broad sense of right (*ius*) and the narrow sense of coercive commands (*lex*). See *Hart H. The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 207–212.

¹² *Schauer F. Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

tive, this issue appears to be one of the central cornerstones of legal philosophy. A fundamental problem lies in the difficulty of identifying unifying elements that would make it possible to speak of a legal community or of a legal system. Dworkin's research¹³ of legal principles and policies, which are established by interpretation through rational debate among members of an interpretive community, shows the limits of legal philosophy, confined to search for the unity of its object — law. The mysticism penetrating Durkheim's legal sociology¹⁴ is characteristic of the perils of communitarian social philosophy¹⁵, which conceives of law as an "external index" symbolizing the nature of social solidarity¹⁶. Various scholars have offered their conceptions of unity in order to make the diversity of legal life compatible with the requirements of law's systematic rational nature. I begin my study with the analysis of some of these conceptions¹⁷.

In legal philosophy, the legal system identity thesis has traditionally been described from a metaphysical point of view. This can be traced to the implications made by Plato that law is justice, and justice is something that is whole and encompasses all aspects. For Plato it is an idea that allows us to consider diverse and factually different phenomena as conceptual entities. This is also the case with law, which is not only a heterogeneous set of rules and propositions, but is also the whole that represents the idea of justice¹⁸. From this perspective, a legal order would collapse without the idea of justice underpinning it. As Hans Kelsen masterly shows, Plato did not exactly differentiate between law (just norms of behaviour) and laws (formally binding statutes)¹⁹, and neither did Aristotle²⁰. This approach in Western legal philosophy was reiterated by numerous adherents of the natural-law doctrine²¹. To them identity of law was a logical sequence arising from social cohesion, i.e. the solidarity of people who create a society²². On the basis of the unity of virtues, Plato claimed that all of virtues were somehow one, comprising a certain kind of knowledge²³. This knowledge belonged to a particular stratum of people, the philosophers, who rule in the ideal state. This logic of integrity led Plato's thesis of political unity. In this view, "the whole community must become as one large family, in which every member regards all others as family relations"²⁴. This logic of holism characterizes most natural-law doctrines, which I demonstrate below²⁵.

¹³ *Dworkin R.* A Matter of Principle. Cambridge: Harvard University Press, 1985); idem. Law's Empire. Cambridge: Harvard University Press, 1986); idem. Justice for Hedgehogs (Cambridge: Harvard University Press, 2011).

¹⁴ See *Cladis M.* A Communitarian Defense of Liberalism: Emile Durkheim and Contemporary Social Theory. Stanford University Press, 1994.

¹⁵ See *Etzioni A.* New Communitarian Thinking (Charlottesville: University of Virginia Press, 1995); *Tams H.* Communitarianism: A New Agenda for Politics and Citizenship. Basingstoke: Macmillan, 1998.

¹⁶ See *Durkheim E.* The Division of Labor in Society. New York: Free Press, 1997.

¹⁷ *Adams D.* Philosophical Problems in the Law. Wadsworth: California State Polytechnic University, 2000.

¹⁸ *Schofield M.* Plato on Unity and Sameness. 24(1) *The Classical Quarterly*, 1974, pp. 33–45.

¹⁹ *Kelsen H.* Platonic Justice. 48(3) *Ethics* (1938–1939), pp. 367–400.

²⁰ *Kelsen H.* Aristotle's Doctrine of Justice. Walsh J. (ed.) *Aristotle's Ethics*. Wadsworth, 1967. Pp. 102–119.

²¹ *D'Entréves A.* Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy. London: Hutchinson, 1952.

²² *Peláez F.* The Threads of Natural Law: Unraveling a Philosophical Tradition. New York etc.: Springer, 2013).

²³ *Devereux D.* The Unity of the Virtues in Plato's Protagoras and Laches. 101(4) *The Philosophical Review*, 1992. P. 765–789.

²⁴ *Sayers S.* Plato's Republic: An Introduction. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1999. P. 46.

²⁵ Although it can also be characteristic for positivism, as a holistic concept of law can claim that it is the legal order that gives rise to legal consequences, so that the declaration of the will is only a precondition that

Aristotle criticized Plato's conception of the factual unity of social life because "the nature of a state is to be a plurality, and in tending to greater unity, from being a state, it becomes a family, and from being a family, an individual"²⁶, so that, "we ought not to attain this greatest unity even if we could, for it would be the destruction of the state. Again, a state is not made up only of so many men, but of different kinds of men; for similars do not constitute a state"²⁷. Nonetheless, Aristotle did not abandon the conception of unity, instead transposing it from a factual into an ideal, intellectual dimension: "The virtue of justice is a thing belonging to the city. For adjudication is an arrangement of the political partnership, and adjudication is judgment as to what is just"²⁸. Aristotle's political ideal was a polity which occurred when many ruled in the interest of the political community as a whole. Any political and legal structure can be considered just when it corresponds to the innate human striving for sociability (to recall Aristotle's famous characterization of a human being as a *zoon politikon*, a political animal). Despite some important discrepancies in their respective philosophical systems, both great thinkers asserted, though somewhat differently, that societal regulation will inevitably be based on specific values of justice and sociability. Social existence presupposes that various human representations of these values are necessarily shaped by some metaphysical entities, such as ideas (for Plato) or forms (for Aristotle)²⁹. These conceptions gave quite plausible explanations for unity of law in the terms of historical social philosophy in which the social superseded the individual, as Benjamin Constant famously reasoned in 1816³⁰.

Later, partly rooted in the Plato-Aristotle philosophical tradition, the natural-law doctrine, first outlined by Cicero and the Stoics and developed by the Fathers of the Christian Church, emerged. This doctrine sought to explain rationality of political and legal life through their unison in immutable precepts of Nature and the Universe. Law is a reflection of a higher ideal order created either by Nature or by God. Law thereby acquired a double perspective: a timeless order (divine and eternal law in Aquinas's legal conception) and a reproduction of this order in factual reality (natural and positive law in the same conception). The connotations of order and justice therefore imply a continuum of values which extend far beyond procedural values directly reflected in the forms of adjudication and the application of law, as conceived by ancient Greeks³¹. In light of the emphasis on the individual in the new Christian doctrine, it could be suggested that unity of law depends ultimately on the belief of individual actors that law promotes, within the limits imposed by its "essential" spiritual nature as a consistent and comprehensive rational system of regulation, what is most fundamental between the values of justice and order (surely, in fact, the final choice depends on a range of ever-changing variables). This doctrine already contains detailed conceptual elaborations of justice and order, which specify the choices available to individuals and the scope of human personality and its expression³².

has to be fulfilled (see: *Postema G.* Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence. 35(1) *Noûs*, 2001. Pp. 470–501).

²⁶ *Aristotle.* Politics. New York: The Modern Library, 1943. 1261a16–20.

²⁷ *Ibid.* 1261a22–24.

²⁸ *Ibid.* 1253a38.

²⁹ *Fine G.* On Ideas: Aristotle's Criticism of Plato's Theory of Forms. Oxford: Oxford University Press, 1992.

³⁰ *Constant B.* The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns (1816), in: idem, *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. Pp. 308–328; see also: *Fontana B.* Benjamin Constant and the Post-Revolutionary Mind. New Haven: Yale University Press, 1991.

³¹ *Wiltshire S.* Greece, Rome and the Bill of Rights. London: Norman, 1992.

³² *Rosmini A.* Principles of Ethics. London: Gracewing, 1988.

We can skip the consequent development of similar political ideas in the early Middle Ages³³, when political and legal systems were largely dispersed and decentralized, but often seen as manifestations of a certain unity (in the form of the Frankish, and later the Holy Roman, Empire, or of the Pope as a symbol of religious unity). This development resulted in the amalgamation of the idea that law is dictated by Nature with the idea that social totality is spiritually united by common faith. The merger of these ideas is highly complex and can often be obscure, but two aspects are critically important. The first is summed up in Aquinas's conception of an omnipresent legal order, which includes divine, natural, everlasting, and positive law. Thomas Aquinas brought together elements of the Antique and Christian outlooks, which were based on the presumed unity of the Universe and (for Christians) the belief in predestination, subject to the will and reason of the Creator. As John Finnis wrote: "The basic forms of good grasped by practical understanding are what is good for human beings with the nature they have. Aquinas considers that practical reasoning begins ... by experiencing one's nature from the inside, in the form of one's inclination ... by a simple act of non-inferential understanding one grasps that the object of the inclination is an instance of a general form of good, for oneself."³⁴ In Aquinas's conception, this presumed unity was described as resulting both from a factual dispersion of things in the empirical reality and from their ideal unity in the intelligible reality.

This distinction led to the famous debates between the realists and the nominalists, with unity conceived of as either factual or intelligible³⁵. This debate has considerably influenced Western political philosophy, leading to the introduction of different conceptions of unity of law in light of the two aforementioned basic philosophical positions³⁶. This debate has paralleled the process of coming to terms with the political perturbations of Western society, which later led to the universalism of moral philosophy and science³⁷. One of the consequences of this evolution is the birth of a new type of modern (Hobbesian) state, which espouses the idea of omnipresent law. This conceptualization of law as spiritual unity was popular throughout modernity, finding its most characteristic examples in the ideas of Hegel (law as a manifestation of the Absolute Spirit) and the historical school of law in Germany, which considered law to be an expression of the people's spirit (*Volksgeist*). The Hegelian solution was the final transcendence of the subject-object differentiation, with subject and object becoming one, so that diverse perspectives would merge into the unfolding of the absolute idea, a single perspective that would eventually unite all people and their societal practices³⁸. For Savigny and his school of thought, unity of legal regulation and legal development in general were presupposed rather than explained, as unity was *conditio sine qua non* for portraying a people's spirit which underpins all society³⁹.

³³ See: Schroder J. The Concept of Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era. Daston L., Stolleis M. (eds.) *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*. Farnham: Ashgate, 2008. P. 57–71.

³⁴ Finnis J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980. P. 34.

³⁵ De Waal C. The Real Issue between Nominalism and Realism, Peirce and Berkeley Reconsidered. 32(3) *Transactions of the Charles S. Peirce Society*. 1996. Pp. 425–442.

³⁶ Cohen M. *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy*. (N.Y.: Harcourt: Brace and Company, 1933).

³⁷ Wallerstein I. *European Universalism. The Rhetoric of Power*. N.Y.: The New Press, 2006.

³⁸ "The state in and by itself is the ethical whole, the actualization of freedom; and it is an absolute end of reason that freedom should be actual. ... The basis of the state is the power of reason actualizing itself as will. In considering the Idea of the state, we must not have our eyes on particular states or on particular institutions. Instead we must consider the Idea, this actual God, by itself." (Hegel G. *Philosophy of Right*. Oxford: Oxford University Press, 1942. § 258.

³⁹ Reimann M. *Nineteenth Century German Legal Science*. 31 *Boston College Law Review*. 1990. Pp. 837–897.

A somewhat different model of political and legal philosophy was developed in the Byzantium and the Eastern (Orthodox) culture, which I describe elsewhere⁴⁰. In this culture, the idea of unity of political and legal regulation found its realization in the conception of symphony, which “characterizes a political theory in which the power of secular government is combined with the spiritual authority of the church”⁴¹. Here the opportunity for and freedom of all members to be involved fully and actively in determining the nature and projects of the whole is praised. This process addresses the value of justice by infusing calculated moral content of mutual concern into social regulation, thereby guaranteeing the inclusion of all members into a collective welfare system. Proponents of this approach underscore the fact that community regulation does not lead to the emasculation of state legal authority because the unity is based not on the coherence of will and reason of a governor(s), but on the coordinating communities within the political society as a whole⁴². Here I cannot go into details of this conception and shall revert to the evolution of the debates about unity of law over the last two centuries in Western legal thought.

In the 19th century the natural-law picture of unity of law began disintegrating under the attacks of positivists, such as John Austin or Jeremy Bentham. They asserted that unity would result from rationally guided legislative action⁴³. After getting rid of the natural-law doctrine, the positivist legal philosophy had to either reconsider the hypothesis of unity of law (legal system) or discard it⁴⁴. The latter solution did not fit well with the paradigm of law, as it was conceived in the enlightenment philosophy, whereby statute (state law) was considered an instrument of reason. Insofar as reason (thinking, perception) is necessarily coherent and united, law could not be otherwise. From this perspective, state or professorial law (*Professorsrecht*) opposed customary or traditional law because the former was an integrated, reasonable and coherent unity contrasting the spontaneity and incoherence of the latter⁴⁵. On this basis, a new conception of unity of law was formed, according to which the identity of the legal system could be explained as a function of the lawmaker’s will. However, this will was nothing more than a disguised voice of reason and objective values. Austin’s contribution was that the acceptance of legal authority could be grounded in informed reason — informed of at least leading principles of ethics and “practiced in the art of applying them” so that subjects would “be docile to the voice of reason, and armed against sophistry and error”. The unity and integrity of legal systems are still based on reason. Also Bentham argued: “What is a law? What the parts of a law? The subject of these questions, it is to be observed, is the logical, the ideal, the intellectual whole, not the physical one... By the word law then, as often as it occurs in the succeeding pages, is meant that ideal object, of which the part, the whole, or the multiple, or an assemblage of parts, wholes, and multiples mixed together, is exhibited by a statute; not the statute which exhibits them”⁴⁶.

⁴⁰ Antonov M. Du droit byzantin aux pandectistes allemands: convergences de l’Europe occidentale et de la Russie. Karuso A. (ed.). *Identita del Mediterraneo: elementi russi*. Cagliari: AM&D Edizioni, 2012. P. 253–263.

⁴¹ Romocea C. *Church and State: Religious Nationalism and State Identification in Post-Communist Romania*. London etc.: Continuum International, 2011. P. 78.

⁴² Solovyov V. *The Justification of the Good*. New York: Cosimo Classics, 2010.

⁴³ Tusseau G. *Positivist Jurisprudents Confronted: Jeremy Bentham and John Austin on the Concept of Legal Power* (2). *Revue d’études benthamiennes*, 2007. Pp. 23–37.

⁴⁴ Detmold M. *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*. London: Routledge, 1984.

⁴⁵ Morigiwa Y., Stolleis M., Halperin J. *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of the King to the Rule of Law*. Berlin: Springer, 2011.

⁴⁶ Bentham J. *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: Althone Press, 1970. P. 301.

Other representatives of legal positivism tried to develop this conception after Austin and Bentham⁴⁷. In 20th legal philosophy, a series of attempts were undertaken by some influential positivist authors, such as Hans Kelsen and H. L. A. Hart, to explain the unity of law from a different perspective than that of the lawgiver's will⁴⁸. For Kelsen, the unity of law was guaranteed by the fact that it was authorized by the basic norm of the system,⁴⁹ which is a hypothetical condition of legal cognition. The unity of the legal system can be described in terms of the form of the law (its norms) and the relationship between these norms (imputation)⁵⁰. Hart believed this unity to be conceivable if a legal system was organized in recognition of the system⁵¹. For Kelsen, Hart and many other positivists, generally, law was perceived of as a field of experience, as a variety of diverse practices loosely arranged by certain societal authorities. As a means of adjustment to ever-changing political conditions, these practices are contingent and are likely to be transient and inconsistent. A lawyer's job is to subject these practices to systematic organization within the framework of rationally ordered, unified, normative knowledge. This motivation was central to Kelsen who believed that a science of law constructs law as its own object. Hart's conception, along with some important sociological elements, is similar: the task of legal philosophy is to organize its object (law) around some pivotal axes (rules of recognition, change, adjudication, etc.).

Hart constructs a rule-based legal system, departing from the facts of how judges interpret rules. Kelsen, on the other hand, examines how rules are interpreted by judges not from the viewpoint of why they thought such and such a primary rule should be interpreted in such a way, but merely in terms of whether judges are required to adjudicate primary rules or norms. The former looks to the internal logic of a judge's thinking, while the latter looks to the application of a judge's decision (the famous "dynamic system of legal order"). For Kelsen, the very notion of an obligation is derived from a norm. Facts do not create norms. Facts per se can be part of a legal norm, but if they are, then they must be viewed as objective indicators of specific actions required by the law: "Law is not, as it is sometimes said, a rule. It is a set of rules having the kind of unity we understand by a system"⁵². When rules are followed, either by virtue of an interpretation given by judges, or because they are understood as binding by their addressees, Kelsen's norm-rule effect takes us beyond the narrow habitual obedience model of the commands theory. As Hart suggests, a rule-based legal system requires an internal element of obedience⁵³.

The authors who occupy different (non-positivist) philosophical positions usually describe law as a gapless consistent entity, which can provide legal answers to any legally relevant issue. *Iusnaturalism* (the natural-law doctrine) introduced some universal values and statements (law is equity, law requires justice, etc.) into positive law and made these values and statements the supreme criteria for law-making and law enforcement⁵⁴. If any defect is found in law, it

⁴⁷ Rumble W. *Doing Austin Justice: Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-century England*. London etc.: Continuum, 2005.

⁴⁸ Green M.S. Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems. *54 Alabama Law Review*, 2003. P. 365–413; Payne M. *Hart's Concept of a Legal System*. *18(2) William and Mary Law Review*.1976. P. 286–319.

⁴⁹ Hart H. Kelsen's Doctrine of the Unity of Law. Kiefer H., Munitz M. (eds.) *Ethics and Social Justice*. N.Y.: University of New York Press, 1970. Pp. 171–199.

⁵⁰ Raz J. *The Concept of a Legal System*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. P. 95–109.

⁵¹ Hart H. *The Concept of Law*. P. 92–120.

⁵² Kelsen H. *General Theory of Law and State*. N.Y.: Russell, 1945. P. 3.

⁵³ Hart H. *The Concept of Law*. P. 31.

⁵⁴ "The tradition of natural law theorizing is not concerned to minimize the range and determinacy of positive law or the general sufficiency of positive sources as solvents of legal problems. Rather, the concern of the

must be overruled through a reference to the basic statements on which law is presumed to be founded⁵⁵. This is the classical image of law developed by Plato — dialectics of law as emanation of justice. This dialectic inevitably leads to the integrity of law: if a part belongs to the totality, then this part shares the property of this totality. As society is based on justice, and is a totality, then it follows that law can have the same characteristics. Ronald Dworkin's famous thesis about the “one right answer” can be cited here as an example⁵⁶. Dworkin's thesis treats law entirely as a matter of discourse and not a matter of distinctive normative criteria. Law is a kind of conversation of participants in an endless collective enterprise of interpretation. Law has its own rationality, elaborated through law's own discursive methods. Dworkin's idea of integrity and the related idea that there is a “right answer” to any legal question both symbolize the legal discourse as ultimately coherent and comprehensive, a closed world in which lawyers generate a comprehensive legal interpretation of reality⁵⁷. Here law is conceived of as a field of experience with moral integrity elaborated through law's own discursive method.

It is tempting to think of unity of law in similar terms to Dworkin's. The sources of the presumed unity can be found in certain characteristics that are common to all legislative rules and norms and which can be discovered also in the principles, values, and ideas implicitly present in law (such as human rights, equity, and so on). It could be justice, as in the traditional natural-law philosophy, or societal cohesion, or discursive unity of legal argumentation. To describe this dimension of law lawyers sometimes use the term “system” and speak of the “systematicity” of law⁵⁸. Some authors, including Dworkin, Fuller, Alexy and others, suggest that possible defects in law (inconsistent, redundant, ambiguous norms, gaps in law) do not refute law's systematicity, as there are policies or principles deductible from the idea of law (to wit, some kind of objective ethical values underpinning the legal regulation). These principles and policies can be discovered through the construction and interpretation of acting law, or through philosophical speculations⁵⁹. Law is perceived of as having its own inherent mechanisms, which allow overcoming defects without addressing other mechanisms of social control. It implies that law has an objective structure, which exists independently of discretion and knowledge of the participants of law (judges, lawmakers, lawyers), or of their moral or religious principles⁶⁰, or of conventional practices of language uses⁶¹. Niklas Luhmann, Gunter Teubner and other sup-

tradition ... had been to show that the act of ‘positing’ law (whether juridically or legislatively or otherwise) is an act which can and should be guided by «moral» principles and rules; that those moral norms are a matter of objective reasonableness, not of whim, convention, or mere ‘decision’” (*Finnis J. Op. cit.* P. 290).

⁵⁵ “This apparent hedging of bets on the moral obligation to obey unjust laws can be understood as an attempt to work out realistically the idea that the authority of a legal system as a whole is founded on its dedication to the common good. Hence even where some laws are unjust, obligation to the system may remain in so far as it is of sufficient worth to justify its being protected against adverse effects arising from the corrupting example and disorder of law breaking” (*Cotterrell R. The Politics of Jurisprudence*. London: Butterworth, 2003. P.121).

⁵⁶ See *Dworkin R. A Matter of Principle*. P. 119 ff.

⁵⁷ *Dworkin R. No Right Answer?* Hacker P, Joseph Raz (eds.). *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, 1977. Pp. 58–84.

⁵⁸ *Waldron J. ‘Transcendental Nonsense’ and System in the Law*. 100(1) *Columbia Law Review*, 2000. P. 16–53.

⁵⁹ See a short but informative account: *Gardner J. Ethics and Law*. Skorupski J. (ed.) *The Routledge Companion to Ethics*. London: Routledge, 2010. Pp. 420–430.

⁶⁰ Brian Leiter famously insists that “the law is metaphysically objective insofar as there exist right answers as a matter of law”. Leiter B. (ed.) *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. P. 3.

⁶¹ *Fish S. Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press, 1989.

porters of the autopoietic conception of law took similar approaches when considering law as an entity that “autonomously processes information, creates worlds of meaning, sets goals and purposes, produces reality constructions”⁶².

The image of systemacity of law advocated by certain contemporary authors (T. Parsons, N. Luhmann, H. Schelsky, among others) can also be seen as reinterpreting the old idea of unity of law, which dates back to antiquity and the Middle Ages. This idea implies that law is based on the principle of the common good, on the will of a divinity, or on other transcendental sources of its integrity. This presumption that law is a “system” corresponds to the thesis of unity of the universe (law as a part of the world order retranslates all the properties of this world order, including systemacity)⁶³.

There are at least two approaches that must be preserved and articulated among various approaches to law. The first is that law is an intentional entity or, to put it differently, is an intellectual artefact. The second is that the social and institutional aspects of law resist a purely abstract account of it. A satisfactory interpretation of the nature of law cannot drop either of the two. Individuals can be wrong about a community’s attitudes, and, in this sense, individual judges can also be wrong about the law. It is impossible to be wrong about something that has no independent ontological status. This brings us closer to the realist position (Carl Llewellyn, Jerome Frank, Karl Olivecrona and others), whereby the conception of law is determined by inferences they are involved in. Think about the example of the term “valid contract”: to determine its meaning, one has to determine the conditions that make something a valid contract and what (normative) consequences follow from it being a valid contract. If this is correct, legal concepts do not have an independent reference. However a proposition about law can have a true value, even though the legal concept applied within it does not have an independent reference. The same goes for the idea that law is what judges say law is — here law is closed on itself, on the procedures of generation of legal decisions and rules. Unity of law is still the unity of practice of law officers, a factual coherence of their activities⁶⁴. Although an image of unity or integrity is alluring because there are objective limits to coordinated actions, they are never a whole that can be said to belong to different actors, based on different strategies and interests, and be dispersed actions in the factual world.

Nothing has cardinally changed in this argument since the 20th century debates between realist and normativist schools of legal philosophy. In contemporary jurisprudence, classical values were replaced by the term “principles of law”, which has the same meaning as the ancient beliefs in justice and in common good and which challenges Kantianism based on the opposition between values and facts. From this perspective, to study law and its structure it suffices to examine only the legal forms without going into their content and nature. This makes possible the preservation of a “purified” (from facticity) neutral legal science, capable of building autonomous structures of compromise between conflicting values and interests⁶⁵. The idea of

⁶² Teubner G. How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. 23 Law and Society Review, 1989. Pp. 727–757.

⁶³ This aspect was noted by many positivistically minded legal scholars. So, Cohen has characteristically labeled this kind of reasoning as “*transcendental nonsense*” (Cohen F. *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. (35) Columbia Law Review, 1935. Pp. 809–849. See also: idem. *Ethical Systems and Legal Ideals: an Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Westport: Greenwood Press, 1933).

⁶⁴ Stewart H. Contingency and Coherence: The Interdependence of Realism and Formalism in Legal Theory. 30 Valparaiso University Law Review, 2011. Pp. 1–50.

⁶⁵ Compare with the general idea of Proctor: “Science in this view is a great and neutral arbiter, an impartial judge to whom social problems may be posed and from whom “balanced” answers will be forthcoming. Sci-

studying law as based on, and only on, facts is hardly reconcilable with the thesis of unity of law as far as facts are disperse realities, which, having been unified into a phenomenon, cease analytically to be “facts” (in plural). Because the very purpose of legal positivism is the refutation of metaphysics, the idea of unity and integrity of law had to be abandoned by positivists along with the belief in supreme values governing the society. As Alf Ross wrote in 1961, such a position could not be fairly positivistic and had to be qualified rather as a kind of “quasi-positivism”⁶⁶. Without this axiological presumption, a legal positivist has no other opportunity to substantiate the idea of law as a system. The factual reality does not seem to provide any admissible (from the positivist standpoint) evidence of unity and proves the opposite — law as a fact is never complete and perfect, and there are gaps and inconsistencies which can be tackled through communication⁶⁷.

In this vein of communication theory, Luhmann insisted that law is cognitively open, but normatively closed as far as all operations within the legal reality always reproduce the system. The legal system as such attributes or denies significance to certain communications in accordance with its own imperatives and criteria⁶⁸. Similarly, Teubner states that legal discourse superimposes new realities, so that law becomes autonomous from general societal communications and becomes a self-referential system. In these terms, unity of law appears as unity of an autonomous discourse, creating its own objects, truth criteria, and canons of validity, while exchanging information with its environment⁶⁹. Luhmann’s and Teubner’s versions of autopoiesis conceptualize discursive closure, which at the same time is discursive unity of law and a means of self-reproduction of law.

Turning to the analysis of alternative explanations of unity of law, we face the question of whether this unity is a fact or an intellectual construction. The first option can appear to be more attractive, at least from the point of view of plausibility. Legal experience (using Georges Gurvitch’s legal sociology⁷⁰) bears evidence that every lawyer works with a law (“our law”, “our system of law”, etc.) but not with “law” without a qualifier. To consider some set of rules as “the law” a lawyer needs to decide that this set is united and (at least, relatively) coherent. When handling “the law”, we do not deal with several norms or even with sets of norms, but rather with a colossal structure, which brings about a “legal order”, a coherent “system of regulation”, to which some rules belong. If it were a multitude of different competing and colliding rules and standards, it would not bring about a comprehensive whole that lawyers call “the law”⁷¹.

ence provides a neutral ground upon which people of all creeds and colors might unite, on which all political contradictions might be overcome. Science is to provide a balance between opposing interests, a source of unity amidst diversity, order amidst chaos” (*Proctor R. Value-Free Science? Purity and Power in Modern Knowledge*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. P. 7–8).

⁶⁶ Ross A. *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law* (1961). Paulson S. and Litschewski B. (eds.) *Normativity and Norm*. Oxford: Oxford University Press, 1998. Pp. 147–163.

⁶⁷ *Krawietz W. Legal Communication in Modern Law and Legal Systems. A Multi-Level Approach to the Theory and Philosophy of Law*. Wintgens L. (ed.) *My Philosophy of Law. The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht; Boston: Kluwer, 1999. Pp. 69–120.

⁶⁸ *Luhmann N. Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*. 13 *Cardozo Law Review*, 1992. Pp. 1419–1441.

⁶⁹ *Teubner G. Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*. 18 *Law and Society Review*, 1984. Pp. 291–301.

⁷⁰ See: *Banakar R. Integrating Reciprocal Perspectives: On Georges Gurvitch’s Theory of Immediate Jural Experience*. 16(1) *Canadian Journal of Law and Society*, 2001. Pp. 67–91.

⁷¹ *Raz J. Ethics in the Public Domain*. Oxford: Clarendon Press, 1994. Pp. 261–309.

This explanation seems to be self-evident, and allows for the claim that law is basically a social fact, as well as the definition of what counts as the law without being bound by laws. Thereby one can supposedly avoid a vicious circle in argumentation because the definition seems to depend solely on certain social conditions, such as regularity of behaviour and acceptance. To some extent this is not only understandable, but is justifiable. Many of the political changes in Western law in the past two centuries have given rise to profound alterations in the regulatory and directive strategies of the state, which have become central role to legal life. Law gravitates around the state and is to a large extent united by the state⁷². Moreover, the assertion that law constitutes an integrated and autonomous sphere serves an important and legitimating purpose, and, therefore, is strongly maintained⁷³. But this apparently persuasive argumentation is fraught with some philosophical pitfalls (naturalism of various kinds), which can be avoided by considering unity of law purely as an intellectual hypothesis. A stronger assertion would be to claim that the models described above are not strictly definitional; their purpose is to explain how something can be considered law. They answer the question: “What is the law?” and define it as what a specific authority or community takes as such, explaining how something counts as such. From this perspective, unity of law is assumed as a fact. It is possible as far as this unity imposes itself as a function of sociality, which is intrinsically united (according to the accounts of most of socio-legal scholars, such as Durkheim, Duguit, and Parsons)⁷⁴. Social complexity relies on methodological individualism’s increasing inadequacy, which has been largely replaced by a more passive confidence in impersonal systems⁷⁵. This transfer of reliance entails a shift from studying mutual understandings between individuals towards a stronger reliance on general societal frameworks, which in many scientific analyses act as *deus ex machina*, explaining society and its institutions through increasing social complexity.

In this conception of reality is implicitly intertwined a serious philosophical problem of relative weight of values of the individuality and of the collectivity. Karl Popper’s characterization of certain authors of the objectivist philosophical systems (such as Plato, Hegel, Comte and Kant) as “enemies of the open society” can be somewhat exaggerated⁷⁶. However, Popper’s position is worth mentioning. He argued that the unity of the social whole above the individual leads to totalitarianism. The subordination of individual interests, goals, and freedom to some alleged greater qualities of the whole (solidarity, unity, social harmony) can result in subordinating the individual to the whole. From this point of view, Popper was, at least, partly right in asserting that holist reasoning often goes hand in hand with totalitarian ideas — individuality can be protected from the dictate of collectivity only in an intellectual environment where the value of pluralism prevails. If an individual has the ability choose between various values, none of which is presupposed to have absolute priority, this per se provides a system of protection of spiritual and intellectual freedoms. Contrastingly, a situation in which one value prevails over others logically leads to the presumption that this value has determinate content which can be discovered by wise and virtuous (or having other outstanding qualities) agents. In other words, this value is objective⁷⁷.

⁷² Levy J. *The State After Statism: New State Activities in the Age of Liberalization*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

⁷³ Foucault M. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. N.Y.: Vintage Books, 1995.

⁷⁴ Stone J. *Social Dimensions of Law and Justice*. London: Stevens, 1966.

⁷⁵ Jervis R. *System Effects: Complexity in Political and Social Life*. Princeton: Princeton University Press, 1998.

⁷⁶ Popper K. *The Open Society and Its Enemies*, 2 vols. London: Routledge, 1945.

⁷⁷ See a critical reassessment: Kennedy D. *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. 32 *Journal of Legal Education*, 1982. Pp. 591–615.

This situation is more disposed to any kinds of suppression of the individual to the collective, namely to those who claim to represent the collective. Hans Kelsen provided an analysis of this situation in the context of different discourses about unity of law and their consequences for human liberty⁷⁸.

The natural-law doctrine usually asserts that unity of law is based on a hierarchy of values this doctrine postulates (more precisely, different hierarchies that are postulated in variants of this doctrine). It is not only Aquinas who builds his entire conception on the assumption that there is an immutable order of values, which serve as a foundation for social life. Other contemporary writers, such as John Finnis, take the same position⁷⁹. Although, this sounds convincing only insofar as one concedes that there are objective values which are united under various rules and principles. It is nonetheless possible only in the realm of philosophical speculation, when the veracity of this presumption can be postulated *a priori*. The analytical or empirical study of law cannot prove the prevalence of any objective values in structures of law, as these structures with their infinite variability prove the contrary: most legal systems are ordered according to principles which vary through time and in this sense are not objective⁸⁰. The evident fallacy of the objectivist (which is, in my opinion, at the same time naturalist) argument about a pre-established unity of law in the natural-law doctrine was one of the reasons this doctrine was discredited in the 19th century⁸¹. Arguing in favour of “natural law with varying contents”, Rudolf Stammler and other proponents of the “revived natural law” in the 19–20 th centuries were forced to abandon the idea of objectivity, which was a condition of the unity of law according to the traditional natural-law doctrine, but which was irreconcilable with the idea of the variability of natural law⁸². In this sense Max Weber insists that modern law has lost its metaphysical dignity and is revealed as no more than the product or the technical means of compromises of conflicting interests⁸³. Variability implies that basic legal precepts are dependent on external contingent factors and thereby cannot claim objectivity.

If a positivist legal scholar accepts that the law is a set of norms, then every new norm created in this legal order shows that this order had not been fully integrated before this norm was created. This follows with any new norm. One can draw an abstract picture of law where this set of norms is well-ordered and integrated, but for a positivist there will still be nothing more than an intellectual construction that does not guarantee congruence with reality. In other words, induction cannot prove the integral character of legal reality⁸⁴. We can use the results of this induction in our intellectual schemes, or even in our legal practice, but this does not attest to anything but the integrity of our intellect, our reason, rather than the integrity of the legal reality.

Following this logic, the fact-based approaches to law can hardly tackle the problem of the systemacity of law. It can be inferred that studying particular processes and facts of legal reality is incompatible with the thesis of the unity of law. In this regard, one can once again refer to the normativism of Hans Kelsen. Kelsen defended a strict distinction between Ought and Is, law

⁷⁸ Kelsen H. *The Natural-Law Doctrine* before the Tribunal of Science. 4 Western Political Quarterly, 1949. P. 481–513.

⁷⁹ Finnis J. *Human Rights and Common Good*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁸⁰ Bulygin E. *Objectivity of Law in the View of Legal Positivism*. *Analisi e diritto*. 2004. P. 219–227.

⁸¹ Waldron J. *The Decline of Natural Right*. Wood A. (ed.) *Cambridge History of Philosophy in the 19th Century*/ Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 623–650.

⁸² Haines C. *The Revival of Natural Law Concepts*. Cambridge: Harvard University Press, 1930.

⁸³ Weber M. *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley: University of California Press, 1978. P. 874–875.

⁸⁴ Van Hees M. *Legal Reductionism and Freedom*. Dordrecht: Kluwer, 2000.

being incorporated into the realm of Ought. Law is understood as a reality *sui generis* (of modal statements, linguistic constructions, etc.), which is not tantamount to the empiric reality of law (legal relations, juristic practice, and so on). If, following Kelsen, we accept that law is nothing more than a set of norms, then unity of this set is explained by introducing a “hypothesis” (“fiction” in the latest works of Kelsen) of the basic norm⁸⁵. This becomes the main structuring element in law without taking the presumption of which norms will fall apart. From one perspective, one could argue that this construction does not save the positivist project from accusations in metaphysics: Kelsen’s basic norm does not belong to empirical reality and the existence (even in the sense of intellectual construction, as Kelsen saw it) of this norm cannot be proved by means of strict logic⁸⁶.

Most of the positivists are unanimous about the artificial character of the idea of unity of law. Austin and Hart view the law in socio-political terms. Namely, Austin sees the source of legal regulation in a sovereign, who issues commands that are habitually obeyed because of the threat of a sanction that could be imposed in a case of failure to respect the command. Similar to Austin, Hart perfects an ultimate rule of recognition that is interpreted by officials and judges as secondary rules of recognition. Kelsen does not describe how a legal system creates law or why officials behave in a certain way. He merely assumes an epistemological norm, the *Grundnorm*. Thus, for him there is no factual unity of law enforcement and there can never be any. Explaining unity of law through the unity of linguistic constructions can be formally correct (if we are persuaded that our language is a kind of intellectual unity), but because it has no heuristic value, it stays sterile. It is absolutely incapable of uniting these two realities (linguistic reality of legal norms and the reality of law enforcement) to arrive at an understanding of the facticity of law. Evidently, even if law has a specific linguistic or logical structure, this structure might have no effect on the factual reality of law (how law is made in legislative acts, how it is applied by courts, how it is construed by legal scholars, and so on). In other words, the “system of law” as a unity of linguistic or logical structures does not imply that there is any “system of law” as unity of normative propositions or legal facts. To suppose congruence of these two systems, we still have to introduce an initial hypothesis that these two “systems” make or are capable of making one “system”. This hypothesis cannot be proved by facts, and remains metaphysical by its very nature⁸⁷. Joseph Raz asserts that laws “are normative because they consist of rules” and, therefore, the existence of rules does not by necessity require any ultimate or basic norm justification⁸⁸.

The later versions of legal positivism sought to escape the difficulties of a purely normative understanding of law and to substantiate integrity of law by referring to unity of reasoning processes (Chaim Perelman⁸⁹) or that of our language (Andrei Marmor⁹⁰). In the last case, we still need to go beyond the empirical reality of law to access it as a set of linguistic constructions (statements, propositions, expressions, etc.) without relating these construction to the real work of legal mechanisms (police, courts, parliaments, etc.). This approach allows bridging

⁸⁵ Paulson S. The Great Puzzle: Kelsen’s Basic Norm. Gardner J., Green L., D’Almeida L. (eds.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2013. P. 43–62.

⁸⁶ Bulygin E. An Antimony in Kelsen’s Pure Theory of Law. 3 (1) *Ratio Juris*, 1990. P. 29–45.

⁸⁷ Detmold M. *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*. London: Routledge, 1984.

⁸⁸ Raz J. *Reasoning with Rules*, idem. *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 204–220.

⁸⁹ Perelman C. *Legal Ontology and Legal Reasoning*. 16 *Israel Law Review*, 1991. P. 356–367.

⁹⁰ Marmor A. *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

legal signs, symbols, words and factual acts, which are produced in the legal reality by courts, police and other law enforcement bodies. Without such a connective link, it is problematic to arrive at the explanation of the nature of this legal activity.

But, in debating the conceptualization of law, can we still evoke any “nature”? Do we not then return to the controversial idea of natural law, which traditionally stands in direct opposition to the positivist approach? This issue leads us to the problem of veracity of our propositions about law. Propositions about law can be true or false, even if the principle of bivalence does not hold with respect to them. How could any propositions be true where law is a natural entity? When we recognize this, we commit to the fact that something in the world (not necessarily in the natural world) makes them true. According to Kripke’s theory presented in “Naming and Necessity”, strictly speaking, proper names do not have a meaning, but have a reference⁹¹. Can we give a similar account of non-natural kind terms? In fact, if it is true that law is a social phenomenon, the term “law” refers to a non-natural kind of thing. To put it differently, it refers to an artefact, like “the Russian system of law”, which is not a natural entity but an intelligible reconstruction of a presumed coherence of rules and principles in this country.

Two great epistemological systems of the 20th century can be used here to explain two different strategies of explaining the unity of law. Thomas Kuhn and Michel Foucault proposed two systems that are particularly instructive in providing an explanation of the unity of discourses, the latter in the modern (or postmodern, if this term is preferred) philosophy serves as the key term for social interaction (the terms “discourse” or “communication” have ramifications across a broad swath of contemporary social sciences). For Foucault, discourse reveals common modes of thought that unify different facts and factors involved in the practice of a particular scientific discipline (of a special set of intellectual and factual practices). These practices exist each according to their own canons, and each constructs its own field of knowledge and experience. The underlying discourse is what makes these practices more or less unified and autonomous. Kuhn also stresses the collective self-validation of societal practices, although he does not do so through a description of a common adherence to rules of discourse by members of the community as does Foucault in his “*Archaeology of Knowledge*”⁹². Kuhn describes the “disciplinary matrix” of an intellectual field, which is composed of four elements: symbolic generalization, models, values, and exemplars (or paradigms). The latter are examples of good practices and problem-solving, which cement the supporters of a specific discipline. Kuhn’s analysis identifies legitimate and commonly accepted practices that unify human activities in a certain field. If these exemplars (paradigms) cease to be credible because of paradigm development in a neighbouring field or because of intense conflict between progressive and regressive fields, this may lead to (scientific) revolutions that result in a change of worldview in this field⁹³. There are some rules that are crystallized in discursive practices, and it is around these rules intellectual activities center and according to which factual material is gathered and classified. These rules themselves are changeable, and in the final account are shaped and structured by their relevance to particular configurations of power⁹⁴.

Austin, one might say, refers to some command of the sovereign, while Kripke stipulates that something called “law” is enacted by an authority and the relevant community contin-

⁹¹ Kripke S. *Naming and Necessity*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

⁹² Foucault M. *The Archaeology of Knowledge*. London: Routledge, 2002.

⁹³ Kuhn T. *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*. Chicago: University of Chicago Press, 1977.

⁹⁴ Bourdieu P. *Language and Symbolic Power*. Cambridge: Polity, 1991.

ues to take it as such. Foucault or Kuhn view law as a variable intellectual practice with fluent cognition rules. This is a form of sound relativism, which explains the assumption that propositions about law have true values. One can imagine a counterfactual situation in which norm-formulation is enacted in a legal system different from the actual one, and in which it is interpreted differently. Still, “law” would continue to refer to the same kind of thing, namely to the same norm-formulation.

This theoretical conclusion can be analytically true, but to what extent does it help explain the reality of law? Without any doubt, most legal actors (judges, lawyers, lawmakers, etc.) believe in the systemacity of law — otherwise, their attempts to fill in gaps in law, to introduce new norms, to eliminate inconsistencies from law would be devoid of sense. Is it possible to reconcile this empirical reality of intellectual attitudes with the strict analysis of this reality (i.e. by examining the reasons behind these attitudes)? This task does not appear to be unrealistic. We can believe in the systemacity of law and still be aware that unity/integrity of law is only a product of our intellect, our beliefs and paradigms. As Alchourrón and Bulygin wisely suggest: “There is nothing paradoxical about a consistent description of an inconsistent normative system”⁹⁵. In this regard, we can construct a legal order as a “system” (this is solely an issue of word usage) and follow here the tradition which attributes legal order to the term “system” as if order and system were synonyms.

Accepting this, we are no longer able to attribute to law another meaning of the term “system” to law, as “systems”, in scientific and practical discussions (mathematics, logic, etc.), usually refers to something which is consistent, full, gapless, and irredundant. As follows from Gödel’s first theorem, any consistent effective formal system is incomplete. Adopting this point of view, there is nothing contradictory about conceiving of law as a “system”, stripping this term of the properties usually attributed to it (such as completeness, consistency, etc.)⁹⁶. We then have a “system of law” which is only relatively integrated and defined⁹⁷. Law can be united only to a certain degree, depending on the extent of political integration of any community. This could be a point of tangency where legal theory and logic can effectively work together. This approach seems to be quite reconcilable with the basic idea of “normative systems” by Bulygin-Alchourron — the idea that all the normative sets can be imagined as independent entities which are united solely by (more or less) logical reasoning by judges, law-enforcement officers and law professors, and that there can be as many such normative systems as there are actors reasoning about law and systematizing legal propositions (and consequently, the norms contained in these propositions)⁹⁸. As Roger Cotterrell puts it: “Law can be seen sociologically as a field of experience in which actors explain to themselves and others the meaning, structure, or significance of this [legal] field and their situation within it”⁹⁹. This approach allows for a better description of various processes in legal systems, which are traditionally analysed with reference to the idea of sovereignty, and can be a fruitful contribution to the debates about unity and identity of law¹⁰⁰.

⁹⁵ Alchourrón C., Bulygin E. Normative Systems. P. 123.

⁹⁶ Bulygin E. On Legal Interpretation. Alexy R., Dreier R. (eds.) Legal System and Practical Reason. Stuttgart: Steiner Verlag, 1993. P. 11–22.

⁹⁷ Raz J. The Identity of Legal Systems. The Authority of Law: Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon Press, 1979. P. 79–102.

⁹⁸ See also Raz J. From Normativity to Responsibility. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁹⁹ Cotterrell R. Sociological Perspectives on Legal Closure. P. 104.

¹⁰⁰ Antonov M. Theoretical Issues of Sovereignty in Russia and Russian Law. 37 Review of Central and East European Law, 2012. Pp. 95–113.

The purpose of the present paper was not to find a definite solution to the philosophical question of unity of law (legal systems' integrity), but rather to stress the necessity of escaping the principal intellectual traps, which may seem to provide an easy reply but, after a detailed discussion, bring ambiguity into the strictly formalist account of law used by lawyers. At the same time, we can believe in the systemacity of law and still be aware that the unity/integrity of the law is only a product of our intellect, our beliefs and paradigms. Other approaches to the issue of unity lead, as I see it, to naturalism, which implies that law somehow mirrors the structure of reality (be it conceived of as physical, social, psychological, or metaphysical). What matters here is that this belief is rational and not based on irrational faith in a pre-established harmony of law and its mystical congruence with reality.



References

- Adams D. (2000) *Philosophical Problems in the Law*. 3rd ed. Wadsworth: California State Polytechnic University.
- Alchourrón C., Bulygin E. (1971) *Normative Systems*. N.Y.: Springer.
- Antonov M. (2012) *Du droit byzantin aux pandectistes allemands: convergences de l'Europe occidentale et de la Russie*. Karuso A. (ed.) *Identita del Mediterraneo: elementi russi*. Cagliari: AM&D Edizioni, pp. 253–263.
- Antonov M. (2012) Theoretical Issues of Sovereignty in Russia and Russian Law. *Review of Central and East European Law*, vol. 37, pp. 95–113.
- Aristotle (1943). *Politics*. N.Y.: The Modern Library.
- Banakar R. (2001) Integrating Reciprocal Perspectives: On Georges Gurvitch's Theory of Immediate Jural Experience. *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 16, no 1, pp. 67–91.
- Bellomo M. (1995) *The Common Legal Past of Europe: 1000–1800*. Washington: Catholic University of America Press.
- Beltrán J., Ratti G. (eds.) (2012) *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility* Oxford: Oxford University Press.
- Bentham J. (1970) *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. London: The Athlone Press.
- Bourdieu P. (1991) *Language and Symbolic Power*. Cambridge: Polity.
- Bourdieu P. (1986) The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field. *Hastings Law Journal*, vol. 38, no 5, pp. 814–853.
- Bulygin E. (1990) Antimony in Kelsen's Pure Theory of Law. *Ratio Juris*, vol. 3, no 1, pp. 29–45.
- Bulygin E. (1993) *On Legal Interpretation*. Alexy R., Dreier R. (eds.) *Legal System and Practical Reason*. Stuttgart: Steiner Verlag, pp.11–22.
- Cairns J., Du Plessis Paul J. (eds.) (2010) *The Creation of the Ius Commune: From Casus to Regula*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Cladis M. (1994) *A Communitarian Defense of Liberalism: Emile Durkheim and Contemporary Social Theory*. Stanford: Stanford University Press.
- Cohen F. (1933) *Ethical Systems and Legal Ideals: an Essay on the Foundations of Legal Criticism*. Westport: Greenwood Press.
- Cohen F. (1935) Transcendental Nonsense and the Functional Approach. *Columbia Law Review*, vol. 35, pp. 809–849.
- Cohen M. (1933) *Law and the Social Order: Essays in Legal Philosophy*. N.Y.: Harcourt, Brace and Company.
- Constant B. (1988) *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 308–328.
- Cotterrell R. (1995) *Law's Community*. Oxford: Clarendon Press.
- Cotterrell R. (2003) *The Politics of Jurisprudence*. 2nd ed. London: LexisNexis Butterworth.
- D'Entrèves A. (1952) *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy*. London: Hutchinson.
- Detmold M. (1984) *The Unity of Law and Morality: A Refutation of Legal Positivism*. London: Routledge.

- Devereux D. (1992) The Unity of the Virtues in Plato's Protagoras and Laches. *The Philosophical Review*, vol. 101, no 4, pp. 765–789.
- Durkheim E. (1997) *The Division of Labor in Society*. New York: Free Press.
- Dworkin R. (1985) *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin R. (2011) *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin R. (1986) *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin R. (1977) *No Right Answer?* Hacker P., Raz J. (eds.) *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*. Oxford: Clarendon Press, pp. 58–84.
- Dyzenhaus D. (ed.) (2004) *The Unity of Public Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Etzioni A. (1995) *New Communitarian Thinking*. Charlottesville: University of Virginia Press.
- Fine G. (1992) *On Ideas: Aristotle's Criticism of Plato's Theory of Forms*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis J. (2011) *Human Rights and Common Good*. Oxford: Oxford University Press.
- Finnis J. (1980) *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Fish S. (1989) *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*. Durham: Duke University Press.
- Fontana B. (1991) *Benjamin Constant and the Post-Revolutionary Mind*. New Haven: Yale University Press.
- Foucault M. (1995) *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. N.Y.: Vintage Books.
- Foucault M. (2002) *The Archaeology of Knowledge*. London: Routledge.
- Furton E. (1994) Restoring the Hierarchy of Values to Thomistic Natural Law. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 39, no 1, pp. 373–395.
- Gardner J. (2010) *Ethics and Law*. Skorupski J. (ed.) *The Routledge Companion to Ethics*. London: Routledge, pp. 420–430.
- Green M. (2003) *Hans Kelsen and the Logic of Legal Systems*. *Alabama Law Review*, vol. 54, pp. 365–413.
- Haines C. (1930) *The Revival of Natural Law Concepts*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hart H.L.A. (1970) *Kelsen's Doctrine of the Unity of Law*. Kiefer H., Munitz M. (eds.) *Ethics and Social Justice*. New York: University of New York Press, pp. 171–199.
- Hees M. van. (2000) *Legal Reductionism and Freedom*. Dordrecht: Kluwer.
- Hegel G.W.F. (1942) *Philosophy of Right*. Oxford: Oxford University Press.
- Jervis R. (1998) *System Effects Complexity in Political and Social Life*. Princeton: Princeton University Press.
- Kelsen H. (1967) *Aristotle's Doctrine of Justice*. Walsh J. (ed.) *Aristotle's Ethics*. Wadsworth, 1967, pp. 102–119.
- Kelsen H. (1945) *General Theory of Law and State*. N.Y.: Russell.
- Kelsen H. (1939) *Platonic Justice*. *Ethics*, vol. 48, no 3, pp. 367–400.
- Kelsen H. (1949) *The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science*. *Western Political Quarterly*, vol. 4, pp. 481–513.
- Kennedy D. (1982) *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic Against the System*. *Journal of Legal Education*, vol. 32, pp. 591–615.
- Krawietz W. (1999) *Legal Communication in Modern Law and Legal Systems. A Multi-Level Approach to the Theory and Philosophy of Law*. Wintgens L. (ed.) *My Philosophy of Law. The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht: Kluwer, pp. 69–120.
- Kripke S. (1980) *Naming and Necessity*. Cambridge: Harvard University Press.
- Kuhn T. (1977) *The Essential Tension: Selected Studies in Scientific Tradition and Change*. Chicago: University of Chicago Press.
- Leiter B. (ed.) (2001) *Objectivity in Law and Morals*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Levy J. (2006) *The State After Statism: New State Activities in the Age of Liberalization*. Cambridge: Harvard University Press.
- Luhmann N. (2004) *Law as a Social System*. Oxford: Oxford University Press.
- Luhmann N. (1992) *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, in: (13) *Cardozo Law Review*, vol. 13, pp. 1419–1441.

- Marmor A. (2014) *The Language of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Morigiwa Y., Stolleis M., Halperin J. (2011) *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment: From the Rule of the King to the Rule of Law*. Berlin: Springer.
- Paulson S. (2013) *The Great Puzzle: Kelsen's Basic Norm*. Gardner J., Green L., D. 'Almeida L. (eds.) *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*. Oxford: Hart, pp. 43–62.
- Peláez F. (2013) *Threads of Natural Law: Unraveling a Philosophical Tradition*. Dordrecht, Springer.
- Popper K. (1945) *The Open Society and Its Enemies*; 2 vols. London: Routledge.
- Postema Gerald J. (2001) Law as Command: The Model of Command in Modern Jurisprudence. *Noûs*, vol. 35, no 1, pp. 470–501.
- Proctor R. (1991) *Value-Free Science? Purity and Power in Modern Knowledge*. Cambridge Harvard University Press.
- Raz J. (2011) *From Normativity to Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz J. (2009) *Between Authority and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Raz J. (1980) *The Concept of a Legal System*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press.
- Raz J. (1979) *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* Oxford: Clarendon Press.
- Raz J. (1994) *Ethics in the Public Domain*. Oxford Clarendon Press.
- Reimann M. (1990) Nineteenth Century German Legal Science. *Boston College Law Review*, vol. 31, pp. 837–897.
- Romocea C. (2011) *Church and State: Religious Nationalism and State Identification in Post-Communist Romania*. London: Continuum International.
- Rosmini A. (1988) *Principles of Ethics*. London: Gracewing.
- Ross A. (1998) *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*. Paulson S. and Litschewski B. (eds.) *Normativity and Norm*. Oxford: Oxford University Press, pp. 147–163.
- Rumble W. (2005) *Doing Austin Justice: The Reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth-century England*. London: Continuum.
- Sayers S. (1999) *Plato's Republic: An Introduction*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Schauer F. (2009) *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schroder J. (2008) *The Concept of Law in the Doctrine of Law and Natural Law of the Early Modern Era*. Daston L. and Stolleis M. (ed.) *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*. Farnham: Ashgate, pp. 57–71.
- Solovyov V. (2010) *The Justification of the Good*. N.Y.: Cosimo Classics.
- Stewart H. (2011) Contingency and Coherence: The Interdependence of Realism and Formalism in Legal Theory. *Valparaiso University Law Review*, vol. 30, pp. 1–50.
- Stone J. (1965) *Legal System and Lawyers' Reasoning*. London: Stevens and Sons.
- Stone J. (1966) *Social Dimensions of Law and Justice*. London: Stevens and Sons.
- Tams H. (1998) *Communitarianism: A New Agenda for Politics and Citizenship*. Basingstocke: Macmillan.
- Teubner G. (1984) Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg. *Law and Society Review*, vol. 18, pp. 291–301.
- Teubner G. (1989) How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law. *Law and Society Review*, vol. 23, pp. 727–757.
- Tusseau G. (2007) Positivist Jurisprudents Confronted: Jeremy Bentham and John Austin on the Concept Legal Power. *Revue d'études benthamiennes*, no 2, pp. 23–37.
- Waldron J. (2000) 'Transcendental Nonsense' and System in the Law. *Columbia Law Review*, vol. 100, no 1, pp. 16–53.
- Waldron J. (2012) *The Decline of Natural Right*. Wood A. (ed.) *Cambridge History of Philosophy in the 19th Century*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 623–650.
- Wallerstein I. (2006) *European Universalism: The Rhetoric of Power*. N.Y.: The New Press.
- Weber M. (1978) *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*. Berkeley: University of California Press.
- Wiltshire S. (1992) *Greece, Rome, and the Bill of Rights*. London: Norman Publishing.

Факторный анализ реформирования законодательства Кыргызской Республики



3.4. Чикеева

доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000, Кыргызская Республика, г. Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: aliya.m@inbox.ru



Аннотация

В статье рассмотрены основные направления реформирования законодательства в контексте правовой реформы в Кыргызской Республике. Проанализированы труды ученых-юристов, касающиеся влияния различных факторов на качественное преобразование законодательства. Исследовано практическое значение влияния социальных факторов на развитие законодательства Кыргызской Республики. Теоретико-правовой анализ плюрализма правовых теорий позволяет выделить основные социальные факторы, влияющие на развитие законодательства. Развитие законодательства Кыргызской Республики происходит в условиях стремительного развития общественных отношений. В связи с этим важное значение приобретает правовая реформа как комплекс радикальных изменений в правовой системе, осуществляемый в целях формирования демократического государства. Правовая реформа должна осуществляться путем целенаправленной, продуманной и распланированной деятельности. Одним из основных компонентов правовой реформы является реформа отечественного законодательства. Вместе с тем следует отметить, что правовая реформа не может быть эффективной без учета социальных факторов, влияющих на развитие системы законодательства Кыргызской Республики. В связи с этим теоретико-правовой анализ данных факторов приобретает особую актуальность. В теории права вопрос о факторах, влияющих на формирование законодательства, является дискуссионным. Общеизвестно, что законодательство является базовой основой правовой системы. Законодательство Кыргызской Республики детерминировано правообразующими факторами материального и духовного (идеологического) характера. Адекватное отражение существующих общественных отношений в законодательстве и определение способов их регуляции возможны лишь в случае выявления круга «действующих» факторов и определение реальной роли каждого из них. В Кыргызской Республике на развитие законодательства влияют следующие основные (внешние) факторы: политические, социально-экономические, национальные, теоретико-идеологические, социокультурные, управленческие и международные. Социальные факторы законодательства воздействуют в той или иной форме на возможность выявления потребностей в правовом регулировании, разработку, принятие, изменение или отмену законов, их содержание и применение. Таким образом, динамика социальных факторов прямо отражается на особенностях развития законодательства Кыргызской Республики.



Ключевые слова

законодательство, правовая система, правовая реформа, факторный анализ, Конституция, Кыргызская Республика.

Библиографическое описание: Чикеева З.Ч. Факторный анализ реформирования законодательства Кыргызской Республики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 166–174.

JEL: K10; УДК: 340

Правовая реформа — это комплекс радикальных изменений в правовой системе, осуществляемый в целях придания ей цивилизованного характера и формирования правового государства. Необходимость проведения правовой реформы в Кыргызской Республике связана с рядом факторов:

- правовая система — это статичное, «застывшее» образование, она с трудом и лишь в незначительной мере поддается эволюционному изменению, поэтому необходимы целенаправленные, сконцентрированные усилия, чтобы приспособить ее к меняющимся условиям;
- отечественная правовая система несет на себе отпечаток прежнего режима, совершенно противоположного идеям правового государства, поэтому переход к новому режиму в наших условиях связан с действительно радикальными изменениями, которых можно достичь только путем целенаправленной, продуманной, спланированной и долговременной деятельности.

Направления правовой реформы определяются по трем основным компонентам правовой системы. В связи с этим выделяют:

- реформу законодательства (соответствует нормативному компоненту правовой системы);
- реформу правоохранительных, прежде всего судебных органов (соответствует юридической практике);
- реформу в области правосознания (соответствует субъективному компоненту правовой системы).

Законодательство является базовой основой правовой системы и требует тщательного подхода к выявлению проблемных зон для того, чтобы осуществить в нем преобразования, соответствующие нынешним реалиям. Реформа в области законодательства включает в себя два момента:

- формальный — необходимость обеспечить верховенство закона, сделать законы непосредственно действующими, придать им характер правовых законов (в том числе и с точки зрения соответствия правам человека);
- содержательный — необходимость обновить законодательство, содержание законов, чтобы с их помощью обеспечить позитивные изменения.

В этом смысле реформа законодательства предполагает отмену устаревших норм права, устранение пробелов в праве, принятие новых нормативно-правовых актов, соответствующих современным социально-экономическим и политическим условиям.

Следует отметить, что проблемам определения социальных факторов, влияющих на законодательство и процесс его формирования, посвящено достаточное число публикаций. Спорным остается вопрос, являются ли законы свободными порождениями человеческой воли или же они вносятся извне, под действием факторов, которые существуют еще до того, как начинается процесс правотворчества. Так, представители школы естественного права рассматривают этот процесс через призму роли естественного права в формировании позитивного права, а последователи социологической школы права — посредством поиска социального субстрата.

Не углубляясь в детали обозначенной дискуссии, скажем, что законодательство многофакторно и детерминировано правообразующими факторами материального характера, а также факторами духовного порядка, относящимися к сфере убеждений, идеалов, оценочных суждений, настроений. Учитывать все эти факторы совершенно необходимо, так как в противном случае правовые нормы утратят положительное социальное содержание.

Как известно, на процесс формирования законодательства влияют следующие социальные факторы: демографические, биологические факторы, социально-экономическая, политическая и идеологическая среда, а также человеческий фактор. Многообразие действующих в процессе создания и реализации закона социальных факторов не означает, что все они будут реально действующими. Стремление к адекватному отражению существующих общественных отношений в законодательстве и определению способов их регуляции требует выявления круга «действующих» факторов и определение реальной роли каждого из них. Это неизбежно приводит к необходимости их систематизации.

Профессор Д.А. Керимов пишет: «На законотворческий процесс воздействует не только практика создания законов сама по себе, но и внешняя среда значительно более широкого масштаба. Именно она изменяет, трансформирует и совершенствует законотворчество и его результаты. Вместе с тем законодательная практика потому и носит творческий характер, что не просто отражает изменения и развитие внешней среды, а является сложным процессом ее целенаправленного, концентрированного и нормативно-правового преобразования. Лишь благодаря этому продукты законотворчества — законы — обретают силу обратного воздействия на внешнюю среду, их в конечном счете породившую»¹.

Профессор С.С. Алексеев отмечает, что «государство ведет свою законодательную политику на основе изучения потребностей общества и познания тенденций общественного развития. Основным импульсом к созданию закона или иного нормативно-правового акта служит общественно значимая проблема, острая социальная ситуация, нерешенный вопрос, имеющий значение для большого числа людей, для государства в целом. Искусство законодателя в том и состоит, чтобы, во-первых, вовремя, а, во-вторых, точно, адекватными правовыми средствами отреагировать на общественный «вызов», «снять» остроту ситуации»².

Говоря о факторах, оказывающих наибольшее влияние на эффективность закона в Кыргызстане, мы присоединяемся к точке зрения С.В. Полениной, которая все социальные факторы, влияющие на законотворчество, подразделила на две группы: основные (внешние) и обеспечивающие (внутренние). К основным (внешним) факторам можно отнести политические, социально-экономические, национальные, теоретико-идеологические, социокультурные, управленческие и международные. Обеспечивающие (внутренние) факторы: организационные, информационные, научные и программирующие³.

Рассмотрим основные факторы.

Социально-экономические факторы. В государственно-организованном обществе право и закон всегда были тесно связаны с материальными условиями существования общества. Во все времена государство при создании правовых норм руководствовалось требованиями экономического развития, соотношением экономического базиса и политико-правовой надстройки. Более того, сами возможности активного обратного воздействия права и закона на социально-экономический базис общества определялись характеристиками базиса. Отсюда проистекает социально-экономическая обусловленность законотворчества. Тем не менее, нельзя полностью утверждать о прямой зависимости законодательства от социально-экономических факторов.

¹ Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. 4-е изд. М.: Изд-во СГУ, 2008. С. 351.

² Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юрид. лит, 1998. С. 246.

³ Поленина С.В. Социальные аспекты законодательной деятельности // Советское государство и право. 1981. № 11. С. 3–10.

Законы и право, регулируя общественные отношения, влияют на сознание людей, реально или эвентуально (возможно) вступающих в те или иные общественные отношения, направляют эти отношения в определенное русло. Поэтому, регулируя социально-экономические отношения, законодатель прежде всего основывается на них. Это подтверждается тем, что из 148 законов и 964 постановлений, принятых четырнадцатой сессией Жогорку Кенеша Кыргызской Республики⁴, более 65% были направлены на решение социально-экономических задач и внедрение рыночных отношений⁵.

Как показывает мировая практика, в процессе формирования рыночных отношений наряду с гражданским законодательством также развивается торговое, коммерческое, предпринимательское и хозяйственное законодательство. Такое правовое многообразие имеет место в правовых системах США, Германии и в иных развитых странах мира. Оно проявляется и в одновременном существовании гражданского и торгового права. В связи с этим в правовой науке возникает спорный вопрос об определении предмета и метода правового регулирования зарождающихся отраслей⁶. В юридической литературе по этому вопросу было предложено несколько теоретических конструкций, однако они носят дискуссионный характер⁷.

Что касается Кыргызстана, то здесь указанные выше отрасли права находятся на стадии формирования. Это связано с тем, что пока еще действующее в стране гражданское законодательство в основном отвечает требованиям переходного этапа развития экономики, но постепенное развитие рынка и культуры рыночных отношений явится действенным фактором развития новых отраслей права и законодательства.

Теоретико-идеологические факторы. Законы не только отражают потребности, интересы людей, общества, но иногда опережают или предопределяют их. Подвергая анализу последнее десятилетие ушедшего столетия, можно сделать вывод, что наше общество не было готово к восприятию провозглашенного суверенитета, а руководство страны не имело разработанной модели перехода к суверенному развитию.

Итогом проведенных после обретения независимости правовых реформ стало создание законодательной базы, основанной на многообразии форм собственности, закрепляющей права собственников в условиях рыночных отношений. Вместе с тем государство посредством законодательства стремится создать необходимые условия для удовлетворения потребностей народа в образовании, здравоохранении и культуре. Таким образом, в стране постепенно была разработана социально ориентированная модель гармоничного соединенная экономической эффективности с социальным балансом.

Говоря об идеолого-теоретических факторах законотворчества, нельзя умалять и значение правосознания как одного из важных источников правового бытия, ибо оно занимает самостоятельное место в механизме правового регулирования. Без него невозможно ни законотворчество, ни правовое регулирование⁸. Формирование правосознания вызвано к жизни потребностью регламентации общественных отношений

⁴ Парламент Кыргызской Республики.

⁵ Отчет о деятельности Жогорку Кенеша Кыргызской Республики двенадцатого созыва за период 1990–1994 гг. // Жогорку Кенеш: вопросы эффективности и прозрачности. Бишкек, 2012. С. 10.

⁶ Белых В.С. Теория хозяйственного права в условиях становления и развития рыночных отношений в России // Государство и право. 1995. № 11. С. 53–54.

⁷ Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада // Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004. С. 101–106.

⁸ Халилов Э.Х. Правосознание в структуре общественной жизни. Ташкент: Узбекистан, 1997. С. 35.

между людьми, между государством и обществом. В процессе этих отношений законотворчество выступает фактической функцией правосознания, а само правосознание — идейным источником права и законотворческой деятельности.

Национальные факторы. Раскрывая значение и роль национальных факторов как правообразующей силы, полагаем необходимым изложить наше видение самого понятия «законодательство». На наш взгляд, законодательство — это не только свод правил, но прежде всего (в широком смысле слова) — показатель степени развития нации и национальной культуры народа, *это зеркало нации* (в данном случае под понятием «нация» автор подразумевает весь народ, составляющий государство).

Развитие суверенного Кыргызстана началось с провозглашения идеи национально-возрождения киргизов, получившей свое закрепление в ст. 3 Декларации о государственном суверенитете: «Кыргызская нация, давшая название Республике, имеющая древнюю историю, самобытную культуру, свой язык, обычаи, традиции, заботится о сохранении целостности своего генофонда, этноса, ее национальной государственности, культурного и языкового наследия на основе государственной политики интернационализма, сотрудничества и взаимоуважения граждан всех национальностей». Стремление государства к защите и развитию интересов всех национальностей, отраженное в этой норме, усиливается положением о том, что «Республика Кыргызстан заботится о сохранении и развитии национальных культур, родного языка, народных обычаев и традиций всех национальностей, населяющих Республику».

Некоторые национально-традиционные формы государственного управления, например, парламент Кыргызской Республики (Жогорку Кенеш), акимы районов⁹, айылокмоту¹⁰, местные кенешы¹¹ и другие, вновь нашли свое место в структуре современной политической жизни Кыргызстана, но они никоим образом не мешают современному развитию страны. Поэтому вряд ли оправданы призывы некоторых политиков «идти своим путем», возвращаясь, в частности, к правовой системе государств мусульманской традиции (Иран, Саудовская Аравия и др.).

Социокультурные факторы. Закон служит важнейшим правовым инструментом регулирования общественных отношений, определенного сглаживания интересов политических сил, культурных общностей, достижения общественного согласия и консенсуса¹². В юридической литературе и в законодательстве существует категория интереса и законного интереса. Не все интересы можно считать законными. Следовательно, закон направлен на защиту не всяких интересов, а законных интересов. Поэтому только законные интересы могут быть объектами охраны закона и защиты со стороны государства.

Социальный консенсус по отношению к законодательству выступает не только как определяющий фактор его содержания, но и как самоцель. Таким образом, закон рассматривается «как концентрированное выражение социальных интересов, как итог социального консенсуса»¹³, следовательно, законотворчество выступает как примирительная деятельность государства, интересов и культур, порой противостоящих различных социальных сил.

⁹ Главы местных государственных администраций.

¹⁰ Исполнительный орган местного самоуправления.

¹¹ Представительный орган местного самоуправления.

¹² Тихомиров Ю.А. Закон в системе нормативных актов: Проблемы законотворчества Российской Федерации // Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М. 1993. № 53. С. 7.

¹³ Там же.

Социально-управленческий фактор. Социальное управление — это сознательное, целенаправленное воздействие на общественную систему в целом или на ее отдельные звенья на основе познания и использования, присущих системе объективных закономерностей и тенденций в интересах обеспечения ее оптимального функционирования и развития, достижения поставленной цели. Именно недостатки в управлении, отсутствие крупных решений в экономической, социальной, культурной и других сферах были одними из важных причин торможения общественного развития.

Являясь атрибутом любой групповой деятельности, социальное управление органически связано с регулированием общественных отношений, складывающихся в процессе этой деятельности. Как известно, государство управляет народом в основном через законы, которые должны отражать в себе сущность государства, все изменения, происходящие в нем (экономического, политического, идеологического, культурного характера). Верховенство закона — один из основополагающих принципов правового государства. По мере развития общества социальное управление также развивалось, усложнялось, дифференцировалось. Государство являлось организацией, которая через законы имело право осуществлять управление обществом. Право постепенно становится средством социального управления, одним из основных регуляторов общественных отношений. «В государственно организованном обществе, — пишет И.Я. Дюрягин, — государство и право становятся основными, объективно необходимыми элементами социального управления. В своем единстве они создают такой механизм государственно-правового воздействия на общественные отношения, который составляет сердцевину, основу управления обществом»¹⁴.

Реализация управления происходит через государственные органы власти, управления, надзора, через правоохранительные органы. Право есть ничто без аппарата, способного принуждать к соблюдению норм права. В социальных системах действует общая закономерность, состоящая в том, что одни и те же факторы в одних отношениях с точки зрения формы, содержания и основания возникновения выступают как вторичные, определяемые, а в других играют главную, управляющую, руководящую, движущую роль¹⁵.

С нашей стороны будет правильно особо выделить факторы, которые имеют важнейшее место среди факторов законотворчества в Кыргызской Республик — это *политические факторы*. Политические факторы — понятие собирательное, которое охватывает все политические процессы, явления, факты различного уровня, оказывающие воздействие на изменения правовой системы. Политические факторы могут выступать в форме политической практики, принципов и установок юридической политики относительно главных сторон развития законодательства страны, его отдельных сфер, отраслей и институтов. Свое проявление эти факторы находят в политических директивах и ориентациях, содержащихся в Конституции Кыргызской Республики и иных законах политико-правового характера, а также в документах партий, общественных объединений и движений, уставах местного самоуправления, в общественном мнении.

Политические факторы осуществляют роль активного центра применительно к иным социальным факторам. Именно они в наиболее концентрированном виде отражают в процессе законотворчества цель будущего закона и его отдельных положений, что придает этим факторам максимальную эффективность среди других факторов.

¹⁴ Дюрягин И.Я. Право и управление. М.: Юрид. лит., 1981. С. 3.

¹⁵ Казаков Д.В. Политический фактор и законотворчество // Административное и муниципальное право. 2008. № 3. С. 77.

Международный фактор. Изучение и заимствование положительного опыта передовых стран является одним из важных и необходимых факторов успеха законотворческой деятельности. Люди живут не только в определенных социальных и национальных рамках, но и вступают в отношения с различными международными общностями. Благодаря этим отношениям создается определенная международная атмосфера, которая отражается в нормативных актах, в различных организационных формах, объективируются в тех или иных принципах и нормах международного права. Именно эти отношения, складывающиеся в национальных и международных рамках, выступают в качестве правообразующих факторов. Сегодня практически любая отрасль законодательства страны тесно связана с международными договорами. К примеру, Конституция Кыргызской Республики восприняла комплекс принципов и норм международного права из Устава ООН, Всеобщей декларации прав человека 1948 г., из Хельсинского заключительного акта, Парижской и Мадридской хартий СБСЕ и т.п. Особенно ярко они выражены в преамбуле Конституции Кыргызской Республики: «Подтверждая свою приверженность правам и свободам человека», «провозглашая свою приверженность общечеловеческим моральным принципам и нравственным ценностям»¹⁶.

Целесообразно разрабатывать нормативные модели, в том числе модельные законы. Это помогло бы странам СНГ в совершенствовании собственных национальных правовых систем, значительно сократило бы путь от идеи к закону, обеспечило бы необходимое в современных условиях единство основ их законодательства. В целом привнесение в национальное законодательство Кыргызской Республики консолидированного мирового юридического опыта становится ведущей тенденцией развития национального законодательства и правотворчества.

Все вышесказанное свидетельствует о многофакторности законотворчества, его детерминированности, сложности социальной основы права. Мы полагаем, что однозначно ответить на вопрос, какой из факторов важнее невозможно. Таким образом, уточним определение понятия «социальные факторы законодательства» как стимулирующие явления общественной жизни, воздействующие в той или иной форме на возможность выявления потребностей в правовом регулировании, разработку, принятие, изменение или отмену законов, их содержание и применение.

Говоря о факторах, оказывающих наибольшее влияние на развитие законодательства Кыргызской Республике, следует отметить, что при исследовании степени влияния факторов на законотворческий процесс Кыргызстана выделены национальные, социально-экономические, международные, а особенно — политические факторы. Их динамика прямо отражаются в законах, в конечном счете определяющих направления развития законодательства Кыргызстана.



Библиография

Алексеев С.С. Общая теория права. М.: Юрид. лит., 1998. 457 с.

Белых В.С. Теория хозяйственного права в условиях становления и развития рыночных отношений в России // Государство и право. 1995. № 11. С. 53–61.

Дюрягин И.Я. Право и управление. М.: Юридическая литература, 1981. 400 с.

Казаков Д.В. Политический фактор и законотворчество // Административное и муниципальное право. 2008. № 3. С. 77–82.

¹⁶ Конституция Кыргызской Республики от 27.06.2010 // <http://rus.gateway.kg/content/gov/Constitution/41> (дата обращения: 01.04.2015)

- Керимов Д.А. Методология права: Предмет, функции, проблемы философии права. 4-е изд. М.: Изд-во СГУ, 2008. 521 с.
- Кулагин М.И. Предпринимательство и право: опыт Запада / Избранные труды по акционерному и торговому праву. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2004. 363 с.
- Марченко М.Н. Теория государства и права. М.: Проспект, 2011. 640 с.
- Ниязова А.Н. Некоторые проблемы законодательного регулирования имущественных, личных неимущественных отношений и отношений, связанных с осуществлением правосудия по гражданским делам в Кыргызской Республике // Вестник КРСУ. 2010. Т. 10. № 6. С. 121–125.
- Ниязова А.Н. Право собственности и отдельные ограничения права собственности в Кыргызской Республике // Вестник КРСУ. 2013. Т. 13. № 12. С. 21–23.
- Поленина С.В. Социальные аспекты законодательной деятельности // Советское государство и право. 1981. № 11. С. 3–10.
- Сорокин В.В. Концепция эволюционного развития правовой системы в переходный период: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2003. 337 с.
- Тихомиров Ю.А. Закон в системе нормативных актов // Труды Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. М., 1993. № 53. С. 6–20.
- Тихомиров Ю.А. Современное публичное право: монографический учебник. М.: Эксмо, 2008. 448 с.
- Халилов Э.Х. Правосознание в структуре общественной жизни. Ташкент: Узбекистан, 1997. 235 с.
- Чикеева З.Ч. Формирование правовой системы Кыргызской Республики: история и современность. Бишкек: Изд-во КРСУ, 2013. 226 с.

Factor Analysis of Reforming the Legislation of the Kyrgyz Republic



Zura Chikeeva

Associate Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law, Kyrgyz-Russian Slavic University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 44 Kievskaya Str., Bishkek, 720000, Kyrgyz Republic. E-mail: aliya.m@inbox.ru



Abstract

The article features major tendencies of reforming the legislation in context of legal reform in the Kyrgyz Republic. The works of legal scholars concerning the influence of various factors on the transformation in the legislation have been analyzed. Practical significance of the influence on the Kyrgyz Republic's legislation development has been researched. The analysis of pluralism of legal theories allows identifying the main social factors influencing the development of the Kyrgyz Republic's legislation. The legislation of the Republic develops in the conditions of a dynamic evolution of social relations. Therefore, legal reform as a complex of radical changes in the legal system which is carried out for the formation of the democratic state becomes very importance. Legal reform has to be carried out by a purpose-oriented, developed and planned activity. One of the main components of legal reform is the reform of the national legislation. At the same time, it should be noted that legal reform cannot be effective without social factors which influence the system of legislation of the Kyrgyz Republic. In this regard, the theoretical-legal analysis of these factors gains a special relevance. In legal theory, the question of the factors that influence the formation of the legislation is debatable. It is common knowledge that the legislation is a fundamental basis of legal system. The legislation of the Kyrgyz Republic is determined by the law-forming factors of substantial and ideological character. Adequate reflection of the existing public relations in the legislation, defining the ways of their regulation are possible only in case of the identification of a circle of the *operating* factors and determining the real roles of each of them. In the Kyrgyz Republic, the development of the legislation is influenced by the following major (external) factors: political, social-economic, national, theoretical-ideological, sociocultural, administrative and international. Social factors of the legislation influence the possibility of identifying needs for

legal regulation, development, acceptance, change or cancellation of laws, their contents and application. Thus, the dynamics of social factors is directly reflected in the features of the legislation of the Kyrgyz Republic development.



Keywords

legislation; legal system, legal reform, factor analysis Constitution, the Kyrgyz Republic.

Citation: Chikeeva Z.Ch. (2015) Factor Analysis of the Reforming Legislation of Kyrgyz Republic. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. (in Russian). Pp. 166–174.



References

- Alekseev S.S. (1998) *Obshchaya teoriya prava* [General Theory of Law]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 457 p. (in Russian)
- Belykh V.S. (1995) Teoriya khozyaystvennogo prava v usloviyakh stanovleniya i razvitiya rynochnykh otnosheniy v Rossii [Theory of Commercial Law]. *Gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 53–61.
- Chikeeva Z.Ch. (2013) *Formirovanie pravovoy sistemy Kyrgyzskoy Respubliki: istoriya i sovremenost'* [Formation of Legal System in the Kyrgyz Republic: Past and Present]. Bishkek: KRSU, 226 p. (in Russian)
- Dyuryagin I.Ya. (1981) *Pravo i upravlenie* [Law and Administration]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 400 p. (in Russian)
- Kazakov D.V. (2008) Politicheskiy faktor i zakonotvorchestvo [Political Factor and Lawmaking]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no 3, pp. 77–82.
- Kerimov D.A. (2008) *Metodologiya prava: Predmet, funktsii, problemy filosofii prava. 4-e izd* [Methodology of Law: Subject, Functions, Problems of Philosophy of Law. 4th edition]. Moscow: SGU, 521 p. (in Russian)
- Khalilov E.Kh. (1997) *Pravosoznanie v strukture obshchestvennoy zhizni* [Legal Consciousness in Public Life]. Tashkent: Uzbekistan Publishing, 235 p. (in Russian)
- Kulagin M.I. (2004) Predprinimatel'stvo i pravo: opyt Zapada [Entrepreneurial Law: Western Experience]. *Izbrannye trudy po aktsionernomu i torgovomu pravu*. [Collection on Company and Trade Law]. Moscow: Statut, 363 p. (in Russian)
- Marchenko M.N. (2011) *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of State and Law]. Moscow: Prospekt, 640 p. (in Russian)
- Niyazova A.N. (2010) Nekotorye problemy zakonodatel'nogo regulirovaniya imushchestvennykh, lichnykh neimushchestvennykh otnosheniy i otnosheniy, svyazannykh s osushchestvleniem pravosudiya po grazhdanskim delam v Kyrgyzskoy Respublike [Issues in Regulating Personal Non-property Relations in Context of Administering Justice]. *Vestnik KRSU*, vol. 10, no 6, pp. 121–125.
- Niyazova A.N. (2013) Pravo sobstvennosti i odel'nye ogranicheniya prava sobstvennosti v Kyrgyzskoy Respublike [Right of Ownership and some Restrictive Ownership Rights in the Kyrgyz republic]. *Vestnik KRSU*, vol. 13, no 12, pp. 21–23.
- Polenina S.V. (1981) Sotsial'nye aspekty zakonodatel'noy deyatelnosti [Social Aspects of Law-Making]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 11, pp. 3–10.
- Sorokin V.V. (2003) *Kontseptsiya evolyutsionnogo razvitiya pravovoy sistemy v perekhodnyy period (Diss. Doktor. Jurid. Nauk)* [Conception of Evolutionary Development of Legal System in Transitional Period (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Ekaterinburg, 337 p. (in Russian)
- Tikhomirov Yu.A. (1993) Zakon v sisteme normativnykh aktov [Law in the System of Rules of Law]. *Trudy Instituta zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve RF. Moscow* [Proceedings of the Institute of Legislation and Comparative Law], no 53, pp. 6–20.
- Tikhomirov Yu.A. (2008) *Sovremennoe publichnoe pravo* [Modern Public Law]. Moscow: Eksmo, 448 p. (in Russian)

Современные подходы к правовому регулированию срочных трудовых договоров в странах Европейского Союза: проблемы и пути решения



Е.С. Батусова

старший преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: ebatusova@hse.ru, batusovs@gmail.com



Аннотация

Статья посвящена рассмотрению существующих подходов к правовому регулированию срочных трудовых договоров в ряде стран Европейского Союза (ЕС). Анализируется влияние Директивы ЕС о срочных трудовых договорах 1999 г. на трудовое законодательство ряда стран Европейского Союза. В частности, рассмотрены акты Германии, Великобритании, Бельгии и др. Обосновывается вывод, что все страны ЕС имплементировали в свое трудовое законодательство основные положения Директивы ЕС о срочных трудовых договорах. Однако правовой механизм реализации норм Директивы на национальном уровне имеет специфику. Она определяется характерными особенностями фундаментальных основ трудового права стран ЕС. Ввиду этого можно заключить, что, несмотря на общность в правовом регулировании срочных трудовых договоров, существуют различные подходы к решению проблем их заключения, изменения и прекращения. Это, прежде всего, относится к наличию или отсутствию закрепления целей и задач правового регулирования в специальных актах. Некоторые акты содержат специальные понятия, например, понятий «работник по срочному трудовому договору»; «постоянный работник, сравнимый с работником по срочному трудовому договору». Существуют разные подходы к определению сторон такого договора. В национальном акте закрепляется либо перечень субъектов, на которых он распространяется, а также субъектов, на которых он распространяется при определенных условиях, либо на которых он не распространяется, основания заключения срочных трудовых договоров. Важно отметить и закрепление принципа устранения дискриминации в отношении таких работников. Элементы механизма предотвращения дискриминации, как правило, выражаются в установлении максимальной суммарной продолжительности последовательно заключенных срочных трудовых договоров, возможности определения максимальной продолжительности и максимального количества срочных трудовых договоров на уровне социального партнерства, в закреплении момента, с которого работник при заключении с ним нескольких срочных трудовых договоров считается постоянным, и оснований прекращения срочных трудовых договоров. Правовое регулирование в рассматриваемых странах строится на признании срочных трудовых договоров в качестве нетипичной формы занятости и признании трудового договора на неопределенный срок как основного вида трудового договора для обеспечения занятости в рассматриваемых странах.



Ключевые слова

срочный трудовой договор, Европейский Союз, работник по срочному трудовому договору, сравнимый с работником по срочному трудовому договору постоянный работник, основания заключения срочного трудового договора, прекращение срочного трудового договора, максимальный срок срочного трудового договора, максимальное количество перезаключений срочного трудового договора.

Библиографическое описание: Батусова Е.С. Современные подходы к правовому регулированию срочных трудовых договоров в странах Европейского Союза: проблемы и пути решения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 175–185.

JEL: K31; УДК: 349

На развитие правового регулирования в странах Европейского Союза (далее — ЕС) существенное влияние оказали следующие международные акты: Конвенция Международной организации труда (далее — МОТ) № 158 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» (1982)¹, Конвенция Совета Европы о защите прав и основных свобод (1950)², Директива Совета ЕС 1999/70/ЕС от 28 июня 1999 г. относительно рамочного соглашения по вопросам работы по срочным трудовым договорам, заключенного между Европейской конфедерацией профсоюзов (ETUC), Союзом конфедераций промышленников и предпринимателей Европы (UNICE), Европейским центром предприятий и организаций коммунального обслуживания (CEEP) (далее — Директива о рамочном соглашении), и Директива ЕС о срочных трудовых договорах (1999, далее — Директива 1999 г.)³. Вследствие этого воздействия правовое регулирование срочных трудовых договоров в странах Европы характеризуется наличием следующих общих элементов: цели, сфера действия, субъекты, принципы устранения дискриминации и элементы механизма ее устранения (наличие объективных оснований; максимальная суммарная продолжительность последовательных срочных трудовых договоров; число возобновлений срочных трудовых договоров), информирование о возможности трудоустройства.

В зарубежных странах сложилась развитая система законодательства о срочных трудовых договорах⁴. В Великобритании это Правила о работниках по срочным трудовым

¹ Конвенция № 158 Международной организации труда «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» (Женева, 22.06.1982) // Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Т. II. Женева: Международное бюро труда, 1991. С. 1983–1989.

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4.11.1950) вместе с Протоколами (с изм.) // СЗРФ. 2001. № 2. Ст. 163.

³ Council Directive 1999/70/EC of June 28, 1999 concerning the Framework Agreement on Fixed-term Work Concluded by ETUC, UNICE and CEEP // Official Journal of the European Communities. 10.7.1999. L175/43–L175/48 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1999:175:0043:0048:EN:PDF> (дата обращения: 05.01.2015).

⁴ См.: Fixed-term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2002. Made July 30, 2002) // Statutory Instruments. 2002. № 2034. Terms and Conditions of Employment // URL: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2034/pdfs/uksi_20022034_en.pdf (дата обращения: 10.07.2014); Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (BGBI. I S. 1966) [Teilzeit- und Befristungsgesetz — TzBfG. Zuletzt geändert durch Art. 23 G v. 20.12.2011 I 2854.] Stand 2000 // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tzbf/gesamt.pdf> (дата обращения: 27.08.2013); Lois sur le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée 2002, 5 juin. Consultation des versions antérieures à par tir du 26-06-2002 et mise à jour au 30.05.2007, Publication: 26.06.2002, numéro 2002012712, p. 28982, Dossier numéro: 5.06.2002/37 Entrée en vigueur: 6.07.2002 // URL: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/61509/88993/F1271377153/BEL-61509.pdf> (дата обращения: 05.01.2015); Lov nr. 370 af 28. maj 2003 omtidsbegrænset ansættelse // URL: http://www.au.dk/fileadmin/www.au.dk/Regelsamlingen/EN_Bekendtgørelse_af_lov_om_tidsbegrænset_ansættelse_dk.pdf (дата обращения: 05.01.2015); Estatuto de los Trabajadores el 14 de marzo de 1980, y modificado) // URL: <http://www.estatutodelostrabajadores.com/> (дата обращения: 05.01.2015); Code du travail // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte>

договорам (запрещение дискриминации, 2002, далее — Правила Великобритании); в Германии — Закон о работе на условиях неполного рабочего времени и об ограничении срока трудового договора (2000, далее — Закон ФРГ); в Бельгии — Закон об устранении дискриминации в отношении работников по срочным трудовым договорам (2002, далее — Закон Бельгии); в Дании — Консолидированный закон о срочных трудовых отношениях (2003, далее — Закон Дании). В Испании Статут трудящихся от 14.03.1980 был изменен в соответствии с Директивой 1999 г. Во Франции (2001) были внесены изменения в Трудовой кодекс. Италия приняла в 2001 г. Законодательный декрет о реализации Директивы о рамочном соглашении (далее — Декрет Италии), Нидерланды — Закон от 7.11.2002 о реализации положений Директивы о рамочном соглашении (далее — Закон Нидерландов).

Вместе с тем имеет место ситуация, обусловленная фундаментальными особенностями национального трудового права, когда проблемы в сфере правового регулирования срочных трудовых договоров в ЕС решаются по-разному. К таким проблемам следует отнести: определение целей законодательства о срочных трудовых договорах; проблемы, связанные с понятийным аппаратом правового регулирования срочных трудовых договоров; проблемы заключения, изменения и прекращения подобных договоров.

Можно выявить два варианта подхода к закреплению целей законодательства о срочных трудовых договорах — немецкий и британский. Закон ФРГ определяет своей целью стимулирование занятости на условиях неполного рабочего времени, формирование правовых основ использования срочных трудовых договоров и предотвращение дискриминации занятых на условиях неполного рабочего времени или срочного трудового договора. В Правилах Великобритании цель данного акта не определена.

Датский законодатель придерживается немецкого подхода и указывает цель принятия акта⁵, которая состоит в устранении дискриминации таких работников. В §1 Закона Дании отмечается, что целью закона является повышение качества правового регулирования срочных трудовых договоров путем применения принципа недискриминации создание основы для предотвращения злоупотреблений при последовательном заключении срочных трудовых договоров. Анализ данного положения позволяет заключить, что по сравнению с немецкой моделью датский законодатель делает акцент на предотвращении незаконного последовательного заключения срочных трудовых договоров. Это полностью соответствует ст. 1 Директивы 1999 г.⁶ Сравнение немецкого и датского подходов позволяет заключить, что, несмотря на схожесть, механизмы правового регулирования срочных трудовых договоров различаются, так как цель правового регулирования является фактором, определяющим его содержание. В итальянском Законодательном декрете о реализации Директивы о рамочном соглашении закрепление целей также отсутствует⁷.

=LEGITEXT000006072050 (дата обращения: 27.02.2014); Decreto Legislativo 6 settembre 2001 n. 368. Attuazione della direttiva 1999/70CE relativa all'accordo quadro sul lavoro determinato concluso dall'UNICE dal CEPE dal CES // URL: <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01368dl.htm> (дата обращения: 05.01.2015); Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de dooier EVV, de UNICE eenheid CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd // URL: http://www.gelijkebehandeling.nl/_documenten/emb/stb/2002/nr560.pdf (дата обращения: 05.01.2015).

⁵ Lov nr. 370 af 28 maj 2003 omtidsbegrænsningsansættelse.

⁶ Council Directive 1999/70/EC of June 28, 1999.

⁷ Decreto Legislativo 6 settembre 2001 № 368. Attuazione della direttiva 1999/70CE relative all'accordo quadro sul lavoro determinate concluso da ll' UNICE dal CEEP e dal CES.

Представляется, что немецкий подход является оптимальным.

Законы стран ЕС о срочных трудовых договорах имеют разные предметы (сферу) регулирования. Из сферы их действия исключен ряд категорий работников. Правила Великобритании распространяются на работников по трудовому договору (employee), но не на трудящихся (workers). Права трудящихся, таким образом, урезаны по сравнению с правами работников.

Закон Дании (как и Правила Великобритании) не распространяется на следующие категории лиц: заемных работников; студентов, направляемых на практику и стажировку; работников, привлекаемых в рамках государственных программ по обучению, переподготовке и интеграции. Закон ФРГ распространяется на всех работников как в государственном, так и частном секторах экономики, за исключением государственных гражданских служащих⁸, если это специально не оговорено в коллективном договоре.

§2 Закона Дании не распространяется на работников, на которых распространяется коллективный договор, гарантирующий работникам такие же права, как и Директива 1999 г. Отметим такую особенность датского законодательства, в соответствии с которой коллективно-договорное регулирование имеет приоритет над государственным. Данный подход отличается от правового регулирования срочных трудовых договоров с доминирующим государственным регулированием. Применительно к Дании можно говорить об имплементации Директивы 1999 г., минуя национальный нормативный акт, непосредственно в содержание коллективно-договорного регулирования условий о работниках по срочным трудовым договорам.

Следовательно, можно выделить две группы работников по срочному трудовому договору: 1) на которых непосредственно распространяется Закон Дании, 2) на которых распространяется коллективный договор с условиями, соответствующими Директиве 1999 г. Можно сделать вывод, что датский законодатель усиливает значение коллективного договора, заключенного в соответствии с европейскими нормами о работе по срочным трудовым договорам. Это позволяет не ухудшать положения работников, на которых распространяется такой договор, если государственное регулирование не вполне соответствует европейскому.

Положения Закона Бельгии⁹ в соответствии со ст. 3 не распространяются на заемных работников и лиц, проходящих обучение. Закон Нидерландов¹⁰ не распространяет свое действие на лиц, заключивших договор поручения. Декрет Италии¹¹ не распространяется на туристический бизнес и организацию выездного общественного питания, сельское хозяйство, управленческий персонал, государственных служащих. В Италии запрещается привлекать работников по срочным трудовым договорам на время забастовки.

Таким образом, можно сделать вывод, что государства свободны в определении субъектов, которые подпадают под действие данных специальных законов о срочных трудовых договорах. Конкретное закрепление субъектов в Директиве ЕС привело бы к

⁸ Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge 2000.

⁹ Loi sur le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée 2002, 5 juin.

¹⁰ Wet van 7 november 2002 tot uitvoering van de richtlijn 1999/70/EG van de Raad van de Europese Unie van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de UNICE en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsvoorwaarden voor bepaalde tijd.

¹¹ Decreto Legislativo 6 settembre 2001 № 368. Attuazione della direttiva 1999/70/CE relative all'accordo quadro sul lavoro determinate concluso dall' UNICE dal CEEP e dal CES.

необоснованной жесткости регулирования в данной сфере, что в итоге повлияло бы на создание негативных условий для свободного развития государств ЕС, так как не учитывало бы специфику функционирования отдельных отраслей экономики.

Анализ нормативных актов отдельных стран ЕС позволяет заключить, что законодательство ряда стран (Великобритания, Германия, Бельгия) содержит специальный понятийный аппарат, например, «работник по срочному трудовому договору», «постоянный работник, сравнимый с работником по срочному трудовому договору». В датском, итальянском и голландском законах эти определения отсутствуют.

Правила Великобритании закрепляют правовой механизм устранения дискриминации в отношении работников по срочным трудовым договорам. Он состоит из нескольких элементов: закрепление понятия «работник по срочному трудовому договору»; запрет дискриминации работников на основе срочного трудового договора; выделение объективных причин, которые позволяют ставить этого работника в худшее положение, чем работника по трудовому договору на неопределенный срок; право получения от работодателя письменного обоснования, почему он ставится в худшее положение, чем сравнимый постоянный работник. Подчеркивая роль и значение изменения законодательства Великобритании под воздействием Директивы 1999 г., ряд авторов считает, что принятие этой Директивы способствует обеспечению равенства в сфере труда в Великобритании¹².

Первый элемент антидискриминационного механизма — закрепление понятия «работник по срочному трудовому договору». Это определение сформулировано с целью предотвратить разные толкования такого статуса. Рассматриваемое понятие отсутствует в российском законодательстве. В данном случае сказывается влияние Директивы 1999 г. на британское законодательство. В ч. 1 ст. 3 Директивы закреплено понятие «работник по срочному трудовому договору»¹³ — это лицо, заключившее срочный трудовой договор непосредственно с работодателем. Момент прекращения трудового договора или трудовых отношений в Великобритании определяется согласно Правилам по объективным критериям: наступление конкретной даты, выполнение конкретной задачи или наступление конкретного события¹⁴.

В соответствии с британским законом «работник по срочному трудовому договору» — это работник, заключивший срочный трудовой договор¹⁵. Обращает на себя внимание некоторое несовершенство английского понятия: отсутствует указание на непосредственное заключение договора с работодателем, хотя само понятие «работник» предопределяет наличие второй стороны трудового правоотношения — работодателя.

Выделение в законодательстве Великобритании такого субъекта, как «работник по срочному трудовому договору» обосновывается тем, что право этой страны базируется на принципе недискриминации, который распространяется и на подобных лиц. Руководствуясь, в том числе, положением Директивы 1999 г., закрепившей понятие «постоянный работник сравнимый с работником по срочному трудовому договору», британский законодатель также формулирует понятия «постоянный работник»¹⁶ и «по-

¹² Geyer R., MacKintosh A., Lehmann K. Integrating UK and European Social Policy: The Complexity of Europeanisation. Oxford — Seattle, Radcliffe Publishing, 2005. P. 107.

¹³ Clause 3. Council Directive 1999/70/EC of June 28, 1999.

¹⁴ Fixed-term Employees (Prevention of Less Favorable Treatment) Regulations (2002).

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Sec. 1 Fixed-term Employees (Prevention of Less Favorable Treatment). Regulations (2002).

стоянный работник, сравнимый с работником по срочному трудовому договору» (a comparable permanent employee), с условиями труда которого сравниваются (с учетом специфики) условия труда работника по срочному трудовому договору.

Второй элемент антидискриминационного механизма — закрепление принципа недискриминации работников по срочным трудовым договорам. Правила Великобритании указывают, что работник по трудовому договору на неопределенный срок считается «постоянным работником, сравнимым с работником по срочному трудовому договору» (далее — сравнимый постоянный работник), если оба работника на момент спорного отношения, которое ставит работника по срочному договору в худшее положение, соответствуют определенным критериям. Эти работники осуществляют трудовую деятельность у одного работодателя и выполняют одинаковую или схожую работу; они имеют схожий уровень квалификации и профессиональных навыков; постоянный работник трудится в той же или на территории той же организации, что и работник по срочному трудовому договору. В случае отсутствия сравнимого постоянного работника в этой или на территории этой организации таковым выступает тот, кто трудится в другой или на территории другой организации, но отвечает всем остальным требованиям. Правила указывают, что работник не считается «сравнимым постоянным работником», если его трудовые отношения прекратились¹⁷.

В Законе ФРГ приводится понятие «работник по срочному трудовому договору» — работник, заключивший трудовой договор на определенный срок¹⁸. Следует отметить, что по Директиве 1999 г. это понятие включает такой определяющий признак, как заключение договора непосредственно с работодателем.

Немецкому законодательству, как и британскому, известно понятие «сравнимый постоянный работник». При этом сравнимым по отношению к работнику по срочному трудовому договору считается работник предприятия, выполняющий одинаковую или схожую работу по трудовому договору на неопределенный срок. При отсутствии на данном предприятии сравнимых работников, занятых по трудовому договору на неопределенный срок, вопрос об установлении такого работника решается исходя из условий коллективного договора. Во всех остальных случаях следует ориентироваться на то, какой работник в данной отрасли, как правило, считается сравнимым работником по трудовому договору на неопределенный срок¹⁹. Немецкое определение сравнимого постоянного работника более гибкое, чем в Великобритании, поскольку в нем присутствует указание на коллективный договор.

Правовой статус работников по срочному трудовому договору в ФРГ приравнен к статусу работников по трудовому договору на неопределенный срок. Исключение составляет дополнительное основание расторжения срочного трудового договора. Соответствующие положения имеются и в российском законодательстве, хотя понятие «работник по срочному трудовому договору» и «сравнимый постоянный работник» в нем отсутствуют.

В Бельгии трудовое законодательство также содержит специальные правовые термины в рамках правового регулирования срочных трудовых договоров. Они закреплены в ст. 2 Закона Бельгии. Работник по срочному трудовому договору — это лицо, заключившее трудовой договор непосредственно с работодателем. Момент прекращения трудового договора или трудовых отношений определяется по объективным критери-

¹⁷ Sec.2 Fixed-term Employees (Prevention of Less Favorable Treatment) Regulations (2002).

¹⁸ § 2(1) Gesetzüber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (2000).

¹⁹ § 3(2) Gesetzüber Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (2000).

ям — наступление конкретной даты, выполнение конкретной задачи или наступление конкретного события. Термин «сравнимый постоянный работник для работника на определенный срок» означает работника того же предприятия на аналогичной должности либо выполняющего ту же или аналогичную работу (с учетом квалификации и профессиональных навыков), трудовой договор или трудовые отношения которого заключены на неопределенный срок. Анализ закрепленных терминов показывает, что они полностью соответствуют Директиве 1999 г.

При сравнении двух подходов в правовом регулировании срочных трудовых договоров в странах ЕС, когда в одном случае закрепляется специальный понятийный аппарат, а в другом — нет, можно заключить, что закрепление понятий в национальном законодательстве позволяет облегчить работу национальных судебных органов. Если национальный законодатель не вводит своим законом определение понятия, то предполагается, что сам факт имплементации Директивы 1999 г. устанавливает понятие, аналогичное предложенному в Директиве. На наш взгляд, закрепление терминологии позволяет четко очерчивать круг субъектов, подпадающих под регулирование законов о срочных трудовых договорах, и выявлять на практике их права и обязанности.

Анализ законов о срочных трудовых договорах стран ЕС по вопросу закрепления объективных оснований заключения срочных трудовых договоров в специальных актах позволяет сделать ряд выводов. В Великобритании и Нидерландах объективные основания заключения срочных трудовых договоров в законодательстве не закреплены. В Бельгии возможно заключение только первого срочного договора без указания на причины его заключения. Представляется, что это связано с тем, что данные страны руководствуются принципом широкого договорного регулирования труда работников.

Дания, Франция, Германия, Италия и Испания придерживаются противоположной позиции. Закрепление оснований заключения срочного трудового договора, по мнению законодателей этих стран, будет способствовать более эффективному регулированию срочных трудовых отношений. Предполагается, что государственное регулирование позволит не допустить злоупотребления работодателями правом заключать срочные трудовые договоры. Например, в Германии закреплены следующие основания заключения срочного трудового договора:

- временный характер производственной потребности в выполнении данной работы;
- с молодыми специалистами после завершения среднего или высшего профессионального обучения, чтобы в дальнейшем упростить переход работника к трудовым отношениям на неопределенный срок;
- замена другого работника;
- особенности выполняемой работы, которые делают ограничение срока трудового договора оправданным;
- установление срока испытания работника;
- особенности личности работника, которые делают ограничение срока трудового договора оправданным;
- оплата труда работника из бюджетных средств, которые, согласно бюджетному законодательству, предназначены для работников по срочному трудовому договору, что было отражено в условиях найма;
- мировая сделка, заключенная в суде и являющаяся основанием для ограничения срока трудового договора.

Основания заключения срочного трудового договора по немецкому законодательству могут быть подразделены на две группы: по характеру и условиям выполнения работы.

Изучение двух подходов к заключению срочных трудовых договоров в странах ЕС позволяет сделать вывод, что гибкость правового регулирования подобного вида договоров достигается в большей степени в тех странах, где отсутствуют законодательно закрепленные основания заключения срочных трудовых договоров. Это, несомненно, в интересах работодателя. В таких случаях необходима активная работа государственных органов для создания рабочих мест, обучения и переобучения работников, срок трудового договора которых закончился. Государства, закрепившие перечень оснований заключения срочных трудовых договоров, таким образом укрепляют механизм защиты прав работников по срочным трудовым договорам, так как ограничивают работодателя в их заключении.

Рассмотрим теперь проблему установления отдельными государствами ЕС максимального количества последовательных срочных трудовых договоров и их максимального суммарного срока. В Бельгии возможно заключение четырех договоров на общий срок 3 года. В Дании отсутствуют какие-либо ограничения на этот счет, однако каждое новое заключение на новый срок должно быть обосновано достижением какого-либо события, какого-либо срока или окончания какой-либо работы. Во Франции по общему правилу возможно заключение двух договоров в течение 2 лет, в Германии — четырех договоров в течение 2 лет. По мнению немецких ученых Б. Бухмана и Т. Хагена, «наиболее важным ограничением на использование нетипичной занятости являются «объективные причины», которые должны учитываться для заключения срочного трудового договора, максимального количества последовательных трудовых договоров или максимального количества возобновлений срочных трудовых договоров, и, в итоге, общей продолжительности этих договоров с одним работником»²⁰.

Дальнейшее их заключение должно основываться только на наличии объективных причин. В Италии максимальное количество последовательно заключенных срочных трудовых договоров — два при общей продолжительности 3 года. Дальнейшее заключение возможно, только если оно закреплено специальными нормами. Положение об общей продолжительности в 3 года относится только к последовательно заключаемым договорам, в случае заключения одного договора ограничение по сроку его действия отсутствует.

В Нидерландах разрешено заключать три последовательных срочных трудовых договора на 3 года. Эта норма применима только если перерыв между договорами был менее 3 месяцев. В Испании возможно заключение двух последовательных договоров за 2 года.

В Великобритании уделено значительное внимание многократному заключению срочных трудовых договоров, так как эта процедура закрепляется в нормативно-правовом акте. Заключение срочного трудового договора на срок до 4 лет возможно и при отсутствии объективных оснований. Однако английский законодатель выделяет «фиктивно срочный договор», т.е. срочный трудовой договор, заключенный с работником при отсутствии объективных оснований и продленный, или два и более последовательно заключенных договора. При этом общий срок такого договора и продления или последующих договоров составляет в сумме более 4 лет.

Важной особенностью является закрепление момента, с которого такой работник считается постоянным. Момент, с которого срочный трудовой договор считается до-

²⁰ *Boockmann B., Hagen T. Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel. ZEW-Discussion Paper 01-33, 2001. P. 5. Centre for European Economic Research Site // URL: ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp0133.pdf* (дата обращения: 24.03.2013).

говором на неопределенный срок, в Великобритании определяется с даты заключения или последнего продления фиктивно срочного трудового договора либо с даты, с которой начался непрерывный четырехлетний стаж данного работника. Однако для этого требуется решение суда.

Отдельно в Правилах Великобритании фиксируются нормы о поочередном заключении срочных трудовых договоров с работником, с которым такой договор уже был заключен ранее (или с ним же возобновлялся) без оснований. Отметим, что в коллективный договор или тарифное соглашение могут включаться отличные от Правил положения, устанавливающие: максимально допустимый суммарный срок непрерывной работы по срочному трудовому договору или последовательно заключаемым срочным трудовым договорам; максимально допустимое количество заключаемых подряд срочных трудовых договоров и возобновлений таких договоров; объективные причины многократного заключения срочного трудового договора с работником.

В Великобритании принимаются меры, способствующие гармонизации интересов работников и работодателей. С одной стороны, работодателям предоставляется право на поочередное заключение срочных трудовых договоров. Это оптимизирует их хозяйскую власть на рынке труда. Как известно, договоры такого рода необходимы, чтобы реагировать на колебания спроса и предложения на рынке. С другой стороны, нормативные ограничения на количество заключаемых срочных трудовых договоров и определение максимальной их продолжительности при отсутствии объективных оснований свидетельствуют об усилении роли государства на рынке труда в интересах работников.

Отметим, что правовое регулирование прекращения срочных трудовых договоров в странах ЕС имеет ряд особенностей, наличие которых позволяет утверждать, что существует два подхода — немецкий и британский. В Германии срочный трудовой договор прекращается по двум основаниям (истечение срока, достижение поставленных задач), в законодательстве Великобритании предусмотрен более широкий перечень оснований прекращения срочных трудовых договоров (например, наступление какого-либо определенного события).

Таким образом, анализ законодательства ряда стран ЕС позволяет утверждать, что, несмотря на гармонизацию правового регулирования срочных трудовых договоров на основе Директивы 1999 г., сохраняются различные подходы к имплементации ее положений, которые определяются спецификой национального трудового законодательства.



Библиография

Blanpain R., Nakakubo H., Araki T. Regulation of Fixed-Term Contracts: A Comparative Overview. Austin etc.: Wolters Kluwer Law and Economics, 2010. 196 p.

Boockmann B., Hagen T. Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel. Centre for European Economic Research (ZEW) / ZEW-Discussion Paper 01-33, 2001. Leibniz Information Centre for Economics. 36 p.

Davies A.C.L. EU Labour Law. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012. 271 p.

Davies A.C.L. Perspectives on Labor Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. 258 p.

Delsen L. Atypical Employment. An International Perspective Causes, Consequences and Policy. Groningen: Wolters –Noordhof, 1995. 43 p.

Gash V., McGinnity F. Fixed-term Contracts. New European Inequality Comparing Men and Women in West Germany and France // Socio-Economic Review. 2007. N 5. P. 467–496.

Gash V., Mertens A., Gordo L.R. Are Fixed-term Jobs Bad for Your Health? A Comparison of West-Germany and Spain // European Societies. 2007. N 9(3). P. 429–458.

Geyer R., MacKintosh A., Lehmann K. Integrating UK and European Social Policy: The Complexity of Europeanisation. Oxford: Radcliffe Publishing, 2005. 200 p.

Işık U. Zeytinoğlu. Changing Work Relationships in Industrialized Economies. Amsterdam: John Benjamins Publishing, 1999. 255 p.

Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States. Ed. by A. Reitz American Bar Association, 2007. 402 p.

Parissis C. Enforcing EU Employment Law in the UK: the Pending Directives on Individual Labor Law and the Consequences of their Forthcoming Implementation. Manchester: MSM Publishing, 2000. 224 p.

Rogowski P. Reflexive Labor Law in the World Society. Cheltenham: Edward Edgar Publishing, 2013. 352 p.

Sargeant M., Lewis D. Employment Law. 4th ed. Harlow: Pearson Education, 2008. 442 p.

Seifert H. Atypical Employment in Japan and Germany. Tokyo: Japan Institute for Labor Policy and Training, 2010. 23p. //Available at: URL: <http://www.jil.go.jp/profile/documents/Seifert.pdf> (дата обращения: 01.04.2015)

Stalford H., Currie S., Velluti S. Gender and Migration in 21st Century Europe. Dartmouth: Ashgate Publishing, 2009. 247 p.

Tangian A. Flexicurity and Political Philosophy. N.Y.: Nova Science Publishers, 2011. 208 p.

Modern Approach to Legal Regulation of Fixed Term Contracts in European Union: Problems and Solutions



Ekaterina S. Batusova

Senior Lecturer, Department of Labor Law and Law of Social Security, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: batusovs@gmail.com



Abstract

The article considers the existing approaches to legal regulation of fixed-term contracts in several EU countries. The impact of the EU Directive on fixed-term contracts (1999) on labor law in the countries of the European Union is analyzed. In particular, it considers acts of Germany, the UK, Belgium etc. All EU countries have implemented in their labor legislation the main provisions of the EU Directive on fixed-term contracts. However, the legal mechanism for implementing the norms of the Directive at national level has its own specifics. It is defined by the characteristic features of the fundamental basis of labor law in the EU member-states. As a consequence, one could conclude that, despite the commonality in legal regulation of fixed-term contracts, there are different approaches to solving problems conclusion, modification and termination of fixed-term contracts. Some acts contain specific definitions, for example *fixed-term employee*; *a comparable permanent employee in relation to a fixed-term employee*. There are different approaches to the determination of the parties to such agreement. The national act or fixed list of subjects, as well as the subjects on which it applies under certain conditions, or subjects it does not apply, the conditions to enter into fixed-term contracts. The elements of the mechanism of preventing discrimination, are as a rule, expressed in the establishment of: the maximum total duration of successive fixed-term contracts; the determination of the maximum duration of fixed-term contract and the maximum number of fixed-term contracts in social partnership agreements; fixing the date from which the employee, at the conclusion with him several fixed-term contracts is considered to be permanent employee; grounds for termination of fixed-term contracts. Legal regulation in examined countries is based on the recognition of a fixed-term contract as an atypical form of employment and the recognition of an employment contract for an indefinite period as the main type of employment contract in these countries.



Keywords

fixed term employment contract, the European Union, fixed-term employee, a comparable permanent employee in relation to a fixed-term employee, grounds of a fixed term employment contract, fixed-term employment contract termination, the maximum period of fixed term employment contract, the maximum number of successive fixed-term employment contracts.

Citation: Batusova E.S. (2015) Modern Approaches to Legal Regulation of Fixed Term Contracts in European Union: Problems and Solutions. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp 175–185 (in Russian).



References

- Blanpain R., Nakakubo H., Araki T. (2010) *Regulation of Fixed-term Employment Contracts: A Comparative Overview*. Austin etc.: Wolters Kluwer Law and Business, 196 p.
- Boockmann B., Hagen T. (2001) *Contracts in West Germany: Evidence from an Establishment Panel*. Centre for European Economic Research (ZEW). ZEW-Discussion-Paper 01-33. Leibniz Information Centre for Economics, 36 p.
- Davies A. (2012) *EU Labor Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 271 p.
- Davies A. (2004) *Perspectives on Labor Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 258 p.
- Delsen L. (1995) *Atypical Employment: an International Perspective: Causes, Consequences and Policy*. Groningen: Wolters-Noordhof, 43 p.
- Gash V., McGinnity F. (2007) Fixed-term Contracts — the New European Inequality and Comparing Men and Women in West Germany and France. *Socio-Economic Review*, no 5, pp. 467–496.
- Gash V., Mertens A., Gordon L.R. (2007) Are Fixed-term Jobs Bad for Your Health? A Comparison of West Germany and Spain. *European Societies*. Taylor and Francis, no 9 (3), pp. 429–458.
- Geyer R., MacKintosh A., Lehmann K. (2005) *Integrating UK and European Social Policy: The Complexity of Europeanisation*. Oxford: Radcliffe Publishing, 200 p.
- Parissis C. (2000) *Enforcing EU Employment Law in the UK: Pending Directives on Individual Labor Law and the Consequences of their Forthcoming Implementation*. Manchester: MSM Publishing, 224 p.
- Reitz A. (ed.) (2007) *Labor and Employment Law in the New EU Member and Candidate States*. N.Y.: American Bar Association, 402 p.
- Rogowski R. (2013) *Reflexive Labor Law in the World Society*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 352 p.
- Sargeant M. (2008) *Employment Law*. Harlow: Pearson Education, 442 p.
- Seifert H. *Atypical Employment in Japan and Germany*. Tokyo: Japan Institute for Labor Policy and Training. Reports by Visiting Researchers. 2010. // URL: <http://www.jil.go.jp/profile/documents/Seifert.pdf> (accessed 01 April 2015)
- Stalford H., Currie S., Velluti S. (2009) *Gender and Migration in 21st Century Europe*. Dartmouth: Ashgate Publishing, 247 p.
- Tangian A. (2011) *Flexicurity and Political Philosophy*. New York: Nova Science Publishers, 208 p.
- Zeytinoğlu İşik U. (1999) *Changing Work Relationships in Industrialized Economies*. Amsterdam: John Benjamins Publishing, 255 p.

Кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств в штате Орегон (США)¹



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanprav@mail.ru



Л.И. Каримова

магистрант кафедры международного частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: louisa_sky@list.ru



Аннотация

Процесс кодификации международного частного права имеет глобальный характер и затрагивает в том числе страны общего права, традиционно не склонные к систематизации статутного законодательства. В этом отношении очень показателен законодательный опыт штата Орегон (США), принявшего масштабную кодификацию правил выбора применимого права в сфере сроков исковой давности, договорных и внедоговорных обязательств. В статье анализируется Акт о выборе права, применимого к деликтным и иным внедоговорным обязательствам, принятый в Орегоне в 2009 г. Орегонская кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств представляет особый интерес, поскольку главным «полем боя» американской коллизионной революции было именно рассмотрение споров из причинения вреда. Кроме того, Орегон — это штат общего права, не имеющий устойчивых традиций кодификации статутного законодательства, и писаное право Орегона представляет собой любопытный пример специфики законопроектной деятельности в общем праве. В статье исследуются как основные положения Акта, так и их толкование, представленное в официальном Комментарии Комиссии по праву штата Орегон. Основой выбора применимого права является гибкий коллизионный подход, т.е. выявление права, тесно связанного с отношением посредством установления «уместных контактов». Одновременно орегонский законодатель формулирует и определенные коллизионные привязки: право местожительства (местопребывания) сторон, право места совершения деликта и причинения вреда. В статье сделан вывод, что точки зрения общей методологии Акт 2009 г. основаны на сочетании коллизионных подходов и коллизионных норм. Общий коллизионный подход сформулирован посредством гибкой коллизионной клаузулы — это применение права, «наиболее подходящего» для разрешения спора. Одновременно в Акте сформулированы конкретные коллизионные нормы для большинства возможных вопросов, возникающих в деликтных спорах. Этот документ основан на достижениях американской коллизионной революции, и его нормы можно рассматривать как систематизацию всего коллизионного опыта США.



Ключевые слова

международное частное право, выбор применимого права, коллизионные нормы, внедоговорные обязательства, кодификация, США, штат Орегон, общее право, коллизионный подход, статут.

¹ Данная статья подготовлена в результате исследования (проект № 15-05-0015) в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2015 г. и с использованием субсидии на государственную поддержку ведущих университетов Российской Федерации в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

Библиографическое описание: Гетьман-Павлова И.В., Каримова Л.И. Кодификация коллизионного регулирования внедоговорных обязательств в штате Орегон (США) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 186–201.

JEL: K 33; УДК 341

Введение

Процессы унификации и кодификации международного частного права (далее — МЧП) представляют собой неотъемлемую часть современной правовой реальности. Данные процессы имеют глобальный характер и затрагивают в том числе страны общего права, традиционно не склонные к систематизации статутного законодательства. В английской юридической доктрине признается, что «в течение последнего столетия самой поразительной чертой развития международного частного права является то, что закон — это основной инструмент для его изменения»². В этом отношении очень показателен законодательный опыт такой страны, как США, наглядно демонстрирующий, что необходимость принятия актов кодификации МЧП в настоящее время признается повсеместно.

Масштабная систематизация МЧП предпринята в Орегоне, где кодифицировано коллизионное регулирование исковой давности, договорных и внедоговорных обязательств. Соответствующие нормы включены в специальные разделы Свода статутов штата Орегон (Oregon Revised Statutes) — раздел 12 «Акт о сроках исковой давности при коллизии законов», часть 1 раздела 15 «Акт о выборе права, применимого к контрактам» (в ред. 2013) (далее — Акт 2001 г.)³ и часть 2 раздела 15 «Акт о выборе права, применимого к деликтным и иным внедоговорным обязательствам» (2009)⁴.

Общий подход Акта о выборе права, применимого к деликтным и иным внедоговорным обязательствам (далее — Акт 2009 г.), к выбору применимого права сформулирован следующим образом — деликтные и иные внедоговорные обязательства регулируются правом страны, чьи связи со сторонами дела и спором и чьи устремления по спорному вопросу делают применение права этой страны наиболее подходящим. Общий подход позволяет сделать вывод, что в основе оregonской кодификации лежат *метод «значительных контактов», теории «лучшего права» и «анализа интересов»*.

Теория «лучшего права» («наилучшего права») сформулирована в работах американских ученых Р. Лефлара и Л. Макдугалла III⁵. В процессе выбора применимого права судьи должны ориентироваться на пять «факторов, влияющих на выбор»⁶:

- предсказуемость результата;
- содержание внутрисударственного и международного порядка;
- упрощение судебной задачи, процессуальная экономия;

² North P. Private International Law: Change or Decay? // International and Comparative Law Quarterly. 50 (2001). P. 477, 496.

³ Act on Choice-of-Law for Contracts Claims. Текст Акта в редакции 2013 г. см.: https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/pages/orsarchive.aspx (дата обращения: 15.03.2015)

⁴ Act on Choice-of-Law for Torts and Other Non-contractual Claims. Текст Акта в ред. 2013 г. см.: https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/pages/orsarchive.aspx (дата обращения: 15.03.2015)

⁵ Lefflar R., McDougall III L., Felix R. American Conflicts Law. 4th ed. Charlottesville, 1986. P. 279.

⁶ Lefflar R. Conflicts Law: More on Choice-Influencing Considerations // (1966) 54 California Law Review. P. 1586–1588.

- продвижение государственного интереса места рассмотрения дела;
- применение лучшей нормы права.

«Лучшая норма права» — это норма, которая «наилучшим образом поддерживает совокупность общих интересов»⁷.

Метод «значительных контактов» предполагает, что «государство, которое имеет наиболее уместные контакты с делом и сторонами, является центром гравитации данного спора, и, таким образом, применимо его право»⁸. Установление «уместных контактов», «тесной связи», «связующих факторов» по смыслу Акта 2009 г. подразумевает отнюдь не коллизионный подход, «в соответствии с которым подлежат оценке только географические контакты между регулируемым отношением и различными странами». В Акте закреплён «материально-правовой (смешанный) подход, который исходит из необходимости учета материальных факторов наряду с сугубо территориальными (географическими) контактами между регулируемым отношением и той или иной страной»⁹. Оценка «уместности» контактов (тесной связи) предполагает проведение судом аспектного анализа на основе общих правовых принципов и определение, насколько затронута политика страны, чтобы применение ее права было бы «наиболее подходящим».

Термин «политика» употребляется в Акте 2009 г. в том смысле, в каком она понимается в теории анализа правительственных интересов Б. Карри¹⁰. Каждая норма позитивного права, независимо от того, выражена ли она в судебном решении или статуте, представляет собой исключительную «политику» штата. Из таких норм возникает «интерес» штата. Следовательно, каждый статут или норма общего права представляет собой особую политику штата, в применении которой штат имеет «интерес». Однако «интерес» — это не одностороннее желание государства в применении собственного права, а результат оценки судьей разумности такого желания в свете фактических обстоятельств. Наличие интереса обусловлено политикой государств, а также надлежащей связью между ним и сделкой, сторонами или судебным разбирательством¹¹.

При решении вопроса о применимом праве суд должен выяснить политико-правовые цели коллидирующих норм и интерес вовлечённых в дело штатов. В результате возможны три вида конфликтов законов¹²:

Ложный конфликт — только один штат имеет интерес в применении его права (стороны домицилированы в одном штате).

Истинный конфликт — более чем один правопорядок заинтересован в применении его норм.

Необеспеченный (непредусмотренный) конфликт — ни один штат не имеет интереса в применении его права.

Исходя из принципа «процессуальной экономии» приоритет практически всегда имеет *lex fori*. Судьи и адвокаты являются экспертами в праве своего штата, и на изучение

⁷ McDougall L. Toward Application of the Best Rule of Law in Choice of Law Cases // (1984) 35 Mercer Law Review.

⁸ Whytock C. Myth or Mess? International Choice of Law in Action // S.J. Quinney College of Law, 2009. P. 719–790 // <http://ssrn.com/abstract=1257096> (дата посещения: 15.03.2015)

⁹ Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012 // СПС Консультант Плюс.

¹⁰ См.: Currie B. Selected Essays on the Conflict of Laws. Durham, N.C., 1963. P. 761.

¹¹ См.: Плеханов В.В. Рецензия на кн.: Symeon C. Symeonides The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 298–311.

¹² См.: Borchers P. J. The Choice-of-Law Revolution: An Empirical Study.

права другого штата им приходится тратить время и ресурсы¹³. Иностранное право может быть компетентным только в ситуациях ложного (если спор рассматривается в суде другого штата и у *lex fori* отсутствует интерес в его применении) и истинного (если у *lex fori* отсутствует интерес в его применении) конфликтов. Суд прежде всего должен определить, есть ли у другого штата интерес в применении своего права. Если такого интереса нет или он менее значим, чем интерес штата суда, — применяется *lex fori*. Акт 2009 г. учитывает требование процессуальной экономии и закрепляет широкий спектр норм, которые «помогают быстро избавиться от некоторых дел, не проводя судебный анализ выбора применимого права»¹⁴.

Понятия «*коллизионной*» и «*материальной*» справедливости известны и континентальной, и американской доктрине МЧП¹⁵. Коллизионная справедливость представляет собой «*пространственно лучшее решение*», т.е. определение правопорядка, в котором правоотношение локализовано с пространственной точки зрения. Материально-правовая справедливость имеет в виду *оптимальное решение спора по существу* (т.е. нацелена на такой же результат, как и в делах, не требующих решения коллизионного вопроса). Основной автор текста Акта 2009 г. профессор С. Симеонидис в общем и целом отдает предпочтение концепции коллизионной справедливости, но подчеркивает, что «нет достаточных оснований, чтобы отказаться от соображений материальной справедливости как критерия, который суд должен учитывать при урегулировании коллизий... Наша наука не свободна от ценностей; она не является и не должна быть безразличной к соображениям материальной справедливости»¹⁶.

Комментируя Акт 2009 г., С. Симеонидис подчеркивает, что этот документ ни в какой степени не отражает подхода «материально-правовой справедливости». Связь штата со сторонами дела и спором, политика штата по спорным вопросам делают его право «наиболее подходящим», а не презюмируемая материально-правовая справедливость и «благость»¹⁷. Однако с точки зрения континентального юриста представляется, что во многом нормы Акта 2009 г. основаны именно на концепции «материальной справедливости», т.е. ориентированы на получение «лучшего» с точки зрения существа спора результата.

Основные положения Акта 2009 года

Акт Орегона о выборе права, применимого к деликтным и иным внедоговорным обязательствам, представляет собой первую попытку кодификации сферы коллизионного регулирования деликтных обязательств в штате общего права. Проект Акта был разработан специальной Рабочей группой Комиссии по праву штата Орегон. Рабочую

¹³ Ibid.

¹⁴ *Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis // 88 Oregon Law Review. 2009.* (пер. Л.Каримовой).

¹⁵ *Kegel G. Paternal Home and Dream Home: Traditional Conflict of Laws and the American Reformers // American Journal of Comparative Law. 1979. Vol. 27. P. 616–621; Symeonides S. Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law / International Conflict of Laws for the Third Millennium: Essays in Honor of Friedrich K. Juenger. Borchers P., Zekoll K., eds. N.Y.: Transnational Publishers, 2001. P. 125–140.*

¹⁶ См.: *Symeonides S. Result-Selectivism in Private International Law // 3 Roman. Private. International Law and Comparative Private Law Review (2008).*

¹⁷ *Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.*

группу из 12-ти человек¹⁸ возглавлял профессор С. Симеонидис — главный автор текста проекта и докладчик по нему. Рабочая группа предложила и обсудила 12 редакций проекта, обобщавших и учитывавших обширную практику американских судов за последние 40 лет, иностранное коллизионное законодательство и судебную практику. Акт вступил в силу 1 января 2010 г. и применяется к исковым заявлениям, поданным после этой даты, даже если соответствующие требования возникли ранее¹⁹.

Структура Акта 2009 г. чрезвычайно проста — он состоит из 12 параграфов, достаточно объемных и разделенных на пункты и подпункты. С содержательной точки зрения Акт можно разбить на четыре части. Первая часть «Общие положения» состоит из двух параграфов (§ 15.400 и 15.405). Вторая часть «Предварительные положения» включает три параграфа (§ 15.410, 15.415 и 15.420). Третья часть «Требования, регулируемые правом штата Орегон» объединяет § 15.430 и 15.435. Четвертая часть «Выбор права» состоит из четырех параграфов (§ 15.440, 15.445, 15.450 и 15.455). Последний параграф Акта (§ 15.460) имеет вспомогательный характер — он отсылает к официальному Комментарию, принятому одновременно с текстом Акта. Кроме того, Акт снабжен простой в использовании «дорожной картой» (памяткой), которая представляет собой краткое практическое руководство и призвана облегчить работу судов в процессе выбора применимого права по деликтным и иным внедоговорным обязательствам. На «континентального» юриста подобная структура производит впечатление «рыхлой» и недостаточно систематизированной. Однако для законодателей стран общего права характерен именно такой подход к структурированию статутов. Необходимо учитывать также, что Свод статутов Орегона (частью которого является Акт 2009 г.) — это акт «непрерывной» и «гибкой» кодификации, предполагающий постоянное обновление и изменение.

Пределы применения Акта 2009 г. — определение права, применимого к внедоговорным требованиям, при необходимости выбора между правопорядками двух или более штатов (§ 15.405). В Комментарии отмечается, что необходимость такого выбора возникает, когда: 1) юридические факты, на которых основано требование, имели место на территории более чем одного штата; 2) законы штатов, затронутых деликтом, имеют различное материально-правовое регулирование спорного правоотношения, порождающее различный результат²⁰. Это толкование рельефно демонстрирует, что Акт нацелен на достижение как коллизионной, так и материально-правовой справедливости — значение имеет не только то, что деликт затрагивает территории разных штатов, но и то, что эти штаты имеют разное регулирование. Законодатель ориентирует суды на определение права, применение которого позволит принять «лучшее» решение по существу спора.

Большим достоинством Акта является наличие **гlossария**: для целей коллизионного регулирования § 15.400 («Определения») раскрывает содержание восьми понятий. Объективно гlossарий небольшой, определения терминов отличаются краткостью и

¹⁸ См.: Oregon Law Commission Work Group on Choice-of-Law for Torts, Choice-of-Law Rules for Torts from Other Jurisdictions: A Source-Book (July 28, 2008) // <http://www.willamette.edu/wucl/olc/groups/2007-2009/pdf/conflicts.sb561.report.2009.pdf>. (пер. Л.Каримовой).

¹⁹ Сначала Акт 2009 г. был включен в Свод статутов Орегона как раздел 31. В 2011 г., в ходе масштабной редакции Свода было принято решение об объединении норм Акта 2001 г. и Акта 2009 г. в общий раздел 15. В редакции Свода 2013 г. коллизионные нормы договорных и внедоговорных обязательств составляют раздел 15 «Выбор права» (часть 1 раздела 15 — Акт 2001 г., часть 2 раздела 15 — Акт 2009 г.). См.: https://www.oregonlegislature.gov/bills_laws/pages/orsarchive.aspx

²⁰ Choice-of-Law for Torts and Other Non-Contractual Claims: Report and Comments.

«каучуковостью», но для относительно лаконичного Акта, основанного на сочетании гибких коллизионных подходов и принципа правовой определенности, подобный глоссарий представляется вполне органичным.

«Штат» (§ 15.400(8))²¹ — это Соединенные Штаты, любой штат, территория, владение или иная юрисдикция Соединенных Штатов, любое индейское племя и другие группы коренных жителей Америки, Гавайев или Аляски, которые признаны федеральным законом или формально признаны Соединенными Штатами, а также любая иностранная страна или территориальное подразделение такой страны, имеющее свою правовую систему. Для признания какого-либо образования «штатом» в смысле Акта 2009 г. такое образование должно быть территориальным и иметь самостоятельную правовую систему. При этом представляется, что применение понятия «штат» к индейским племенам и другим коренным народам Северной Америки может привести к возникновению не только интерлокальных, но и интерперсональных коллизий.

«Лицо» (§ 15.400(6)) — данный термин включает как физические, так и юридические лица. «Лицо» определяется посредством отсылки к § 174.100 Свода статутов Орегона, который устанавливает, что «под лицом подразумеваются физические лица, корпорации, ассоциации, партнерства, общества с ограниченной ответственностью и акционерные общества»²².

«Орган публичной власти» (§ 15.400(7)) также определяется посредством отсылки к § 174.109 Свода статутов Орегона: «Орган публичной власти — это государственный орган штата, местный государственный орган или государственный орган специальной компетенции». В этот перечень для целей применения Акта 2009 г. специально включены Университет науки и здоровья и Адвокатура штата Орегон. Вопрос о том, является ли организация органом публичной власти в смысле Акта 2009 г., решается по орегонскому праву.

«Действие» (§ 15.400(1)) — это действие или бездействие, которое уже произошло или может произойти в будущем. Для целей Акта действие является ключевым элементом основания иска о возмещении вреда и должно быть *причиной* наступления вреда, подлежащего возмещению. Речь идет не только о действии, которое уже повлекло, но и о действии, которое только *может* повлечь вред — чтобы охватить ситуации, когда сторона требует судебной защиты при продолжающемся вредоносном действии или с целью предотвращения такого действия в будущем (например, лицо готовится совершить действия, способные причинить вред имуществу). Под термином «действие» подразумевается и бездействие, например, лицо не предпринимает мер по бережному обращению с имуществом, что причиняет вред другим лицам или имуществу.

«Домициль» (§ 15.400(2)) — в целях применения Акта под домицилем подразумевается «уместный контакт или связующий фактор» физических и юридических лиц с определенной территорией. Домициль — одно из основополагающих понятий Акта, однако в глоссарии данное понятие определено чрезвычайно кратко. По-видимому, это намеренное решение, поскольку в § 15.420 и 15.445 домициль раскрывается самым детальным образом и с разных точек зрения. Понятие домициля не сопровождается каким-либо конкретным обозначением времени, но законодатель Орегона предупреждает

²¹ С точки зрения авторов представляется более удобным анализировать термины глоссария в иной последовательности, нежели они закреплены в § 15.400.

²² Прямые отсылки к положениям других разделов Свода статутов Орегона закреплены во многих нормах Акта 2009 г. Такое решение представляется чрезвычайно эффективным, так как облегчает процесс квалификации правовых понятий.

дает: возникновение мобильного конфликта — домициль определяется на дату причинения вреда, явившегося основанием искового требования (дата подачи иска или начала судебного разбирательства не имеет значения). Однако если лицо изменило домициль после причинения вреда, то новый домициль может быть квалифицирован в качестве одного из «связующих контактов».

Домицилем физического лица является штат, в котором лицо проживает и намеревается проживать в течение неопределенного времени. Вопрос о домициле физического лица решается на основании права Орегона, даже если впоследствии выяснится, что лицо домицилировано в другом штате. Норма § 15.420(1)(a) закрепляет два обязательных элемента домициля физического лица: 1) «пространственный» элемент места нахождения в конкретном штате; 2) «сознательный» элемент — намерение выбрать тот или иной штат в качестве места пребывания²³.

В соответствии с § 15.420(2) домициль юридического лица определяется на основе критерия основного места деятельности — это штат, в котором расположен центр хозяйственной деятельности такого лица. Вопрос о том, где находится основное место деятельности, разрешается на основе права Орегона *ad hoc* посредством определения места преимущественной хозяйственной активности и связующих контактов²⁴. Если спор возникает из деятельности, осуществляемой на территории другого штата (направленной из другого штата), то этот штат может быть признан домицилем юридического лица. Это специальное правило применяется в ситуации, когда юридическое лицо имеет центр эксплуатации в одном штате, а место деятельности — также в другом штате, и спор вытекает из деятельности юридического лица, осуществляемой на территории указанного другого штата.

«Вред» (§ 15.400(3)) — это физический или нефизический (экономический, моральный) ущерб (свершившийся или будущий) лицу или имуществу, причиненный действием другого лица. Для квалификации в качестве существенного элемента иска о возмещении вреда такой ущерб должен иметь свойство компенсируемости, т.е. выражаться в убытках, даже если истец не требует их возмещения.

«Иск из внедоговорных обязательств» (§ 15.400(5)) означает требование, отличное от требования, связанного с неисполнением договорного или иного консенсуального обязательства, основанное на деликте или ином действии, которое повлекло или может повлечь вред, возмещаемый в виде убытков, независимо от того, взыскиваются убытки или нет. Данный термин очерчивает предмет регулирования Акта. В качестве примеров внедоговорных исков можно привести требования, основанные на расовой дискриминации, дискриминации при трудоустройстве, недобросовестной конкуренции, нарушении обязательств доверенным лицом, реституции.

«Применимое право» (§ 15.400(4)) — если речь идет о праве другого штата, то данное понятие не включает коллизионные нормы этого штата. Законодатель Орегона однозначно исключает применение обратной отсылки. Подобное решение представляется вполне логичным, поскольку, по общему правилу, при коллизионном регулировании отношений, в которых стороны могут сами избрать применимое право²⁵, обратная от-

²³ «Намерение основать свой дом», «отсутствие намерения вернуться обратно» — презумпции, выработанные в английской судебной практике и широко воспринятые американской судебной системой. См.: Луиц Л.А. Курс международного частного права. М., 2002.

²⁴ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

²⁵ Стороны внедоговорного обязательства могут сами произвести выбор права — § 15.455 Акта 2009 г.

сылка способна извратить волю сторон. Акт 2009 г. установил возможность отсылки лишь к материальному праву другого правового порядка.

Квалификация правовых понятий (§ 15.410(1)) производится по законодательству Орегона — право Орегона устанавливает пределы применения и толкование юридических понятий, используемых в Акте 2009 г, включая разрешение вопроса о внедоговорном характере требования. Несомненно, что речь здесь идет о *первичной* квалификации, т.е. о квалификации понятий, закрепленных в коллизионных нормах, об «установлении содержания правоотношений посредством используемых судом терминов и категорий коллизионных норм»²⁶. Положение § 15410(1) имеет императивный характер и не допускает ни автономной квалификации, ни квалификации по *lex causae*²⁷.

Понятие «*внедоговорный характер требования*» не является коллизионным, но его определение включено в вопросы первичной квалификации. Это отнюдь не случайно, поскольку сама возможность применения Акта 2009 г. зависит от внедоговорного характера требования. Право Орегона (включая его коллизионные нормы) определяет, является ли требование внедоговорным. Если по праву Орегона требование является внедоговорным, то применяются положения Акта, даже когда они отсылают к материальным нормам другого штата, определяющим требование как договорное. Напротив, если требование по орегонскому праву признано вытекающим из договора, Акт 2009 г. не компетентен. В этом случае применяются орегонские коллизионные нормы контрактных обязательств (положения части 1 раздела 15, т.е. Акт 2001 г.), даже отсылающие к праву штата, определяющему требование как внедоговорное.

Здесь представляется уместным упомянуть о таком довольно известном в судебной практике США явлении, как «*подмена ярлыков*» (change of labels). В соответствии с американским процессуальным правом стороны, подавая иск, имеют возможность сами квалифицировать правоотношение (как нарушение договора или как совершение деликта). То, как именно истец обозначает правовую категорию основания иска, зачастую имеет определяющее значение для разрешения спора. Истец обладает преимуществом, поскольку имеет возможность просчитать последствия применения коллизионной нормы, которая будет применяться к правовой категории, обозначенной им в качестве основания иска (коллизионная норма контрактных или деликтных обязательств). Поэтому нередко возникают ситуации, когда истцы специально квалифицируют основание иска как вытекающее из деликта, тогда как на самом деле речь идет о нарушении договорных обязательств. Кроме того, судебной практике США известно немало случаев, когда суды искусственно квалифицировали деликт как вопрос процесса, как контракт, как вопрос семейного права²⁸, как распоряжение собственностью. Такая «подмена ярлыков» и связанная с нею искусственная перекалфикация объяснялись «оценкой преимуществ и относимости политики вовлеченных штатов», т.е. соображениями материальной справедливости.

Вторичная (материально-правовая) квалификация производится по *lex causae* — право штата, избранное в соответствии с положениями Акта 2009 г. в качестве применимого,

²⁶ *Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.*

²⁷ В отличие от многих своих современных континентальных аналогов. См., напр., п. 2 ст. 1187 ГК РФ, ст. 27 Кодекса МЧП Туниса (1998), ст. 39 Кодекса МЧП Болгарии (2005).

²⁸ *Haumschild v. Continental Casualty Co.*, 7 Wis. 2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959). В этом деле имела место правовая квалификация режима общности супружеской собственности как вопроса семейного права вместо квалификации как деликта, что повлекло применение закона семейного domicilia вместо закона места совершения деликта. См.: *Бирюкова Н.С.* Квалификация правовых понятий в МЧП: дис... канд.юрид.наук. М., 2008. С. 34.

устанавливает пределы применения и толкование юридических понятий, используемых в праве этого штата (§ 15.410(2)). Необходимо отметить, что правом, определенным на основании Акта, может быть как право штата Орегон, так и право другого штата. Например, если в качестве применимого определено право какого-либо штата, обуславливающее возмещение вреда доказанностью факта грубой небрежности, то значение термина «грубая небрежность» будет определяться законодательством этого штата.

Отдельная норма, касающаяся *специальной квалификации* особо значимых для целей Акта 2009 г. понятий закреплена в § 15.415. В частности, понятие локализации определяется исключительно по праву Орегона. *Локализация* представляет собой процесс выявления места нахождения контакта или события, от которых зависит выбор применимого права (в частности, место совершения вредоносного действия или место наступления вреда). Если вредоносное действие было совершено на территории более чем одного штата, то штат, на территории которого было совершено действие, *главным образом* влекущее вред, признается штатом места совершения вредоносного действия. В большинстве случаев установление локализации — это вопрос факта, но этот вопрос подчиняется правовым стандартам²⁹. Преимущественно из практических соображений и принципа процессуальной экономии³⁰ § 15.415(1) закрепляет, что локализация регулируется правом Орегона, даже если место нахождения контакта находится в другом штате. Таким образом, квалификация понятия «*loci delicti commissi*» осуществляется по орегонскому праву.

В Акте 2009 г. проводится различие между понятиями «место совершения деликта» и «место причинения вреда». Территориально данные явления могут быть локализованы в разных штатах. Квалификация понятия «место причинения вреда» подчиняется праву Орегона (§ 15.415(3)). Если вред причинен на территории более чем одного штата, местом причинения вреда является территория того штата, на которой проявляется или может быть проявлена *большая часть* вредоносных последствий. Если потерпевшие находятся в разных штатах, то место причинения вреда определяется для каждого лица отдельно. Если лицу были причинены убытки по причине смерти другого лица или причинения ему вреда, то место причинения вреда определяется местом причинения вреда данному другому лицу.

Положения, включенные во вторую часть Акта 2009 г. «**Споры, разрешаемые правом штата Орегон**», представляют собой изъятия из общих подходов к выбору применимого права. Необходимо подчеркнуть, что эта норма позиционируется как специальное правило, т.е. как изъятие из общего подхода. Специальное правило § 15.430³¹ подчиняет перечисленные в нем внедоговорные требования орегонскому праву «в целях процессуальной экономии, защиты политики штата Орегон и доверительного отношения сторон к праву штата Орегон»³². Если требование входит в данный перечень, правоприменитель обязан применить материальное право Орегона без обращения к коллизионным нормам, т.е. коллизионный вопрос даже не ставится.

Спор однозначно подчиняется праву Орегона, *если ни одна из сторон не настаивает на применении иностранного права* (§ 15.430(2)). С точки зрения континентального юриста данное положение является ключевым, поскольку оно фактически может привести к неприменению норм Акта 2009 г. о выборе права. В трансграничных спорах суд

²⁹ Choice-of-Law for Torts and Other Non-Contractual Claims: Report and Comments.

³⁰ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

³¹ «В изъятие из § 15.440, 15.445 и 15.455 право штата Орегон применяется при рассмотрении внедоговорных требований...».

³² Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

ex officio, не ставя коллизионный вопрос, применяет орегонское право, за исключением случаев, когда на применении иностранного права настаивает одна из сторон спора. Таким образом, инициатива обращения к иностранному закону должна исходить от истца или ответчика, но не от суда. В отсутствие такой инициативы все аспекты спора, связанного с иностранным правопорядком, будут определяться правом Орегона. Подобный подход характерен для английского права³³, и в американскую судебную практику он пришел из практики английских судов. При этом по общему правилу в США презумпция тождества национального и иностранного права действует применительно к государствам системы «общего права». Однако содержание § 15.430(2) Акта позволяет распространять данную презумпцию на другие правовые системы.

Право Орегона применяется также, если *сторона или стороны, ссылающиеся на иностранное право, не содействовали суду в установлении содержания его норм*, когда такая обязанность была возложена на них судом (§ 15.430(3)). По общему правилу, если коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного закона, то в США бремя установления его содержания возложено на суд. При этом суд во всех случаях может возложить обязанность установления содержания иностранных правовых норм на стороны. Если стороны уклонились от выполнения такой обязанности, то (в полном соответствии с § 15.430(3)), имеет место ситуация, метко и остроумно охарактеризованная В.Л. Толстых: «Возложение бремени доказывания иностранного права на стороны ставит вопрос о санкциях, применяемых в случае такого неустановления. В качестве такого рода санкций выступает применение отечественного права...»³⁴.

Более того, в официальном Комментарии к Акту 2009 г. указывается, что право Орегона применяется и тогда, когда *ни одна из сторон не докажет необходимости применения иностранного права*³⁵. Как и в Англии, в США в соответствии с правилами судопроизводства стороны должны доказывать содержание иностранного права. Подобный подход является имманентной частью системы «добровольного выбора права». В американской доктрине отмечается, что положения п. 2 и 3 § 15.430 согласуются со сложившейся судебной практикой Орегона и других штатов США³⁶.

Любая из сторон (как истец, так и ответчик) может избежать применения права Орегона, если докажет, что применение права другого штата в большей степени подходит для отдельного спорного вопроса дела (§ 15.435(3)). В таком случае к этому отдельному вопросу применяется право другого штата, а оставшиеся вопросы будут разрешены по праву Орегона. В американской доктрине подход § 15.435(3) называют коллизионной оговоркой, позволяющей заменить одну коллизионную норму другой, более соответствующей обстоятельствам дела³⁷. Непредусмотренные требования и вопросы (т.е. внедоговорные требования по искам потребителей из причинения вреда

³³ Специфика процессуального права Великобритании — презумпция тождества содержания иностранного и английского права. Однако эта презумпция применяется в пределах, в которых данное тождество не оспаривается стороной, ссылающейся на иностранное право. Если подобная ссылка отсутствует или различие не доказано, суд может вынести решение на основе английского права, даже когда отношение связано исключительно с иностранным государством. Данный подход называют «добровольным выбором права» (voluntary choice of law).

³⁴ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 272.

³⁵ Choice-of-Law for Torts and Other Non-Contractual Claims: Report and Comments.

³⁶ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

³⁷ Ibid.

вследствие недостатков товара, в которых отсутствуют контакты с штатом Орегон), рассматриваются на основании общих правил о выборе права (§ 15.435(4)). Компетентным может быть как право Орегона, так и иностранное право.

Ключевым разделом Акта 2009 г. является часть третья **«Выбор права»**. § 15.440 устанавливает *общие правила определения применимого права к внедоговорным требованиям*, не затронутые другими положениями Акта. Главное коллизийное начало (которое на практике по вполне объективным причинам может быть реализовано далеко не всегда) — право общего домицилия истца и ответчика. *Общее правило о домициле* закрепляет: если на момент причинения вреда пострадавшее лицо и деликвент домицилированы в одном штате, то применимым правом будет право этого штата, даже если само вредоносное действие и его последствия имели место в другом штате (§ 15.440(2)(a)).

Американская судебная практика показывает, что, как правило, применение права штата общего домициля в большей степени соответствует интересам пострадавшего, нежели применение права штата места совершения деликта или наступления вредоносных последствий³⁸. И суды, и научное сообщество США единодушно характеризуют такие споры как «ложные конфликты», так как лишь один штат — штат общего домициля сторон — имеет «заинтересованность» в применении своего права. Штаты, на территории которых был совершен деликт или наступили вредоносные последствия, не имеют «противостоящего» интереса в применении своего права.

Норма § 15.440(2)(b) распространяет действие правила общего домициля на лиц, которые домицилированы в разных штатах. Для целей выбора применимого права предусматривается юридическая фикция — лица, домицилированные в разных штатах, рассматриваются как имеющие домициль одного штата в той степени, в какой право этих штатов по спорным вопросам будет порождать одни и те же правовые последствия. Данная категория судебных дел также содержит «ложный конфликт», поскольку независимо от решения коллизийного вопроса конечный правовой результат будет одинаковым³⁹. Положение § 15.440(2)(b) позволяет суду избежать ложного конфликта и облегчает работу судов при участии в деле множества пострадавших или соделиквентов.

Для законодателя, судебной практики и доктрины континентальных стран наиболее любопытными являются положения § 15.445 *«Общий и остаточный подходы»*, которые сформулированы как *изъятия* из правил выбора права, закрепленных в других нормах Акта 2009 г.⁴⁰ Интересно отметить, что в американской литературе § 15.445 называют *«остаточным»* разделом Акта⁴¹, провозглашающим при этом *«общий подход к выбору права, регулирующего внедоговорные требования»*. Все иные положения Акта выведены из подхода § 15.445 и представляют собой исключения из этого подхода⁴².

³⁸ Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

³⁹ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

⁴⁰ «В изъятие из § 15.430, 15.435, 15.440, 15.455 права и обязанности сторон в спорном правоотношении регулируются правом того штата, политика, тесная связь со сторонами спора и самим спором которого делает применение права этого штата наиболее подходящим для данного дела...».

⁴¹ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

⁴² Choice-of-Law for Torts and Other Non-Contractual Claims: Report and Comments. В итоге получается, что положение § 15.445 — это «общий подход с изъятием!» Учитывая, что Акт отражает подходы, внесенные американской коллизийной революцией, волей-неволей можно согласиться с ее оценкой как «правового импрессионизма» (См.: Loussouarn Y., Bourel P. *Droit international prive*. 7th ed. P., 2001. P. 142–153). При чтении этого документа весьма затруднительно понять, *что* в конце концов является общим правилом, а *что* — исключением, *какой* подход является общим, а *какой* — изъятием из него.

Для установления вовлеченных в правоотношение штатов (в дополнение к штату суда, который вовлечен гипотетически) норма § 15.445(1) перечисляет некоторые контакты, которые обычно являются «относимыми» к делам по внедоговорным требованиям: место совершения вредоносного действия, место наступления вреда, domicilio, постоянное место жительства или текущее место деятельности каждого из лиц, место сосредоточения отношений сторон. Официальные Комментарии к Акту подчеркивают, что данный перечень не является ни исчерпывающим, ни иерархическим⁴³. В зависимости от конкретных обстоятельств дела могут быть «относимыми» иные контакты. В американской доктрине отмечается, что перечень § 15.445(1) не следует принимать как приглашение к «механическому подсчету контактов» в качестве средства выбора применимого права⁴⁴. «Уместные» контакты должны затрагивать политику этого штата в той степени, чтобы применение его права было бы «наиболее подходящим» в свете политики других штатов и иных факторов, перечисленных в § 15.445.

В формулировке § 15.445 неоднократно повторяется слово «вопросы» («issues»)⁴⁵. Это означает, что в процессе выбора применимого права внимание суда должно быть уделено конкретной проблеме, существующей в данном конфликте законов. Если конфликт затрагивает только один вопрос, суд обязан сосредоточиться на фактических контактах и политике, «относимых» к этому вопросу. Если конфликт затрагивает более одного вопроса, каждый из них будет анализироваться отдельно, потому что каждый вопрос может вовлечь в дело различные штаты или задействовать различные политики. С другой стороны, не всякий штат, имеющий связь с делом, в равной мере озабочен регулированием всех вопросов дела; он может быть обеспокоен лишь теми вопросами, которые органически связаны с его политикой.

Такой «анализ вопросов» (аспектный анализ) является общей чертой всех методологий выбора права, «рожденных» коллизионной революцией, и представляет собой «одно из немногочисленных истинных достижений коллизионного права США»⁴⁶. Аспектный анализ означает, что если дело включает более одного вопроса, в котором коллидирует материальное право вовлеченных штатов, то каждый аспект должен подвергнуться отдельному коллизионно-правовому анализу. Если результатом такого анализа будет применение материального права разных штатов к разным аспектам спора, данное явление называется *dépeçage*⁴⁷. *Dépeçage* — это именно *применение* права разных штатов (а не его анализ) к разным аспектам в рамках одного основания для предъявления иска. *Dépeçage* может иметь место только в ситуации аспектного анализа, но аспектный анализ далеко не всегда приводит к *dépeçage*. Акт 2009 г. поощряет применение судами аспектного анализа, но одновременно его нормы позволяют избежать случаев неуместного *dépeçage*, особенно если это может привести к искажению политики вовлеченных штатов⁴⁸.

⁴³ Choice-of-Law for Torts and Other Non-Contractual Claims: Report and Comments.

⁴⁴ *Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.*

⁴⁵ См.: «Except as provided in ORS 15.430, 15.435, 15.440 and 15.455, the rights and liabilities of the parties with regard to disputed *issues* in a noncontractual claim are governed by the law of the state whose contacts with the parties and the dispute and whose policies on the disputed *issues* make application of the state's law the most appropriate for those *issues*».

⁴⁶ *Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect // 45 The University of Toledo Law Review (2013).*

⁴⁷ Этот французский термин буквально означает «расчленение», «расщепление», «кускование» дела, т.е. применение материального права разных стран к разным аспектам одного основания для предъявления иска.

⁴⁸ *Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect // 45 The University of Toledo Law Review (2013).* Например, на недопущение «своекорыстия», неуместного *dépeçage* направле-

Норма о праве сторон внедоговорного обязательства самим выбрать право, применимое к их спору, помещена в последний § 15.455 Акта 2009 г. «Соглашения о выборе применимого права». Эта норма представляет собой изъятие из § 15.440, 15.445 и 15.450 и имеет в виду выбор только иностранного права⁴⁹. Соглашение о том, что вопросы сферы действия Акта 2009 г. будут регулироваться правом штата, отличного от штата Орегон, исполняется в принудительном порядке в Орегоне, если оно заключено после того, как стороны узнали о событиях, послуживших основанием спора.

Акт 2009 г. — это первый в США статут коллизионного права, предусматривающий возможность выбора применимого права сторонами внедоговорного обязательства. До недавнего времени автономия воли сторон распространялась исключительно на договорные права и обязанности⁵⁰. Только в некоторых судебных решениях можно было найти вывод о допустимости автономии воли сторон внедоговорных отношений. Акт «прокладывает новый для Америки путь»⁵¹. Соглашения сторон о выборе применимого права могут способствовать мирному урегулированию спора между сторонами без судебного разбирательства. Даже когда суд неизбежен, взаимное и добровольное согласие сторон на применение определенного права могут сократить длительность и стоимость судебных процедур, сделать их более предсказуемыми. Ввиду этого автономия воли сторон отвечает не только интересам частных лиц, но и, в частности, принципу процессуальной экономии. Положения § 15.455 должны рассматриваться как «воплощение политики законодателя, благоприятствующей соглашениям о выборе применимого права, и стимулирование судов в вопросе поощрения сторон к заключению подобных соглашений»⁵².

Заключение

С точки зрения общей методологии Акт 2009 г. основан на сочетании коллизионных подходов и коллизионных норм⁵³. Общий коллизионный подход сформулирован в § 15.445 — применение «наиболее подходящего» для разрешения спора права. Одновременно в § 15.435 и 15.440 сформулированы конкретные коллизионные нормы для большинства возможных вопросов, возникающих в деликтных спорах. Вопросы, которые не охватываются специальными нормами, подлежат регулированию правом, выбранным в соответствии с общим подходом. В процессе подготовки этого Акта был тщательно исследован опыт кодификации коллизионных норм и разрешения конфликтных вопросов в других странах. Этот документ

на норма § 15.440(3)(с) — потерпевший может потребовать применить право места наступления вреда, но данное требование должно содержать все спорные вопросы и требования к ответчику, т.е. потерпевший не может требовать применения только благоприятных для него положений избранного права.

⁴⁹ Дела, в которых стороны избрали в качестве применимого право штата Орегон, урегулированы в § 15.430(1).

⁵⁰ Nafziger J. Oregon's Conflicts Law Applicable to Contracts.

⁵¹ Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis.

⁵² Nafziger J. Avoidance of Choice-of-Law Conflicts: An Introduction // 12 Willamette Journal of International Law and Dispute Resolutions 179. 2004.

⁵³ Коллизионная норма прямо указывает применимое право, а коллизионный подход делает это косвенно, устанавливая определенные принципы, указания и факторы, на основе которых суд выбирает применимое право после рассмотрения обстоятельств отдельного дела. Норма отражает выбор права законодателем *a priori*, тогда как подход уполномочивает судей делать выбор *a posteriori* и *ad hoc* при определенных общих пределах. См.: Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law // <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 15.03.2015)

основан на достижениях американской коллизионной революции, а большинство его правил произошли непосредственно из судебных precedентов⁵⁴. Акт 2009 г. можно рассматривать как систематизацию всего коллизионного опыта США.



Библиография

Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012 // СПС Консультант Плюс. Бирюкова Н.С. Квалификация правовых понятий о МЧП: дис.... канд.юрид.наук. М., 2007. 175 с.

Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3-х тт. (по изданию 1973—1976 гг.). М.: Спарк, 2002. 1007 с.

Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 354 с.

Плеханов В.В. Рецензия на книгу: Symeon C. Symeonides. The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future // Вестник гражданского права. 2010. № 1. С. 298–311.

Толстых В.Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. 482 с.

Borchers P. The Choice-Of-Law Revolution: An Empirical Study // 49 Washington and Lee Law Review. 1992. P. 357–384 // <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol49/iss2/10> (дата обращения: 15.03.2015)

Currie B. Selected Essays on the Conflict of Laws. Durham: Duke University Press, 1963. P. X, 761.

Figueroa-Torres M. Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millennium // Electronic Journal of Comparative Law. 2008. Vol. 12.1 // URL: <http://www.ejcl.org/121/art121-21.pdf> (дата обращения: 15.03.2015)

North P. Private International Law: Change or Decay? // International and Comparative Law Quarterly, vol. 50. 2001. P. 477–496.

Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect // 45 The University of Toledo Law Review. 2013 // <http://ssrn.com/abstract=2356657> (дата обращения: 15.03.2015)

Symeonides S. Oregon's Choice-Of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis // 44 Willamette Law Review. 2007. P. 205–288 // <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0cc0qfjab&url=http%3A%2F%2Fwww.willamette.edu%2Fwucl%2Fresources%2Fjournals%2Freview%2F.pdf> (дата обращения: 15.03.2015)

Symeonides S. Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis // 88 Oregon Law Review. 2009. P. 963–1052 // https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CFsQFjAl&url=http%3A%2F%2Fforum.yurclub.ru%2Findex.php%3Fapp%3Ddownloads%26module%3Ddisplay%26section%3Ddownload%26do%3Ddo_download%26id%3D8968&ei=exPtVOOkKub4yQOV-4B4&usq=AFQjCNGa6is_k85r7irNUbaQzS7VFAAnsXA&sig2=zYZFCdtj25PbOU6wwaB2Ng&cad=rjt (дата обращения: 15.03.2015)

Symeonides S. Result-Selectivism in Private International Law // 3 Roman. Priv. Int'l L. & Comp. Priv. L. Rev. (2008) // https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDIQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.willamette.edu%2Fwucl%2Fresources%2Fjournals%2Freview%2Fpdf%2FVolume%252046%2FWLR46-1_Symeonides.pdf (дата обращения: 15.03.2015)

Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006 // https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fforum.yurclub.ru%2Findex.php%3Fapp%3Ddownloads%26module%3Ddisplay%26section%3Ddownload%26do%3Ddo_download%26id%3D8968&ei=exPtVOOkKub4yQOV-4B4&usq=AFQjCNGa6is_k85r7irNUbaQzS7VFAAnsXA&sig2=zYZFCdtj25PbOU6wwaB2Ng&cad=rjt (дата обращения: 15.03.2015)

Whytock C. Myth or Mess? International Choice of Law in Action // S.J. Quinney College of Law, 2009. P. 719-790 // <http://ssrn.com/abstract=1257096> (дата обращения: 15.03.2015)

⁵⁴ Symeonides S. Choice of Law in the American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey // American Journal of Comparative Law. Vol. 58. 2010.

Codifying Conflict of Law Regulation of Extracontractual Obligations in Oregon, USA



Irina V. Get'man-Pavlova

Associate Professor, International Private Law Department, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Luiza I. Karimova

Master Student, International Private Law Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.



Abstract

Codification process in international private law is of global nature and involves countries not inclined to systematizing statutory law. In this regard, the case of the legislative body of the state of Oregon is worth being noted as it attempted a large-scale codification of the choice-of-law rules as to time limits, contractual and extracontractual obligations. The paper examines choice-of-law codification applicable to tort or other extracontractual obligations adopted in Oregon in 2009. The Oregon Codification of conflict of law regulation for extracontractual obligations is of a special interest as the major battlefield of the US revolution of conflict of laws was examining disputes on tort. Besides, Oregon is a state of common law without stable traditions of codifying statutory law and the black-letter law of Oregon is a special example of specifics of lawmaking in common law. The paper studies the major provisions of the act and their interpretation contained in the official commentaries of the Oregon Law Commission. The choice of law is based on a flexible approach, i.e. identifying law correlated with the setting *relevant contacts*. Besides, Oregon lawmakers arrange some connectors related to the conflict of laws such as right to residence for parties, right of the place for tort. The article concludes that methodologically, 2009 Act is a mixture of conflict of law approaches and norms. The general approach is arranged by a flexible provision, i.e. applying law relevant to a particular dispute resolution. The Act also contains specific norms in question for a variety of possible disputes arising in tort disputes. The document is based on the approaches of conflict of law revolution and its norms may be viewed as systematizing the quintessence of US conflict of law doctrine.



Keywords

International private law, choice of law, conflict of laws rules, non-contractual obligations, codification, USA, state Oregon, common law, statute

Citation: Get'man-Pavlova I.V., Karimova L.I. (2015) Codifying Conflict of Law Regulation of Extracontractual Obligations in Oregon, USA. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 186–201 (in Russian).



References

Asoskov A.V. (2012) *Osnovy kollizionnogo prava* [Fundamentals of Conflict of Laws]. Moscow, SPS Konsul'tantPlyus (in Russian)

Biryukova N.S. (2007) Kvalifikatsiya pravovykh ponyatiy v MChP (*Diss. Kand. Jurid. Nauk*) [Qualifying Legal Concepts in International Private Law (Candidate of juridical sciences dissertation)], Moscow, 175 p. (in Russian)

Borchers P. (1992) The Choice-Of-Law Revolution: An Empirical Study. *Washington and Lee Law Review*, vol. 49, pp. 357–384. Available at <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol49/iss2/10> (accessed 15.03. 2015)

- Currie B. (1963) *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, North Carolina: Duke University Press, pp. x, 761.
- Figuroa-Torres M. (2008) Recodification of Civil Law in Puerto Rico: A Quixotic Pursuit of the Civil Code for the New Millennium. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12, no 1. Available at: URL: <http://www.ejcl.org/121/art121-21.pdf> (accessed 15.03. 2015)
- Lunts L.A. (2002) *Kurs mezhdunarodnogo chastnogo prava. V 3 tomakh* [Course of International Private Law. In 3 vols.]. Moscow: Spark, 1007 p. (in Russian)
- Merezhko A.A. (2006) *Nauka mezhdunarodnogo chastnogo prava: istoriya i sovremennost'* [Science of International Private Law]. Kiev: Takson, 354 p. (in Russian)
- North P. (2001) Private International Law: Change or Decay? *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 50, pp. 477–496.
- Plekhanov V.V. (2010) Retsenziya na knigu: Symeon Symeonides. The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future [Review of the book by Symeon Symeonides. The American Choice of Law Revolution: Past, Present and Future]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no 1, pp. 298–311 (in Russian)
- Symeonides S. (2013) Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect, *The University of Toledo Law Review*. Available at <http://ssrn.com/abstract=2356657> (accessed 15.03. 2015)
- Symeonides S. (2007) Oregon's Choice-Of-Law Codification for Contract Conflicts: An Exegesis. *Willamette Law Review*, pp. 205–288. Available at: <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0cc0qfjab&url=http%3A%2F%2Fwww.willamette.edu%2Fwucil%2Fresources%2Fjournals%2Fpreview%2F.pdf> (accessed 15.03. 2015)
- Symeonides S. (2009) Oregon's New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis. *Oregon Law Review*, pp. 963–1052. Available at: <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0CFsQFjAI&url=http%3A%2F%2Fwww.uoregon.edu%2Fforg%2Folrold%2Farchives%2F88%2Fsymeonides.pdf> (accessed 15.03. 2015)
- Symeonides S. (2008) Result-Selectivism in Private International Law. *Private International Law and Comparative Private Law Review*, no 3. Available at: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDIQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.willamette.edu%2Fwucil%2Fresources%2Fjournals%2Fpreview%2Fpdf%2FVolume%252046%2FWLR46-1_Symeonides.pdf (accessed 15.03. 2015)
- Symeonides S. (2006) *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. Available at: https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCUQFjAB&url=http%3A%2F%2Fforum.yurclub.ru%2Findex.php%3Fapp%3Ddownloads%26module%3Ddisplay%26section%3Ddownload%26do%3Ddo_download%26id%3D8968&ei=exPtVOOKub4yQOv-4B4&usq=AFQjCNGa6is_k85r7irNUbaQzS7VFAAnsXA&sig2=zYZFCdtj25PbOU6wwaB2Ng&cad=rjt (accessed 15.03. 2015)
- Tolstykh V. L. (2006) *Normy inostrannogo prava v mezhdunarodnom chastnom prave Rossiyskoy Federatsii. (Diss. Doct. Jurid. Nauk)* [Norms of Foreign Law in International Private Law of the Russian Federation (Doctor of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 482 p. (in Russian)
- Whytock C. A. (2009) Myth or Mess? International Choice of Law in Action. *S.J. Quinney College of Law*, pp. 719–790. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1257096> (accessed 15.03. 2015)

О «самостоятельной» ответственности в исполнительном производстве?



М.Л. Гальперин

доцент кафедры судебной власти факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: Mikhail.galperin@mail.ru



Аннотация

В статье автор критикует «отраслевой» подход к классификации юридической ответственности, демонстрирует его теоретическую несостоятельность, в том числе на примере ответственности в исполнительном производстве. Признается, что «отраслевой подход» не имеет объективных критериев и не обладает практической ценностью для развития законодательства. При рассмотрении позиций авторов, использующих «отраслевой подход», предмет и метод отрасли права как критерии классификации мер юридической ответственности, следует признать, что такие позиции часто содержат внутренние противоречия, основываются на субъективных научных категориях. Предмет и метод права в традиционном их понимании сами по себе не могут служить основанием для выделения «самостоятельной» ответственности в той или иной сфере. Необходимо оценивать конкретный юридический режим применения ответственности, обусловленный целями, задачами, принципами соответствующей области регулирования.

По итогам анализа существующих позиций относительно «самостоятельности» исполнительного производства и «исполнительно-процессуальной ответственности», которые во многом отражают общую дискуссию о делении права на отрасли, делается вывод о том, что схоластические рассуждения часто отвлекают исследователей от обсуждения конкретных проблем формирования целостной системы мер ответственности в исполнительном производстве. В статье приводятся примеры дублирования мер ответственности, их трансформации, влекущей снижение гарантий прав и интересов субъектов исполнительного производства, иные проблемы построения современной и эффективной системы принуждения в исполнительном производстве. Вместо постоянного расширения мер принуждения в отношении должника в исполнительном производстве, которое не приводит к положительному результату, предлагается, наконец, гармонизировать существующие меры принуждения друг с другом, установить их очередность, предусмотреть порядок применения, соответствующий требованиям соразмерности и справедливости, положениям Конституции РФ. По мнению автора, сегодня необходим именно «качественный», а не «количественный» подход к совершенствованию законодательства об исполнительном производстве. Статья основывается не только на анализе позиций, изложенных в юридической литературе, но и на конкретных примерах из законодательства и актуальной судебной практики, рассмотрении механизмов гражданско-правовой, административной, процессуальной, уголовной ответственности в сфере исполнительного производства.



Ключевые слова

классификация, отрасли права, предмет и метод регулирования, система исполнительного производства, юридическая ответственность, меры принуждения, конституционные начала принудительного исполнения, гражданско-правовая ответственность, административная ответственность, уголовная ответственность.

Библиографическое описание: Гальперин М.Л. О «самостоятельной» ответственности в исполнительном производстве? // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 202–225.

JEL: K10; УДК: 340

В № 4 журнала «Право. Журнал Высшей школы экономики» в 2014 году была опубликована статья Р.Р. Хаснутдинова «Структура системы юридической ответственности»¹. В статье автор на основе «системного» подхода делает вывод, что «мы можем представить структуру системы юридической ответственности в следующем виде: конституционная ответственность; уголовная ответственность; административная ответственность; гражданско-правовая ответственность; трудовая ответственность; финансовая ответственность; семейно-правовая ответственность (как формирующийся вид юридической ответственности); уголовно-исполнительная ответственность; конституционно-процессуальная ответственность (как формирующийся вид юридической ответственности); уголовно-процессуальная ответственность; гражданско-процессуальная ответственность»². При этом в попытке обосновать предложенную структуру системы юридической ответственности используется в том числе общий критерий направленности каждого вида юридической ответственности на «фокусированный полезный результат, формулируемый в соответствии с государственной правовой политикой, например, обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства»³.

Нетрудно заметить, что в предложенном в статье списке «самостоятельных» или «формирующихся» (по всей видимости, пока еще «кандидатов на самостоятельность») видов ответственности отсутствует целый ряд видов ответственности, о «самостоятельности» которых в юридической литературе продолжается дискуссия (например, *ответственность в исполнительном производстве*). С учетом сферы наших профессиональных интересов мы решили остановиться именно на указанном виде ответственности для проверки теоретических положений, приведенных в статье. Такую проверку мы произведем после собственно краткой критики тезисов, на которых, *вслед за очень многими учеными*, основывает свои выводы Р.Р. Хаснутдинов. Это позволит на конкретном юридическом материале продемонстрировать действительные проблемы в построении системы и структуры юридической ответственности в современной правовой действительности.

Представляется, что исследования в области теории права (как и любые научные исследования) не могут и не должны сводиться исключительно к юридической схоластике, спору о терминах. Безусловно, рассуждения о назначении права, его общеправовом, социологическом содержании и миссии в обществе имеют самостоятельное значение и могут оперировать исключительно абстрактными категориями. Однако, по нашему мнению, любое общетеоретическое исследование, претендующее на формулирование выводов для системы права в нормативном понимании, использующее в качестве эмпирической основы тексты законодательных и судебных актов, должно обладать определенной ценностью и для развития конкретных правовых институтов. В противном

¹ Хаснутдинов Р.Р. Структура системы юридической ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 30–44.

² Там же. С. 40.

³ Там же. С. 34.

случае мы рискуем стать свидетелями окончательного разрыва между теоретической и отраслевой составляющими юридической науки, в то время как в кризисный для правовой системы период именно общая теория права должна объединить разрозненные элементы в единое целое, предложить законодателю обоснованные и эффективные рецепты построения нормативной системы, а правоприменителю — способы преодоления пробелов и противоречий в праве. Очевидно, указанную задачу невозможно решить без выделения четких критериев систематизации массива правовых норм (в том числе норм о юридической ответственности). Но смогла ли общая теория права окончательно решить проблему дифференциации юридической ответственности «по видам»? Представляется, что не вполне.

Перечень «самостоятельных» видов ответственности, приведенный выше, свидетельствует о том, что правоведам до сих пор не удалось в полной мере определить *объективные* критерии деления юридической ответственности на виды. Не вполне ясно, почему некоторые виды ответственности уже сформировались, другие еще формируются, а третьи — даже еще не начали формироваться (видимо, к третьей группе, по мнению Р.Р. Хаснудинова, относится и ответственность в исполнительном производстве), тогда как любой механизм юридической ответственности будет удовлетворять предложенным критериям (прежде всего «фокусированный полезный результат»)⁴.

К неопределенным выводам при классификации ответственности, по нашему мнению, приводят негодные исходные теоретические посылы, используемые как фундамент для возведения «здания» логических рассуждений, непрочность которых может повлечь обрушение всей заботливо сооруженной смысловой конструкции. Таким теоретическим посылом выступил «отраслевой подход» к классификации юридической ответственности.

Если принять на вооружение «отраслевой» подход, то вместо качественного анализа системы юридической ответственности анализ всегда получится количественным. В своей статье Р.Р. Хаснудинов цитирует Д.А. Липинского, который указывает, что отраслевой критерий позволяет выявить общие закономерности развития того или иного вида юридической ответственности, определить его юридическую природу, уяснить количество видов юридической ответственности в соответствии с отраслями отечественного права⁵. Автор статьи, приступая к анализу конкретных видов юридической ответственности, абсолютно верно указал, что для научного обоснования того или иного вида юридической ответственности как структурного элемента (компонента) юридической ответственности необходимо показать *состоятельность* (курсив мой — М.Г.) отраслевого подхода⁶. Однако «состоятельность» отраслевого подхода при классификации юридической ответственности в статье была констатирована лишь на том основании, что он смог выступить в качестве деления ответственности на отраслевые виды⁷.

⁴ Так, Р.Р. Хаснудинов предлагает под структурой системы юридической ответственности понимать «некую» (курсив мой — М.Г.) архитектуру системы юридической ответственности, созданную по закономерностям механизма, обеспечивающего системные связи между видами юридической ответственности посредством фокусированного полезного результата, формулируемого в соответствии с государственной правовой политикой, например обеспечение уровня правонарушений, соответствующего оптимальному функционированию демократического правового социального государства». См.: Хаснудинов Р.Р. Указ. соч. С. 33–34.

⁵ Там же. С. 35.

⁶ Там же. С. 35.

⁷ Там же. С. 39.

В данном случае осмелимся предположить наличие логической ошибки, при которой тезис и его обоснование поменялись местами, обосновывая друг друга.

Большинство исследователей в качестве общего критерия деления юридической ответственности на виды до сих пор использует *предмет и метод* соответствующих отраслей права, а универсальным инструментом подтверждения «самостоятельности» конкретного вида юридической ответственности признает проверку наличия в правовой системе соответствующей «проверяемому» виду юридической ответственности самостоятельной отрасли права (т.е. отрасли права, имеющей собственные *предмет и метод*). Однако отраслевой подход со своей концепцией производности самостоятельного вида юридической ответственности от самостоятельной отрасли права формально допускает существование отраслевой юридической ответственности в каждой отрасли права, которая признана самостоятельной, исходя из общетеоретического учения о предмете и методе правового регулирования. Но такой подход не дает ответов на многие актуальные вопросы классификации юридической ответственности, возникшие в связи с развитием и усложнением общественных (особенно экономических) отношений в стране и, как следствие, усложнением системы права. Буквально несколько десятилетий назад в системе юридической ответственности определяли лишь уголовную, административную, дисциплинарную, гражданско-правовую ответственность, а сейчас в юридической литературе встречаются упоминания не только об особой исполнительно-процессуальной или уголовно-исполнительной, но о конституционной, финансовой и иных видах юридической ответственности⁸. В учебном пособии по практически любой из отраслевых юридических дисциплин (не только по исполнительному производству) можно найти раздел о соответствующем виде юридической ответственности⁹.

Однако наиболее верные сторонники «отраслевого» подхода немедленноотреагировали на попытки адептов «новых» видов юридической ответственности ввести соответствующие правовые категории в научный оборот провозглашением концепции «традиционных» и «нетрадиционных» видов юридической ответственности¹⁰. Следуя указанной концепции, не все самостоятельные отрасли «имеют право» на свою собственную юридическую ответственность, но только основные четыре: гражданское, уголовное, административное, трудовое, а тезис о самостоятельных видах юридической ответственности в других отраслях права «еще недостаточно изучен».

Концепция «традиционных» видов ответственности влечет за собой возникновение серьезного внутреннего противоречия самого отраслевого подхода. Указанная концепция предполагает, что помимо предмета и метода отрасли права есть еще какой-то критерий, позволяющий одним отраслям права иметь в арсенале собственную отраслевую ответственность, а другим — нет, несмотря на то, что и те, и другие имеют собственный предмет и метод. Отраслевой подход не дает ответа на вопрос, что это за дополнительный критерий и каким образом он связан со спецификой предмета и метода соответствующей отрасли права. Он не объясняет и наличия в некоторых отраслях права двух самостоятельных видов юридической ответственности (в сфере трудовых отношений существует и материальная, и дисциплинарная ответственность). Такая ситуация опровергает формулу «одна отрасль права — один вид ответственности».

⁸ Теория государства и права. Учебник / под ред. А.В. Малько. М., 2006. С. 287.

⁹ См., напр.: Шугрина Е.С. Муниципальное право. Учебник. М., 2004. С. 311 (муниципально-правовая ответственность); Габричидзе Б.Н., Чернявский А.Г. Таможенное право. Учебник. М., 2004. С. 684 (таможенная ответственность).

¹⁰ Гражданский процесс. Учебник / под ред. М.К. Треушников. М., 2003. С. 196 (автор раздела — В.В. Молчанов).

Так, Д.А. Липинский, на трудах которого во многом основываются выводы Р.Р. Хаснутдинова, соглашаясь с тем, что помимо предмета и метода правового регулирования в качестве классифицирующего критерия может быть использована система принципов определенной отрасли права, а также обращая внимание, что в рамках трудового права существует как материальная, так и дисциплинарная ответственность (при отсутствии «дисциплинарного права»), все равно повторяет — при делении ответственности на виды имеют значение лишь предмет и метод¹¹. Также Д.А. Липинский, как представляется, сам отчасти противоречит своему постулату («определяющим критерием в разграничении системы юридической ответственности на виды являются специфические свойства предмета и метода правового регулирования») указанием, что «любая отрасль права (если она сформировалась в качестве самостоятельной) должна обладать собственным институтом юридической ответственности»¹². Таким образом, неясно, является ли «самостоятельная» ответственность атрибутом «самостоятельной» отрасли, или наоборот?

Но и приверженцы «нетрадиционных» видов юридической ответственности, как правило, также не приводят никаких доводов в пользу самостоятельности соответствующего вида юридической ответственности, кроме традиционных общих аргументов о самостоятельности соответствующей отрасли права. Вместо того, чтобы выдвинуть качественно новые основания классификации юридической ответственности и установить критерии их отграничения от «традиционных» видов, они указывают на комплексный характер соответствующего института ответственности и предлагают включить в такой институт элементы «традиционных» видов ответственности¹³, что также нельзя признать обоснованным. Нет смысла в выделении нового вида юридической ответственности, если он будет сводиться лишь к простой сумме элементов уже известных правовых институтов¹⁴.

Субъективный характер отраслевого подхода может быть ярко продемонстрирован, например, указанием Р.Р. Хаснутдинова, что «финансовую ответственность в числе иных видов юридической ответственности позволяют выделить следующие критерии: во-первых, «самостоятельность соответствующей отрасли права»; во-вторых, «специфика регулируемых общественных отношений»; в-третьих, «самостоятельность и специфика финансового правонарушения»; в-четвертых, «отличительные особенности мер финансовой ответственности и особый порядок их применения»; в-пятых, «состав субъектов, наделенных правом применять меры финансовой ответственности»¹⁵. Примечательно, что основными критериями для объявления того или иного вида ответственности «самостоятельным» в данном случае объявляются критерии «самостоятельности соответствующей отрасли права» и «самостоятельности» правонарушения, являющегося основанием для применения соответствующих мер ответственности.

¹¹ Липинский Д.А. О системе права и видах юридической ответственности // Правоведение. 2003. № 2. С. 27–37.

¹² Липинский Д.А. О некоторых проблемах системы юридической ответственности // Право и политика. 2004. № 12 // СПС Консультант Плюс.

¹³ Габричидзе Б.Н., Чернявский А.Г. Указ. соч. С. 685; Ерофеев Б.В. Экологическое право России. М., 2005. С. 365.

¹⁴ См. подробнее: Гальперин М.Л. Методологические проблемы изучения ответственности в гражданском судопроизводстве: к вопросу о концепции юридических режимов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 44–56.

¹⁵ Хаснутдинов Р.Р. Указ. соч. С. 38.

Субъективность критерия «самостоятельности» отрасли права при классификации юридической ответственности проявляется не только в том, что Р.Р. Хаснутдинов и Д.А. Липинский, исходя из абсолютно идентичных посылок, пришли к диаметрально противоположным выводам относительно «самостоятельности», например, «семейно-правовой ответственности» (при том, что оба исследователя признают наличие особых «семейно-правовых» правонарушений как основания ответственности¹⁶), но и в субъективности оценки «самостоятельности» отраслевого правонарушения (закрепления обязанности, которой не исполняет правонарушитель, или собственно мер ответственности в нормативном акте «самостоятельной» отраслевой направленности).

Если признать, что дополнительным признаком, который свидетельствует о самостоятельности вида юридической ответственности, является наличие *кодифицированного нормативно-правового акта* (курсив мой — М.Г.), предусматривающего юридическую ответственность¹⁷, то «право на самостоятельность» получают, например, земельная, градостроительная и семейно-правовая ответственность. Вместе с тем сами приверженцы отраслевого подхода прямо отмечают, что попытки обосновать наличие указанных видов ответственности «выглядят слабо аргументированными», поскольку «отдельная норма, предусмотренная тем или иным нормативно-правовым актом, выдается за целый институт юридической ответственности»¹⁸. Критерии наличия отдельного нормативного правового акта и его статуса не могут служить объективными для классификации юридической ответственности в доктринальных целях, поскольку обусловлены исключительно соображениями правовой политики и юридической техники. Так, например, отсутствие федерального закона под названием «кодекс», регулирующего вопросы защиты окружающей среды, не мешает уважаемым ученым рассуждать о существовании отдельной экологической ответственности¹⁹.

Неопределенность «отраслевого подхода», серьезные методологические проблемы при классификации юридической ответственности (как и иных правовых институтов), с которыми столкнулась отечественная юридическая наука, могут быть продемонстрированы и тем, что при обосновании «самостоятельности» того или иного вида юридической ответственности используются не научно обоснованные универсальные критерии, а определенная механическая сумма исследований по соответствующим вопросам. Так, например, выдвигается тезис, что «самостоятельность уголовно-исполнительной ответственности доказана исследователями и уже не ставится под сомнение»²⁰. Но если мы здесь поставим под сомнение «самостоятельность» уголовно-исполнительной ответственности, будет ли ее необходимо исключить из списка видов ответственности, «официально провозглашенных» самостоятельными, либо для такого исключения необходимо несколько опубликованных статей? Кроме того, сейчас «борьбу за самостоя-

¹⁶ См.: Липинский Д.А. О некоторых проблемах системы юридической ответственности; Хаснутдинов Р.Р. Указ. соч. С. 40.

¹⁷ Липинский Д.А. О некоторых проблемах системы юридической ответственности.

¹⁸ Липинский Д.А. Юридическая ответственность как институт права // Юрист. 2013. № 12 // СПС Консультант Плюс.

¹⁹ См., напр.: Ерофеев Б.В. Указ. соч. С. 364–407. Некоторым исследователям «системный подход» к классификации юридической ответственности в интерпретации в том числе Д.А. Липинского, позволил использовать «кодифицированный признак» вообще как основной. См.: Васкевич К.Н. Возможность системного подхода при исследовании юридической ответственности за налоговые правонарушения // Административное и муниципальное право. 2014. № 12 // СПС Консультант Плюс.

²⁰ Хаснутдинов Р.Р. Указ. соч. С. 38.

тельность» ведут практически все образовавшиеся в последние десятилетия новые отрасли права, в том числе такая «экзотическая» отрасль, как трубопроводное право²¹. Неужели указанное свидетельствует о возможности формирования в будущем «трубопроводной» ответственности, которая, очевидно, в полной мере будет удовлетворять критерию «фокусированного полезного результата», использованного Р.Р. Хаснутдиновым?

Завершая собственно общую критику отраслевого подхода к классификации юридической ответственности, предположим, что при классификации правовых институтов (в том числе юридической ответственности) особое значение должен иметь соответствующий *юридический режим* (по терминологии С.С. Алексеева), а не предмет и метод соответствующей отрасли. Изучая проблему классификации юридической ответственности через призму «юридических режимов», можно сделать вывод, что «отраслевая» классификация юридической ответственности сама по себе не имеет никакой ценности. Классификация видов ответственности по самостоятельным юридическим режимам призвана решить сугубо практические задачи. Определив, к какому из юридических режимов относится та или иная мера ответственности, мы сможем установить, какие еще положения и принципы необходимо иметь в виду для эффективного применения механизма юридической ответственности²².

Справедливо мнение С.С. Алексеева, что на практике при рассмотрении и решении юридических дел (в том числе вопроса о привлечении к юридической ответственности) представляется важным видеть следующее: как только субъект «вступил» в сферу той или иной отрасли, сразу же приводится в действие (во всяком случае, в готовность) весь комплекс регулятивных, охранительных, процедурно-процессуальных средств, которые призваны обеспечить в рамках отрасли правовое опосредствование данной жизненной ситуации в характерном для нее юридическом режиме²³. Так, например, основанием самостоятельности уголовной и административной ответственности является вовсе не наличие самостоятельных мер ответственности (тем более, что штраф и арест присутствуют в обеих отраслях права), отдельных кодифицированных актов либо особых субъектов ответственности, а специфический механизм (юридический режим) применения соответствующих принудительных мер, обусловленный *целями, задачами, принципами и основными началами регулирования* соответствующих отношений. В части уголовной ответственности этот режим установлен нормами уголовно-процессуального законодательства и Общей части УК РФ, тогда как в отношении административного штрафа — нормами КоАП РФ. Идеологические различия между двумя механизмами реализации норм об ответственности очевидны²⁴. Несмотря на то, что со-

²¹ См.: Перчик А.И. Трубопроводное право: научное направление, учебная дисциплина, подотрасль транспортного права // Транспортное право. 2005. № 3. С. 37–41.

²² Нельзя согласиться с Н.А. Жильцовой и М.М. Голиченко, которые, справедливо указывая на необходимость учета особенностей соответствующего юридического режима при конструировании механизма отраслевой ответственности, необоснованно сводят юридический режим лишь к определенному соотношению методов убеждения и принуждения в конкретной отрасли права. См.: Жильцова Н.А., Голиченко М.М. Гражданская процессуальная ответственность: Понятие и основания // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. № 7. С. 2–6.

²³ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 251.

²⁴ Меры уголовной ответственности накладываются в состязательной судебной процедуре, меры административной ответственности — как правило, органами исполнительной власти без проведения полноценной гласной процедуры, при привлечении к уголовной ответственности всегда проводится предварительное расследование и т.д.

держание штрафа как принудительной меры в уголовном и административном праве сходно, однако формы реализации соответствующей санкции серьезно различаются, что позволяет говорить о «самостоятельных» видах юридической ответственности²⁵.

Теперь, как и следует из названия статьи, предлагаем продемонстрировать проблемы классификации юридической ответственности на примере исполнительного производства. Поскольку отраслевой подход предполагает наличие неразрывной связи между «самостоятельным» видом ответственности и «самостоятельной» отраслью права, начнем собственно с дискуссии о «самостоятельности» исполнительного производства как элемента правовой системы.

Споры о самостоятельности исполнительного производства и существовании «исполнительного права» уже почти четыре десятилетия²⁶ разделяют уважаемых ученых и целые научные школы, как минимум, на два основных лагеря. Представители первого лагеря полагают, что *исполнительное производство представляет собой самостоятельную отрасль права*²⁷. Другие ученые (эта точка зрения исторически возникла первой) считают, что *исполнительное производство является стадией гражданского судопроизводства*, частью гражданского процессуального права²⁸. Кроме того, ряд авторов связывает исполнительное производство с административным правом и процессом, поскольку исполнительное производство представляет собой деятельность должностных лиц — судебных приставов²⁹.

Сторонники первого подхода, отграничивая исполнительное производство от гражданского процесса, обосновывают свою точку зрения тем, что в исполнительном производстве место суда занимает судебный пристав; в порядке, предусмотренном законодательством об исполнительном производстве, реализуются не только судебные акты, но и акты иных уполномоченных органов; исполнительное производство как отрасль права имеет *особые предмет и метод регулирования*, собственные цели, задачи и принципы правового регулирования. По мнению О.В. Исаенковой, характеризуя исполнительное право как отрасль права, необходимо признать, что она обладает всеми признаками родового понятия — отрасли (собственным предметом и методом правового

²⁵ См. подробнее: Гальперин М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и процессуальной политики. М., 2011. С. 1–35.

²⁶ Первым попытался обосновать тезис о самостоятельности системы норм исполнительного производства от гражданского процесса М.К. Юков. См.: Юков М.К. Теоретические проблемы системы гражданского процессуального права: автореферат дис... д-ра юрид. наук. Свердловск, 1982. С. 15–17. Подробно о различных взглядах на место исполнительного производства в системе права см.: Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. СПб., 2010. С. 18–42.

²⁷ См., напр.: Валеев Д.Х. Указ. соч. С. 18–42; Гуцин В.В. Сущность и содержание исполнительного производства по российскому законодательству // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 5. С. 13–17.

²⁸ См., напр.: Чечина Н.А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 50–51, Гражданский процесс. Учебник / Под ред. В. А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 2001. С. 432 (автор раздела — С.М. Пелевин); Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М., 2007. С. 838–841; Грось Л.А. О сроках в исполнительном производстве // Исполнительное право. 2011. № 1. С. 8; Боннер А.Т. Исполнительное производство: отрасль российского права или стадия процесса? // Законодательство. 2004. № 8. С. 64–75, Гражданский процесс. Учебник / Под ред. М.К. Треушников. М., 2003. С. 546–550 (автор раздела — В.М. Шерстюк); Гражданский процесс. Учебник / под ред. М.С. Шакарян. М., 1993. С. 12, 420 (авторы разделов — М.С. Шакарян, А.К. Сергун).

²⁹ См., напр.: Бахрах Д.Н. Административно-процессуальная деятельность государственной администрации // Административное право и процесс. 2009. № 3. С. 2–6; Семенова С.И., Нестолой В.Г. Отраслевая принадлежность исполнительного производства // Исполнительное право. 2012. № 3. С. 31–36.

регулирования, нормативной базой, принципами, особым субъектным составом, своеобразием ответственности) и отличается спецификой содержания этих признаков от других отраслей российского права³⁰. В.В. Ярков указывает, что в пользу самостоятельного внепроцессуального характера исполнительного производства свидетельствует наличие многих специфических черт, в частности, его особые принципы, правовое положение субъектов, характер их деятельности и норм, регулирующих ее. Ученый предлагает характеризовать исполнительное производство как юридическую деятельность, происходящую вне рамок судебного процесса, как деятельность, относящуюся к сфере действия органов исполнительной власти, что и должно определять в концептуальном плане правовую политику в данной сфере³¹.

При этом внутри группы приверженцев самостоятельности исполнительного производства как отрасли права нет единого мнения относительно того, является ли она процессуальной, материальной или комплексной. Соответственно, предлагается и различное наименование «вновь образованной» отрасли права: исполнительное процессуальное право³², гражданское исполнительное право³³, исполнительное право³⁴.

По мнению М.С. Шакарян, полемизировавшей со сторонниками концепции «самостоятельности» исполнительного производства как отрасли права, исполнительное производство является стадией гражданского (арбитражного) процесса. Соответствующий вывод основан в том числе на том, что наличие решения суда само по себе, без возможности принудительного исполнения, как правило, не обеспечивает защиты прав, свобод и интересов. Именно на этом основании Конституционный Суд Российской Федерации и Европейский Суд по правам человека рассматривают исполнение судебных решений как составную часть правосудия³⁵.

Продолжающаяся дискуссия относительно «самостоятельности» исполнительного производства также строится, прежде всего, на отраслевом подходе и связана с определением предмета и метода «исполнительного права». Часто предмет исполнительного производства (исполнительного права) определяют как упорядоченную совокупность (систему) общественных отношений процессуального характера (процессуальных правоотношений), складывающихся по поводу принудительно-исполнительной деятельности судебного пристава-исполнителя в рамках исполнительного производства³⁶. По

³⁰ Исаенкова О.В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции: автореферат дис... д-ра юрид. наук. Саратов, 2003. С. 10.

³¹ Ярков В.В. Комментарий к Федеральному закону «Об исполнительном производстве» (постатейный) и к Федеральному закону «О судебных приставах». М., 1999. С. 11–13.

³² См., напр.: Валеев Д.Х. Система принципов в исполнительном производстве // Исполнительное право. 2006. № 1. С. 6; Чельшиев М.Ю. Межотраслевые связи исполнительного процессуального права // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 2. С. 37–38.

³³ См., напр.: Ярков В.В. Некоторые принципы гражданского исполнительного права (в связи с постановлением Конституционного Суда России № 10-П от 12.07.2007 г. и новым Федеральным законом «Об исполнительном производстве») / Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы. Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Чельшиев. М., 2009. С. 199; Марданов Д.А. Понятие, значение принципов гражданского исполнительного права // Исполнительное право. 2006. № 1. С. 16.

³⁴ См., напр.: Исаенкова О.В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции. С. 8.

³⁵ Гражданское процессуальное право. Учебник / под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 29 (автор раздела — М.С. Шакарян).

³⁶ Гуреев В.А., Гуцин В.В. Исполнительное производство. Учебник для магистров. М., 2012. С. 22–23; Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. С. 48.

мнению О.В. Исаенковой, исполнительное право регулирует правоотношения, складывающиеся в процессе исполнительного производства, где субъективное право или охраняемый законом интерес, нарушенный или оспоренный должником и подтвержденный юрисдикционным актом, получает свою реализацию через механизм государственного принуждения³⁷. В свою очередь, метод правового регулирования отношений, возникающих в исполнительном производстве, по мнению большинства исследователей, «характеризуется сочетанием императивности и диспозитивности»³⁸.

Следование традиционным взглядам на предмет и метод права в сфере исполнительного производства приводит ряд авторов к выводу, что одна и та же норма не может одновременно регулировать два различных вида общественных отношений, поэтому одно и то же предписание не может быть включено в две различные отрасли права. Из этого следует, что исполнительное производство не может быть частью гражданского процессуального и арбитражного процессуального права, а нормы исполнительного производства не могут одновременно регулировать гражданские процессуальные и арбитражные процессуальные отношения³⁹. Те же ученые утверждают, что законодательство об исполнительном производстве является *комплексным*, что свидетельствует о комплексном характере соответствующей отрасли права, при этом гражданское процессуальное и арбитражное процессуальное законодательство выступают комплексным по отношению к исполнительному производству⁴⁰.

Соответствующие рассуждения о предмете исполнительного производства могут запутать читателя. Они не только не позволяют уяснить правовую природу конкретных институтов исполнительного производства и определить пути повышения их эффективности, но влекут затруднения при толковании норм законодательства, применении аналогии права или закона для преодоления пробелов в регулировании. Кроме того, из приведенной выше позиции следует вывод, что сегодня даже «базовые» отрасли права, включая гражданское процессуальное, являются «комплексными», т.е. не имеющими своего собственного уникального предмета, что лишает смысла всю дискуссию о предмете отраслевого регулирования.

И предмет отрасли права, и предмет отрасли законодательства зачастую не имеют объективной научной основы. *Вопрос распространения тех или иных норм, институтов, механизмов правового регулирования на определенные общественные отношения часто представляет собой, прежде всего, вопрос правовой политики, а не только лишь правовой теории.* Законодатель в любой момент времени, исходя из сугубо практических соображений, может изменить сферы регулирования отраслей права. Так, например, объединение Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда в 2013–2014 гг. вызвало к жизни вопрос о создании единого процессуального кодекса в сфере гражданского судопроизводства на базе ГПК РФ и АПК РФ, таким образом, о создании единого гражданского процессуального законодательства с единым предметом регулирования. В данном случае решение указанного вопроса будет основываться не на теоретических построениях, не на учении о предмете и методе права, а на политико-правовой целесообразности.

³⁷ Исаенкова О.В. Исполнительное производство. Краткий курс и практикум для студентов и судебных приставов-исполнителей. Саратов, 2009. С. 10.

³⁸ См.: Гуреев В.А., Гуцин В.В. Указ. соч. С. 24–25; Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. С. 48; Исаенкова О.В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции. С. 10.

³⁹ Валеев Д.Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве. М., 2009. С. 8.

⁴⁰ Там же. С. 8–9.

В качестве примера несостоятельности отраслевого подхода в сфере исполнительного производства приведем ст. 78 Федерального закона «Об исполнительном производстве», которая регулирует вопросы обращения взыскания на заложенное имущество. Однородную отраслевую принадлежность соответствующей нормы установить невозможно, поскольку в ней находят свое отражение и положения гражданского законодательства, и законодательства о нотариате и нотариальной деятельности, о гражданском судопроизводстве, о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и собственно законодательства об исполнительном производстве. Несмотря на то, что в одной норме объединены «под единой крышей» публично-правовые и частноправовые элементы различной «отраслевой» направленности, они погружены в юридический режим принудительного исполнения, который в соответствующей норме характеризуется особым сочетанием прав и обязанностей должника, взыскателя и иных лиц, особенностями их реализации, полномочиями судебного пристава-исполнителя, специальным порядком реализации имущества и т.д. Именно такой юридический режим позволяет обеспечить в данном случае цели правового регулирования. Следует ли тратить силы и время на вычленение из приведенной нормы положений той или иной отраслевой направленности или спорить о ее отраслевой принадлежности в целом? Наверное, нет. В данном случае намного важнее эффективность права.

Возвращаясь к методу правового регулирования как дополнительному к предмету критерия деления права на отрасли, заметим, что традиционная триада методов правового регулирования — дозволение, предписание и запрет — применяется законодателем в том или ином сочетании абсолютно во всех сферах регулирования. Нет ни одной отрасли права, в которой использовался бы только один метод регулирования. Таким образом, «уникальный» по мнению некоторых ученых метод исполнительного производства — императивно-диспозитивный — характерен и для десятков других отраслей регулирования и, следовательно, как и предмет регулирования, системообразующим критерием классификации правовой системы не является.

Специфика определенной отрасли не может сама по себе обуславливаться исключительно наличием отдельного законодательного акта, регулирующего соответствующие отношения, его статусом. Например, Д.Х. Валеев полагает, что принятие специального закона в сфере исполнительного производства (Федеральный закон «Об исполнительном производстве» 1997 г.) должно было стать важным доводом против сторонников концепции исполнительного производства как части гражданского процесса⁴¹. Показательно, что сторонники позиции о самостоятельности исполнительного права активно выступают за скорейшее принятие отдельного Исполнительного кодекса РФ, различные концепции и проекты которого выносятся на обсуждение уже более десяти лет⁴². Призывая к немедленной кодификации законодательства об исполнительном производстве, следует помнить, что целью кодификации не может быть создание новой отрасли права либо новой учебной и научной специальности. Формирование объективно новой отрасли права (нового юридического режима) обуславливает такую кодификацию, но не наоборот⁴³.

⁴¹ Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. С. 19.

⁴² См., напр.: Исполнительный кодекс Российской Федерации. Проект / Под ред. В.М. Шерстюка, В.В. Яркова. М., 2008; Исаенкова О.В. К разработке Исполнительного Кодекса Российской Федерации // Законодательство. 2002. № 1. С. 71–75.

⁴³ См. подробнее: Гальперин М.Л. Исполнительное производство. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М., 2015. С. 34–44.

Теперь остановимся на вопросах ответственности в исполнительном производстве. Рядом автором выдвигается тезис о существовании *самостоятельной* ответственности в исполнительном производстве. В качестве подтверждения указанного тезиса указывается, что исполнительное право является самостоятельной отраслью российского права в силу *своеобразных предмета и метода* регулирования⁴⁴. Д.Х. Валеев предлагает считать штрафы, налагаемые судебным приставом-исполнителем на должника в соответствии с нормами КоАП РФ, мерами не административной, а особой *исполнительно-процессуальной ответственности*. К указанному виду ответственности автор также относит неблагоприятные процессуально-правовые последствия незаконной деятельности, например, привод лица, уклоняющегося от явки по вызову судебного пристава-исполнителя, возвращение исполнительного документа взыскателю либо органу, выдавшему исполнительный документ. По мнению Д.Х. Валеева, имеющиеся специфические особенности и своеобразие мер ответственности в исполнительном производстве позволяют сделать вывод, что современное исполнительное производство не только является самостоятельной процессуальной отраслью права, но и имеет развитую систему юридической ответственности⁴⁵.

Однако если мы проанализируем нормы об ответственности в законодательстве об исполнительном производстве с точки зрения *критериев отраслевого подхода*, на котором основывают свои доводы приверженцы ее «самостоятельности», выяснится, что никакой «самостоятельной» исполнительно-правовой или исполнительно-процессуальной ответственности не существует.

В ст. 113 Федерального закона «Об исполнительном производстве» прямо указано, что в случае нарушения законодательства об исполнительном производстве виновное лицо подвергается *административной или уголовной ответственности*. Ряд авторов предлагает считать, что в ст. 17.14 КоАП РФ «Нарушение законодательства об исполнительном производстве» закреплены меры не административной, а исполнительно-процессуальной ответственности (исходя из *отраслевого подхода*)⁴⁶. Однако эта норма относится именно к **административной ответственности**, поскольку она предусмотрена КоАП РФ, а не Федеральным законом «Об исполнительном производстве», и основанием применения соответствующих мер ответственности является административное правонарушение, посягающее на институт государственной власти, — невыполнение законных требований одного из должностных лиц государства (судебного пристава-исполнителя).

Если в качестве критерия выделения указанной нормы в отдельный вид юридической ответственности принять особый субъект требования, неисполнение которого является правонарушением, либо нормативную принадлежность установленной актом пристава обязанности, то следовало бы признать, что *отдельные виды ответственности* составляют все статьи главы 17 КоАП РФ, предусматривающие, среди прочего, ответственность за неисполнение требований члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы, воспрепятствование деятельности Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка и т.д. Представляется, что намного более специфична ст. 17.15 КоАП РФ, которая предусматривает ответственность за не-

⁴⁴ См.: Исполнительное производство. Учебник для магистров / под ред. О.В. Исаенковой, С.Ф. Афанасьева. М., 2012. С. 129.

⁴⁵ См.: Валеев Д.Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве. С. 291–296.

⁴⁶ Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. С. 200.

исполнение содержащихся в исполнительном документе требований неимущественного характера. По смыслу ст. 105 Федерального закона «Об исполнительном производстве» соответствующая норма КоАП РФ в механизме исполнительного производства представляет собой не столько меру ответственности, сколько исполнительное действие, т.е. действие, направленное на создание условий для применения мер принудительного исполнения, а равно на *понуждение должника к полному, правильному и своевременному исполнению* требований исполнительного документа (ст. 64 Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

Кроме того, нельзя отнести не только к мерам исполнительно-процессуальной ответственности, но и юридической ответственности вообще **неблагоприятные процессуальные последствия**, связанные с нарушением субъектом исполнительного производства *процессуальной формы реализации своего субъективного права в виде невозможности его осуществления* (например, отказ в возбуждении исполнительного производства)⁴⁷, а также принудительный привод в исполнительном производстве, который является не мерой ответственности, а *обеспечительной мерой*.

Помимо административных штрафов, предусмотренных КоАП РФ, штрафы за нарушения в сфере принудительного исполнения установлены и процессуальными кодексами. Так, например, ст. 431 ГПК РФ и 331 АПК РФ устанавливает **процессуальную ответственность** лица, виновного в утрате переданного ему на исполнение исполнительного листа или судебного приказа. Статья 332 АПК РФ «Ответственность за неисполнение судебного акта» предусматривает *два состава* правонарушений, за которые судом на виновное лицо может быть наложен судебный штраф⁴⁸. При анализе ст. 17.14, 17.15 КоАП РФ, с одной стороны, и ст. 332 АПК РФ, с другой, очевидно дублирование всех элементов состава правонарушений, ответственность за которые предусмотрена КоАП РФ и АПК РФ. Однако судебные штрафы, предусмотренные ГПК РФ и АПК РФ, не могут быть отнесены к мерам административной ответственности. Во-первых, они подлежат наложению не в порядке КоАП РФ, а в соответствии с процессуальными кодексами, устанавливающими особый режим рассмотрения вопроса о наложении судебного штрафа, его сложения или уменьшения, обжалования судебного акта о наложении штрафа (глава 8 ГПК РФ, глава 11 АПК РФ). Во-вторых, в силу ч. 1 ст. 1.1. КоАП РФ законодательство об административных правонарушениях состоит из КоАП РФ и принимаемых в соответствии с ним законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях и не включает в себя нормы ГПК РФ и АПК РФ. Вместе с тем соответствующие меры ответственности не являются и мерами особой исполнительской ответственности, поскольку предусмотрены гражданским процессуальным законодательством (составляющим по терминологии сторонников отраслевого подхода нормативную основу «самостоятельной» отрасли права). Кроме того, они применяются судом, а не судебным приставом-исполнителем, и не за нарушение требований последнего, а за неисполнение судебного акта (неуважение к суду), и не за нарушение в процедуре возбужденного исполнительного производства⁴⁹.

⁴⁷ В литературе соответствующие последствия относят к мерам «неимущественной ответственности» в исполнительном производстве. См., напр.: Исполнительное производство. Учебник для магистров / под ред. О.В. Исаенковой, С.Ф. Афанасьева. С. 135.

⁴⁸ В ГПК РФ отсутствует общая норма о процессуальной ответственности за неисполнение требований судебного решения.

⁴⁹ Ст. 332 АПК РФ должна предусматривать лишь ответственность должника и иных лиц, к которым в силу самого судебного акта либо на основании закона обращен соответствующий судебный

О.В. Исаенкова и С.Ф. Афанасьев, выдвинув постулат об особой «ответственности в исполнительном праве», делят ее на имущественную и неимущественную. При этом к имущественной компенсационной ответственности предлагается отнести и покрытие убытков, неправомерно причиненных одним участником исполнительного производства другому⁵⁰. Вместе с тем, рассматривая применяемые в сфере исполнительного производства меры **гражданско-правовой ответственности**, необходимо констатировать, что они по своему содержанию не отличаются от мер гражданско-правовой ответственности, применяемых в иных сферах. Так, возникающие в сфере принудительного исполнения гражданско-правовые обязательства могут носить как договорный (например, по договору между службой судебных приставов и оценщиком), так и внедоговорный (в том числе деликтный) характер. Таким образом, положения гражданского законодательства о юридической ответственности подлежат применению и в исполнительном производстве. При этом, несмотря на мнение Д.Х. Валеева, следует признать, что меры гражданско-правовой ответственности собственно законодательством об исполнительном производстве не установлены⁵¹, а соответствующие положения Федерального закона «Об исполнительном производстве» (например, ст. 118, 119) дублируют соответствующие нормы гражданского законодательства, которые применяются по общему правилу, без специального указания в законодательстве об исполнительном производстве.

Субъектом гражданско-правовой ответственности в исполнительном производстве (а не какой-то особой имущественной исполнительной ответственности) может являться не только должник (несущий ответственность перед взыскателем)⁵², но и иные субъекты исполнительного производства (включая взыскателя, лиц, содействующих исполнительному производству), а также государство (несущее ответственность за неправомерные деяния судебного пристава-исполнителя перед взыскателем, должником и иными субъектами исполнительного производства)⁵³. С учетом сказанного, гражданско-правовая ответственность в исполнительном производстве, вопреки существующему в юридической литературе мнению⁵⁴, многообразна с точки зрения оснований

акт (например, кредитным организациям, регистрирующим органам и т.д.), нарушающих обязанности по исполнению установленных требований *до или вне возбужденного исполнительного производства* (в отношениях, в которых судебный пристав-исполнитель не участвует). Публично-правовая ответственность в рамках *возбужденного исполнительного производства* должна реализовываться в рамках режима административной, а не процессуальной ответственности, то есть не на основании статьи 332 АПК РФ, а на основании статей 17.14, 17.15 КоАП РФ. Из текста ч. 2 ст. 17.14 КоАП РФ неясно, распространяется ли она на случаи неисполнения кредитной организацией требований исполнительного документа при предъявлении соответствующего требования судебным приставом-исполнителем или взыскателем самостоятельно в соответствии со ст. 8 Закона об исполнительном производстве, либо в обоих случаях. Представляется, что речь в данном случае идет об исполнении без участия судебного пристава-исполнителя, в противном случае возникает прямое дублирование ст. 332 АПК РФ и 17.14 КоАП РФ.

⁵⁰ Исполнительное производство. Учебник для магистров / Под ред. О.В. Исаенковой, С.Ф. Афанасьева. С. 131–134.

⁵¹ Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. С. 196.

⁵² Например, в силу ст. 395, 397 ГК РФ или ст. 115 Семейного кодекса РФ.

⁵³ С требованием о возмещении причиненного в исполнительном производстве вреда к государству в силу ст. 1069 ГК РФ, как правило, обращаются должник, чье имущество было утрачено или повреждено в процессе обращения на него взыскания (или реализовано по заниженной стоимости), либо третьи лица, на чье имущество было неправомерно обращено взыскание. См., напр.: Определение ВАС РФ от 09.06.2014 № ВАС-7765/14 по делу № А29-7693/2012.

⁵⁴ См., напр.: Исполнительное производство. Учебник для магистров / под ред. О.В. Исаенковой, С.Ф. Афанасьева. С. 131.

применения, а также разнонаправлена с точки зрения субъектов (как и другие виды юридической ответственности в исполнительном производстве). Вместе с тем на практике до сих пор при привлечении к гражданско-правовой ответственности в стадии принудительного исполнения не применяются многие элементы ее механизма, например, институт *смешанной вины*. Этот институт позволил бы учитывать и вину, в частности, взыскателя, не проявляющего должной активности в исполнительном производстве, либо изначально действовавшего легкомысленно при вступлении в отношения с заведомо ненадежным контрагентом, но в последующем в исполнительном производстве требующего от государства «любой ценой» взыскать в свою пользу по фактически неисполнимому исполнительному документу.

Завершая краткий обзор применения отдельных видов отраслевой юридической ответственности в сфере исполнительного производства, заметим, что с точки зрения «отраслевого подхода» и меры **уголовной ответственности**, применяемые в определенных случаях за неисполнение требований исполнительного документа (например, ст. 315 УК РФ), не могут *считаться мерами «особой ответственности в исполнительном праве»*.

Особое место среди мер принуждения в исполнительном производстве занимает **исполнительский сбор**. Ряд авторов исходит из того, что исполнительский сбор должен рассматриваться как определенная плата государству за «услугу» по принудительному исполнению, которую оно оказывает взыскателю. При этом такую плату за взыскателя вносит должник. Другие ученые полагают, что исполнительский сбор — это имущественная санкция, применяемая к должнику за отказ от добровольного исполнения⁵⁵. Вопрос о правовой природе исполнительского сбора, как и других институтов исполнительного производства, имеет сугубо практический характер. От его решения зависит, каким образом должны быть определены условия и порядок его применения, как обеспечить его эффективное функционирование в системе иных мер принуждения в исполнительном производстве.

Из текста ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» следует вывод, что исполнительский сбор представляет собой меру гражданско-правовой ответственности. Помимо указания, что освобождение должника от взыскания исполнительского сбора осуществляется по основаниям, предусмотренным ГК РФ для освобождения от гражданско-правовой ответственности (глава 25 ГК РФ), законодатель предоставляет право должнику обращаться в суд с *иском* об отсрочке или о рассрочке его взыскания, об уменьшении его размера или освобождении от взыскания исполнительского сбора. Очевидно, исковая форма защиты права, предполагающая равенство субъектов частноправового отношения, свидетельствует о гражданско-правовых отношениях государства и должника при взыскании исполнительского сбора.

Развивая позицию о гражданско-правовом характере исполнительского сбора, следовало бы признать, что он представляет собой своеобразную разновидность законной неустойки (правда, в пользу государства, а не взыскателя-кредитора). При этом ч. 1 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» устанавливает *более строгую ответственность* должника, чем предусмотрена ГК РФ, предусматривая единственное основание для освобождения от исполнительского сбора — невозможность исполнения вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. При этом такой режим ответственности ст. 401 ГК РФ установлен не для всех должников, а лишь для *лиц, не исполнивших обязательств при осуществлении предпринимательской деятельности*. Иные лица, исходя

⁵⁵ См. подробнее: Гуреев В.А., Гуцин В.В. Указ. соч. С. 291–294.

из п. 1 ст. 401 ГК РФ, *должны признаваться невиновными*, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от них требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, они приняли все меры для надлежащего исполнения обязательства. Обратим также внимание на п. 3 ст. 401 ГК РФ, который прямо предусматривает, что к обстоятельствам непреодолимой силы не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, *отсутствие у должника необходимых денежных средств*.

Однако даже беглый анализ ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» выявляет ряд обстоятельств, позволяющих усомниться в том, что исполнительский сбор представляет собой именно меру гражданско-правовой ответственности. Во-первых, неясно, каким образом исполнительский сбор связан с такой универсальной мерой гражданско-правовой ответственности как возмещение убытков. Очевидно, что государство в связи с исполнением исполнительного документа вообще не вступает с должником в гражданские правоотношения, выступает по отношению к нему как властный субъект, осуществляющий публичное принуждение. Таким образом, от действий должника непосредственно у государства гражданско-правовых убытков не возникает (*в отличие от взыскателя*).

Во-вторых, ч. 7 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» позволяет суду по заявлению должника *с учетом степени вины должника* в неисполнении в срок исполнительного документа, имущественного положения должника, иных существенных обстоятельств отсрочить или рассрочить взыскание исполнительского сбора, а также уменьшить его размер. В данном случае налицо исключение из общего принципа невиновной ответственности в виде исполнительского сбора, закрепленного в ч. 1 ст. 112 Федерального закона об исполнительном производстве (с учетом ст. 401 ГК РФ).

В-третьих, исполнительский сбор, исходя из ч. 1 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве», применяется не только по частным, но и по публичным взысканиям, которые реализуются в рамках отношений «власти-подчинения», например, при взыскании недоимки по налогам. В данном случае говорить о гражданских правоотношениях между государством и должником не приходится, а «убытки» государства в связи с несвоевременным исполнением обязанности, подтвержденной исполнительным документом, возмещаются посредством использования публично-правовых механизмов пеней и штрафов. Кроме того, исполнительский сбор взыскивается не только по судебным, но и по *несудебным исполнительным документам*. Однако в силу ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» вопрос об отсрочке или о рассрочке его взыскания, об уменьшении его размера или освобождении от взыскания исполнительского сбора по непонятной причине всегда решается *судом в исковом производстве*.

Конституционный Суд РФ справедливо определил правовую природу исполнительского сбора как *меры публично-правовой ответственности*⁵⁶, что, исходя из конституционных положений, предполагает определенный набор материально-правовых и процессуальных гарантий для лица, привлекаемого к ответственности, в том числе необходимость *учета степени вины правонарушителя* при определении размера *дифференцированной* законом санкции (как это предусмотрено, например, ст. 4.1. КоАП РФ

⁵⁶ П. 3 Постановления Конституционного Суда РФ от 30.07.2001 № 13-П «По делу о проверке конституционности положений подпункта 7 пункта 1 статьи 7, пункта 1 статьи 77 и пункта 1 статьи 81 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в связи с запросами Арбитражного суда Воронежской области, Арбитражного суда Саратовской области и жалобой открытого акционерного общества «Разрез «Изыхский»».

при назначении административного наказания). Одновременно, исходя из ст. 1.1 и 3.2. КоАП РФ, исполнительский сбор по формальным признакам не может быть отнесен к административному наказанию.

В свою очередь, ВАС РФ посчитал возможным⁵⁷ учитывать степень вины должника не только при решении вопроса *о снижении размера взыскания* (как предусмотрено ч. 7 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве»), но и при решении вопроса *об освобождении от ответственности* (что прямо не вытекает из Федерального закона «Об исполнительном производстве»).

С учетом указанного выше выглядит необоснованным использование законодателем иска в качестве процессуальной формы заявления требования об отсрочке или о рассрочке взыскания исполнительского сбора, об уменьшении его размера или освобождении от взыскания исполнительского сбора. Исходя из п. 10 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 27 «О некоторых вопросах применения законодательства об исполнительном производстве», должник *вправе оспорить* постановление судебного пристава-исполнителя о взыскании исполнительского сбора в тех случаях, когда полагает, что такое постановление *не соответствует закону* или иному нормативному правовому акту и нарушает его права и законные интересы (ч. 1 ст. 198 АПК РФ). Однако *оспорить в порядке производства из публичных правоотношений* постановление судебного пристава-исполнителя как *незаконное* лишь на том основании, что он, например, не уменьшил исполнительский сбор или не освободил должника от уплаты, нельзя⁵⁸. Судебный пристав-исполнитель по смыслу ч. 1 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве» при принятии решения о взыскании исполнительского сбора не должен по собственной инициативе выявлять обстоятельства, влекущие освобождение должника от взыскания исполнительского сбора либо уменьшение его размера. В данном случае действует *презумпция виновности* должника в неисполнении без уважительных причин требования исполнительного документа в установленный срок.

Указанное, однако, не свидетельствует о том, что изменение постановления судебного пристава-исполнителя о взыскании исполнительского сбора в случае выявления таких обстоятельств в дальнейшем возможно только в форме решения суда по предъявленному должником государству иску. В данном случае возможно было бы использование в законодательстве об исполнительном производстве существующего в механизме *процессуальной ответственности* института *сложения или уменьшения* судебного штрафа *определением суда по заявлению лица*, на которое наложен штраф (ст. 106 ГПК РФ).

Подытоживая рассмотрение исполнительского сбора как меры принуждения в исполнительном производстве, отметим, что сегодня он представляет собой пример *смешанного юридического режима*, объединяющего элементы частноправового (гражданская) и публично-правового (административная, процессуальная) режима ответственности. Однако повышение эффективности института исполнительского сбора может осуществляться посредством развития его в законодательстве не как меры частноправовой, а публично-правовой ответственности, в том числе с учетом позиции Конституционного Суда РФ, упомянутой выше⁵⁹.

⁵⁷ П. 9 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 27 «О некоторых вопросах применения законодательства об исполнительном производстве».

⁵⁸ За исключением случаев, когда должник в установленном законом порядке до момента вынесения постановления о взыскании исполнительского сбора сообщил судебному приставу о наличии обстоятельств, предусмотренных ч. 1 ст. 112 Федерального закона «Об исполнительном производстве».

⁵⁹ Подробнее об ответственности в исполнительном производстве см.: *Гальперин М.Л.* Исполнительное производство. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. С. 364–393.

Пока продолжают часто беспочвенные и абстрактные споры о «самостоятельности» исполнительного производства и исполнительской ответственности в условиях отсутствия четкого понимания условий и пределов применения тех или иных мер принуждения, мы становимся свидетелями не только «нагромождения», но и «мутации» мер юридической ответственности в исполнительном производстве, в которых нет системы. Далеко и до «четко отработанной внутренней архитектоники» (последний термин из статьи Р.Р. Хаснудинова, обсуждаемой выше)⁶⁰. О чем идет речь?

Во-первых, в законодательстве об исполнительном производстве, несмотря на большой объем мер принуждения до сих пор не установлена соответствующая очередность их применения к должнику, которая обеспечивала бы, с одной стороны, эффективное исполнение требования исполнительного документа, а с другой, — гарантировала бы баланс прав и законных интересов обеих сторон исполнительного производства. Например, в соответствии со ст. 105 Федерального закона «Об исполнительном производстве» при уклонении должника от исполнения требования неимущественного характера применяются за одно и то же бездействие и административный штраф в соответствии со ст. 17.15 КоАП РФ, и исполнительский сбор. Обе меры представляют собой меры публично-правовой ответственности в виде взыскания денежной суммы в пользу государства.

Во-вторых, пока отсутствует и четкая очередность применения судебным приставом-исполнителем исполнительных действий, предусмотренных ст. 64 Федерального закона «Об исполнительном производстве». Так, например, непосредственно после истечения пятидневного срока на «добровольное» исполнение на должника может одновременно «обрушиться» весь комплекс принудительных мер, предусмотренных законодательством (арест имущества, установление ограничения на выезд за рубеж, исполнительский сбор и т.д.). В случае с неимущественными взысканиями в «волне» исполнительных действий присутствуют и меры административной ответственности, что было отмечено выше.

В-третьих, частичное дублирование мер ответственности в исполнительном производстве наиболее ярко проявляется при применении мер гражданско-правовой ответственности. В отношении должника предусмотрены не только взыскание расходов на исполнение, но и ответственность за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ), индексация взысканных денежных средств (мера, формально не являющаяся мерой ответственности, но направленная на полное удовлетворение имущественных интересов взыскателя).⁶¹ Примечательно, что в исполнительном производстве возможно дублирование гражданско-правовой ответственности не только должника, но и самого государства. Например, судебная практика идет по пути обеспечения права на возмещения вреда, причиненного утратой в исполнительном производстве изъятого у должника имущества, не только собственнику должника как его собственника, но и взыскателя, который потерял возможность получить взысканное за счет утраченного имущества⁶².

⁶⁰ Хаснудинов Р.Р. Указ. соч. С. 34.

⁶¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 20.03.2014 № 618-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Зеленского Евгения Николаевича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 208 и статьей 210 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации».

⁶² См., напр.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 22.05.2013 по делу № А43-17802/2012, п. 7 Постановления Пленума ВАС РФ от 16.05.2014 № 27 «О некоторых вопросах применения законодательства об исполнительном производстве». В такой ситуации конкуренции требований, по нашему

С 1 июня 2015 г. в силу вступает новая ст. 308.3 ГК РФ, предусматривающая выплату должником в пользу кредитора особой неустойки, установленной судом, *на случай неисполнения должником обязательства в натуре*⁶³. Заметим, что по своей правовой природе указанная неустойка отличается от денежной суммы, которая предусмотрена в п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта». Несмотря на то, что законодатель в ст. 308.3 попытался кодифицировать позицию ВАС РФ о возможности существования в отечественной правовой системе института «астрента»⁶⁴, в итоге возникли две новых дублирующих меры ответственности. Первая, предложенная ВАС РФ, представляет собой штраф, размер которого устанавливается судом, а не законом или договором, «за ожидание» (по терминологии ВАС РФ) исполнения решения суда, обязывающего ответчика совершить определенные действия или воздержаться от совершения определенного действия. Такая мера по своему характеру представляет собой пример «смешанного» правового режима, о котором мы говорили выше. Она направлена не только на *компенсацию* потерь взыскателя от затягивания исполнения *обязательства*, но и на *наказание* должника за неисполнение *судебного акта*, за неуважение к суду как органу публичной власти⁶⁵.

Исходя из позиции ВАС РФ, выплата соответствующей суммы, очевидно, *не освобождает* должника от исполнения основного обязательства. Меру, предложенную ВАС РФ, объединяет с мерами публично-правового характера и то, что суд при определении размера соответствующей суммы должен учитывать *степень затруднительности исполнения судебного акта*, возможности ответчика по добровольному исполнению, *его имущественное положение*, а также иные заслуживающие внимания обстоятельства. По сути, суду предлагается определить *вину* должника не только в качестве условия привлечения его к ответственности (как в гражданско-правовой ответственности), но и для *определения размера санкции* (как в публично-правовой ответственности, направленной не на полную компенсацию вреда потерпевшему, а на наказание правонарушителя)⁶⁶. Соответствующие положения отсутствуют в ст. 308.3 ГК РФ.

В свою очередь мера, предусмотренная новой ст. 308.3 ГК РФ, является неустойкой (на п. 1 ст. 330 ГК есть прямая ссылка в ст. 308.3 ГК РФ) за неисполнение обязательства в натуре. Таким образом, в силу п. 2 ст. 396 ГК РФ уплата подобной неустойки, по общему правилу, *освобождает должника* от исполнения основного обязательства, и представляет собой, по сути, установленный судом *факультативный* денежный способ исполнения судебного решения (очевидно, иная идея была у авторов поправок к про-

мнению, защита субъективного права должника должна иметь приоритет перед защитой законного интереса взыскателя. У взыскателя в исполнительном производстве нет *субъективного гражданского права* требовать у государства принудительного исполнения исполнительного документа в его пользу, но лишь *имущественный интерес* в получении взысканного.

⁶³ Федеральный закон от 08.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации».

⁶⁴ О дискуссии относительно п. 3 Постановления Пленума ВАС РФ от 04.04.2014 № 22 «О некоторых вопросах присуждения взыскателю денежных средств за неисполнение судебного акта» см. подробнее: Астрент в российском праве // Закон. 2014. № 4. С. 34–47; Гальперин М.Л. Исполнительное производство. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. С. 371–373.

⁶⁵ Такая «смешанная» мера ответственности отчасти схожа со штрафом в пользу истца за несоблюдение досудебного порядка удовлетворения требования потребителя, предусмотренным ч. 6 ст. 13 Закона РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей».

⁶⁶ См.: Иоффе О.С. Избранные труды. Т.1. СПб., 2003. С. 483.

екту закона о внесении изменений в ГК РФ)⁶⁷. К такому выводу можно прийти и при системном толковании ст. 308.3 ГК РФ, которая помещена в ГК РФ сразу после норм об альтернативных и факультативных обязательствах. Более того, п. 2 ст. 308.3 ГК РФ прямо противопоставляет меру, предусмотренную п. 1 ст. 308.3 ГК РФ, мерам *ответственности* за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (глава 25 ГК РФ), которые могут применяться к должнику дополнительно.

В-четвертых, интересным явлением в сфере исполнительного производства, которое мы обозначили выше как «мутацию» мер ответственности, является трансформация исполнительных действий и иных мер принуждения в исполнительном производстве в сознании субъектов исполнительного производства в меры ответственности, а мер ответственности — в исполнительные действия и меры принудительного исполнения. Например, ограничение на выезд за рубеж, которое по своему назначению является *обеспечительной мерой*, используется в правоприменительной практике в качестве *меры наказания* должника (правда, без предоставления должнику соответствующих гарантий при привлечении к ответственности). В последнее время все настойчивее предлагается расширение перечня возможных ограничений личных прав должника, в том числе за счет включения в него лишения водительских прав. Очевидно, такие меры должны конструироваться в законе не как исполнительное действие, а как мера ответственности с соответствующим правовым режимом применения⁶⁸.

Напротив, некоторые меры ответственности превращаются в исполнительные действия, и вместо собственно *ретроспективного наказания* правонарушителя, устранения *последствий* нарушения они направлены исключительно на то, чтобы *мотивировать* нарушителя к *самостоятельному перспективному* исполнению требований исполнительных документов. В целом большинство мер юридической ответственности, применяемых в исполнительном производстве, направлены не на обеспечение *бездействия* (воздержание от совершения незаконного действия как общая цель ответственности), а как раз на поощрение совершения законного *действия* (исполнения требования исполнительного документа).

Помимо уже упомянутых административных штрафов (ст. 17.15 КоАП РФ) и исполнительского сбора (которые, зачастую, являются вообще единственными доступными мерами воздействия на должника), к таким «побудительным» мерам можно отнести и *предупреждение должника об уголовной ответственности* за неисполнение исполнительного документа. В соответствии с ч. 18 ст. 30 Федерального закона «Об исполнительном производстве» в случаях, когда исполнение судебного акта возлагается на должностных лиц, судебный пристав-исполнитель *в постановлении о возбуждении исполнительного производства* предупреждает обязанных лиц об уголовной ответственности, предусмотренной ст. 315 УК РФ за неисполнение судебного акта, а равно воспрепятствование его исполнению.

В судебной практике направляемое судебным приставом-исполнителем должнику предупреждение об уголовной ответственности воспринимается, как правило, в качестве исполнительного действия, прямо не поименованного в ст. 64 Федерального закона

⁶⁷ Статьей 205 ГПК РФ уже давно предусмотрено не только право, но обязанность суда при приговоре имущества в натуре указать в решении стоимость этого имущества, которая должна быть взыскана с ответчика в случае, если при исполнении решения суда присужденное имущество не окажется в наличии.

⁶⁸ См., подробнее: Гальперин М.Л. Можно ли должников лишать водительских прав, или Кто должен писать законы? // Закон. 2015. № 2. С. 123–136.

«Об исполнительном производстве»⁶⁹. В соответствии с уголовным законодательством такое предупреждение *не является* необходимым условием привлечения в дальнейшем должника к уголовной ответственности, доказывания его вины и осведомленности в противозаконном характере совершаемого деяния. Однако в механизме исполнительного производства направление письменной угрозы уголовного наказания приобрело собственное значение, не являясь мерой ответственности само по себе.

В заключение следует констатировать следующее. Отраслевой подход к классификации юридической ответственности не только не имеет самостоятельного познавательного и методологического значения, но продемонстрировал свою несостоятельность как основа для формирования и развития системы юридической ответственности (что было продемонстрировано на примере исполнительного производства). В сфере исполнительного производства действуют различные меры юридической ответственности, некоторые из которых применяются в рамках «первоначального» юридического режима, например, меры уголовной ответственности, другие приобретают новую форму и даже назначение, попадая в иной юридический режим (например, некоторые меры гражданско-правовой или административной ответственности). Мы живем в условиях *господства* «смешанных» (по терминологии С.С. Алексеева) юридических режимов, комплексных отраслей законодательства, сложносоставных методов и приемов правового регулирования, функционирование которых непосредственно связано со специфическими целями правовой политики в той или иной сфере. Так, общая специфическая задача исполнительного производства (обреченного всегда оставаться «смешанным» правовым режимом в связи с разнородным характером исполнительных документов) как элемент соответствующего юридического режима — это правильное и своевременное принудительное исполнение требований исполнительных документов. Соответствующая задача определяет принципы регулирования, влияет на формирование тех или иных специфических мер воздействия на субъектов соответствующих отношений.

Указанное, однако, не освобождает ни законодателя, ни ученых от выстраивания системы таких мер (которая пока отсутствует), установления их четкой очередности, дифференциации по механизмам применения в зависимости от общих целей и задач соответствующего юридического режима, а также конституционного баланса прав и законных интересов всех субъектов отношений, требований соразмерности и справедливости применения государственного принуждения. В противном случае *количество* установленных законом мер ответственности никогда не перейдет в *качество* их применения⁷⁰.



Библиография

Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. 712 с.

Боннер А.Т. Исполнительное производство: отрасль российского права или стадия процесса? // Законодательство. 2004. № 8. С. 64–75.

⁶⁹ Есть также судебная практика самостоятельного обжалования должником предупреждения об уголовной ответственности как исполнительного действия. См., напр.: постановление ФАС Волго-Вятского округа от 12.07.2013 по делу № А29-8918/2012, постановление Арбитражного суда Московского округа от 30.09.2014 по делу № А40-36980/14.

⁷⁰ Несмотря на расширение в последние годы принудительных полномочий судебных приставов процент фактического исполнения требований исполнительных документов неуклонно снижается (63,7% — в 2011, 45,4% — в 2012, 41,4% — в 2013, 40,1% — в 2014). См.: <http://fssprus.ru/indicators/> (дата обращения — 18.05.2015)

- Валеев Д.Х. Исполнительное производство. Учебник для вузов. СПб.: Питер, 2010. 432 с.
- Валеев Д.Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве. М.: Статут, 2009. 351 с.
- Гальперин М.Л. Исполнительное производство. Учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры. М.: Юрайт, 2015. 453 с.
- Гальперин М.Л. Методологические проблемы изучения ответственности в гражданском судопроизводстве: к вопросу о концепции юридических режимов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2011. № 1. С. 44–56.
- Гальперин М.Л. Ответственность в гражданском судопроизводстве: актуальные вопросы теории и процессуальной политики. М.: Волтерс Клувер, 2011. 256 с.
- Гальперин М.Л. Можно ли должников лишать водительских прав, или Кто должен писать законы? // Закон. 2015. № 2. С. 123–136.
- Грось Л.А. О сроках в исполнительном производстве // Исполнительное право. 2011. № 1. С. 8–12.
- Гуреев В.А., Гушин В.В. Исполнительное производство. Учебник для магистров. М.: Юрайт, 2012. 559 с.
- Гушин В.В. Сущность и содержание исполнительного производства по российскому законодательству // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 5. С. 13–17.
- Исаенкова О.В. К разработке Исполнительного Кодекса Российской Федерации // Законодательство. 2002. № 1. С. 71–75.
- Исаенкова О.В. Проблемы исполнительного права в гражданской юрисдикции: Автореферат дисс... д-ра. юрид. наук. Саратов, 2003. 380 с.
- Липинский Д.А. О системе права и видах юридической ответственности // Правоведение. 2003. № 2. С. 27–37.
- Липинский Д.А. О некоторых проблемах системы юридической ответственности // Право и политика. 2004. № 12 // СПС Консультант Плюс.
- Липинский Д.А. Юридическая ответственность как институт права // Юрист. 2013. № 12 // СПС Консультант Плюс.
- Марданов Д. А. Понятие, значение принципов гражданского исполнительного права // Исполнительное право. 2006. № 1. С. 16–18.
- Хаснудинов Р.Р. Структура системы юридической ответственности // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2014. № 4. С. 30–44.
- Челышев М.Ю. Межотраслевые связи исполнительного процессуального права // Арбитражный и гражданский процесс. 2007. № 2. С. 37–39.
- Ярков В.В. Некоторые принципы гражданского исполнительного права (в связи с постановлением Конституционного Суда России № 10-П от 12.07.2007 и новым Федеральным законом «Об исполнительном производстве») / Исполнительное производство: процессуальная природа и цивилистические основы. Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции / отв. ред. Д.Х. Валеев, М.Ю. Челышев. М.: Статут, 2009. С. 198–210.
-

Does Independent Liability Exist in Court Enforcement Proceedings?



Mikhail L. Galperin

Associate Professor, PhD, LL.M (London), Department of Judicial Power, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnikaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: Mikhail.galperin@mail.ru



Abstract

In the article, the author criticizes the “divisional” approach to the classification of legal liability, demonstrates its theoretical inconsistency using the liability in the court enforcement proceeding as an example. The paper recognizes that the “divisional” approach lacks objective criteria, as well as practical value for the development of legislation. Having considered the positions of the authors who use the divisional approach, object and method of law as the criteria for classifying liability, we came to the conclusion that such positions are controversial as they are based on the subjective scientific views. Object and method of law in their traditional interpretation could not be considered individually as the basis for *independent* liability in particular sphere. It is essential to analyze a specific legal regime of applying sanctions based on the aims and principles of regulation. To summarize the analysis of the scientists’ positions regarding the *independence* of the court enforcement proceeding and *enforcement* liability, which mostly reflects the general discussion on the division of law, it is stated by the author that scholastic speculations often distract researchers from the current problems of liability in court enforcement proceedings. To demonstrate it, the author lists the examples of duplication of the sanctions, their transformation, which leads to the reduction of the level of legal guarantees for subjects, other problems of developing the modern and effective system of court enforcement proceedings. Instead of the permanent expansion of sanction with regard to the debtor, which does not bring any positive effect, it is suggested to harmonize the existing sanctions, to set up their priority and mechanism of application, which will be in consistent with principles of adequacy, justice and constitutional provisions. In the author’s opinion, today not just *quantitative*, but *qualitative* approach is required for improving legislation, regulating the court enforcement. The article is based not only on the analysis of the positions in legal literature, but on particular examples from legislation and current court practice, analysis of the mechanisms of civil, administrative, procedural, criminal liability in the sphere of the court enforcement.



Keywords

classification; divisions of law; object and method of regulation; system of court enforcement proceeding; legal liability legal enforcement; constitutional principles of legal enforcement; civil liability; administrative liability; criminal liability.

Citation: Galperin M.L. (2015) Does *Independent* Liability Exist in Court Enforcement Proceedings? *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 202–225 (in Russian).



References

- Alekseev S.S. (1999) *Pravo: azbuka — teoriya — filosofiya: Opyt kompleksnogo issledovaniya* [Law: ABC — Theory — Philosophy]. Moscow: Statut, 712 p.
- Bonner A.T. (2004) *Ispolnitel'noe proizvodstvo: otrasl' rossiyskogo prava ili stadiya protsessu?* [Enforcement Proceedings: a Branch of Russian Law or a Stage of Process?]. *Zakonodatel'stvo*, no 8, pp. 64–75.
- Gal'perin M.L. (2011) Metodologicheskie problemy izucheniya otvetstvennosti v grazhdanskom sudoproizvodstve: k voprosu o kontseptsii yuridicheskikh rezhimov [Methodological Issues of Studying Liability in Civil Proceedings: Re the Conception of Legal Regimes]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, p. 44–56.
- Gal'perin M.L. (2011) *Otvetstvennost' v grazhdanskom sudoproizvodstve: aktual'nye voprosy teorii i protsessual'noy politiki* [Liability in Civil Proceedings: Topical Problems of Theory and Procedural Policy]. Moscow: Volters Kluwer, 256 p.
- Gal'perin M.L. (2015) *Ispolnitel'noe proizvodstvo. Uchebnik i praktikum dlya bakalavriata i magistratury* [Enforcement Proceedings. Textbook for Bachelor and Master Students]. Moscow: Yurait, 453 p.
- Gal'perin M.L. (2015) *Mozhno li dolzhnikov lishat' voditel'skikh prav, ili Kto dolzhen pisat' zakony* [Can Debtors be Suspended of Driving License, or Who should Write Laws]. *Zakon*, no 2, pp. 123–136.
- Chelyshev M.Yu. (2007) *Mezhotraslevye svyazi ispolnitel'nogo protsessual'nogo prava* [Interbranch Ties of Enforcement Procedural Law]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, no 2, pp. 37–39.
- Gros' L.A. (2011) *O srokakh v ispolnitel'nom proizvodstve* [On Laws in Executive Proceedings]. *Ispolnitel'noe pravo*, no 1, pp. 8–12.

- Gureev V.A., Gushchin V.V. (2012) *Ispolnitel'noe proizvodstvo. Uchebnik dlya magistrrov* [Executive Proceedings]. Moscow: Yurait, 559 p.
- Gushchin V.V. (2013) Sushchnost' i sodержanie ispolnitel'nogo proizvodstva po rossiyskomu zakonodatel'stvu [Essence and Content of Executive Proceedings under Russian Law]. *Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika*, no 5, pp. 13–17.
- Isaenkova O.V. (2002) K razrabotke Ispolnitel'nogo Kodeksa Rossiyskoy Federatsii [To the Draft of the RF Executive Code]. *Zakonodatel'stvo*, no 1, pp. 71–75.
- Isaenkova O.V. (2003) Problemy ispolnitel'nogo prava v grazhdanskoj yurisdiktsii. (*Diss. Doktor. Jurid. Nauk*). [Problems of Executive Law in Civil Jurisdiction. (Doct. of juridical sciences dissertation)]. Saratov, 380 p.
- Khasnutdinov R.R. (2014) Struktura sistemy yuridicheskoy otvetstvennosti [Structure of the System of Legal Liability] *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 30–44.
- Lipinskiy D.A. (2003) O sisteme prava i vidakh yuridicheskoy otvetstvennosti [On the System of law and types of Legal Liability]. *Pravovedenie*, no 2, pp. 27–37.
- Lipinskiy D.A. (2004) O nekotorykh problemakh sistemy yuridicheskoy otvetstvennosti [On some Issues of the System of Legal Liability]. *Pravo i politika*, no 12 // SPS Konsul'tantPlyus.
- Lipinskiy D.A. (2013) Yuridicheskaya otvetstvennost' kak institut prava [Legal Liability as an Institute of Law]. *Yurist*, no 12 // SPS Konsul'tantPlyus.
- Mardanov D. A. (2006) Ponyatie, znachenie printsipov grazhdanskogo ispolnitel'nogo prava [Concept, Significance of Principles of Civil Enforcement Law]. *Ispolnitel'noe pravo*, no 1, pp. 16–18.
- Yarkov V.V. (2009) Nekotorye printsipy grazhdanskogo ispolnitel'nogo prava (v svyazi s postanovleniem Konstitutsionnogo Suda Rossii № 10-P ot 12.07.2007 g. i novym Federal'nym zakonom «Ob ispolnitel'nom proizvodstve») [Some Principles of Civil Executive Law in context of the Ruling of the Constitutional Court of Russian Federation On Executive Proceedings]. Valeev D.Kh., Chelyshev M.Yu. (eds.) *Ispolnitel'noe proizvodstvo: protsessual'naya priroda i tsivilisticheskie osnovy* [Enforcement Proceedings: Procedural Essence and Civilistic Fundamentals]. Moscow: Statut, pp. 198–210.
- Valeev D.Kh. (2010) *Ispolnitel'noe proizvodstvo. Uchebnik dlya vuzov*. [Enforcement Proceedings. Textbook]. Saint Petersburg: Piter, 432 p.
- Valeev D.Kh. (2009) *Sistema protsessual'nykh garantiy prav grazhdan i organizatsiy v ispolnitel'nom proizvodstve* [System of Procedural Guarantees of the Rights of Citizens and Entities in Enforcement Proceedings]. Moscow: Statut, 351 p.

Содержание исключительного права на произведение: альтернативный подход



К.И. Рябов

старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербургский филиал), кандидат юридических наук. Адрес: 190008 Российская Федерация, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16. E-mail: kirill.ryabov@gmail.com



Аннотация

В статье рассматриваются существующий и возможный альтернативный подходы к раскрытию содержания исключительного авторского права. Показано, что первый из них (включающий в содержание исключительного права правомочия по распоряжению экземплярами произведения, но не включающий правомочие использовать произведение по его прямому назначению) не лишен ряда существенных теоретических недостатков, которые неминуемо приводят к путанице и на практике. Естественным ходом мысли в данной ситуации является предложение включить правомочие использовать произведение по назначению в содержание исключительного права, а правомочия, входящие в содержание права собственности на экземпляры произведения, исключить. Доказывается, что такой подход менее уязвим для критики с теоретической точки зрения и способен решить любые практические задачи, ради решения которых существует авторское право. При этом автор подчеркивает, что представленные рассуждения не могут считаться полностью выстроенной теорией. Однако хотя ограниченность объема статьи и не позволяет подробно рассмотреть некоторые частные аспекты (например, «принцип исчерпания права», распространение экземпляров произведения с привлечением дистрибьютора) или особенности отдельных объектов авторского права (например, компьютерных программ), изложенного, как кажется, все же достаточно для понимания ключевых положений предлагаемого подхода. К тому же представленная критика существующего подхода едва ли может быть игнорирована. В то же время автор не ставил перед собой цель противопоставить свои размышления идущей реформе четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации. Это было бы, как минимум, несвоевременно. Речь идет не о том, каким должно быть исключительное право завтра, а о предложении обсудить, в каком направлении оно должно развиваться в ближайшие десятилетия. Не вызывает сомнений, что главная задача, стоящая перед теорией интеллектуальной собственности вообще и теорией исключительного авторского права, в частности, — это разработка полноценной логически выстроенной системы общих норм (отсутствующей на сегодняшний день).



Ключевые слова

интеллектуальная собственность, исключительное право, авторское право, литературное произведение, использование произведения, нарушение авторских прав.

Библиографическое описание: Рябов К.И. Содержание исключительного права на произведение: альтернативный подход // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 226–237.

JEL: K19; УДК: 347

Введение

Даже при беглом знакомстве с текстом четвертой части Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) нельзя не обратить внимания на присутствие в нем нескольких списков внушительных размеров, состоящих из элементов, слабо поддающихся хоть какой-нибудь классификации, не говоря уже об огромном количестве всевозможных исключений (и даже исключений из исключений). Понятно, что в силу своего «юного» (по меркам истории права) возраста право интеллектуальной собственности болеет многими «детскими болезнями». Это не плохо и не хорошо — это нормально. Но все же болезни не следует запускать.

Можно напрасно извести много бумаги, демонстрируя частные недостатки действующей редакции ГК РФ, но не в этом состоит цель данной работы. У ее автора есть стойкое ощущение, что все эти недостатки имеют общую причину. Кто ясно мыслит, тот ясно излагает. Именно ясности мысли недостает современной теории исключительного права на результат интеллектуальной деятельности вообще и на произведение, в частности. Да и существует ли сегодня такая теория?

Сразу оговоримся, что, задавая этот вопрос, мы ни в коей мере не подвергаем сомнению значимость работы, проделанной учеными, обращавшимися к данной предметной области. Речь о другом — о том, что, как известно, в своем становлении научные теории (в точном значении этого слова) проходят по спирали ряд стадий. Начинается все со сбора эмпирических данных, потом наступает время локальных обобщений и так далее. Не будем отвлекаться на повторение аспирантского курса философии науки, а рискнем высказать утверждение, что теория исключительного права пока не пошла дальше «локальных обобщений». Взглянем, например, на список в п. 2 ст. 1270 ГК РФ, в котором перечислены способы использования произведения. История авторского права — процесс поэлементного формирования этого списка главным образом эмпирическим путем. Наконец, действующая редакция ГК РФ с претензией на обобщение объявляет обсуждаемый список открытым; но этого мало, так как остается без ответа вопрос, как он должен формироваться — по какому критерию то или иное действие должно быть отнесено к способам использования произведения? А пока ответа нет — будут те, кто настаивает на закрытом характере списка п. 2 ст. 1270 ГК РФ¹.

Не вызывает сомнений, что упомянутое изобилие исключений и неоднородность списков объясняются тем, что таким образом сформулированные нормы являются не более чем «точечной» реакцией субъектов нормотворческой деятельности на конкретные вопросы, возникавшие на практике. Грубо говоря, «кого что волновало, тот то и приписал». О существовании стройной теории, способной в общем виде дать ответы на эти вопросы, говорить не приходится.

Тот аргумент, что во всем мире раз и навсегда избран единый подход к определению содержания исключительного права и что нам следует «держаться строй», не убеждает. *Во всем мире также зашли в тупик и также не знают, что им делать дальше.* В частности, создание специализированных судов — это своего рода «последний клапан»: рост числа бессистемных списков и исключений в условиях возрастающей интенсивности отношений очень скоро приведет к тому, что и эти суды перестанут справляться. Думается, есть смысл начать готовиться к этому моменту. Обсуждение в научных кругах возможных альтернатив существующему регулированию — не самый плохой вариант для начала.

¹ Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: учебник. М., 2008. С. 112.

К результату этой работы предъявляется ряд взаимосвязанных требований. С практической точки зрения, он должен быть способен дать ответы на все те вопросы, на которые способно ответить действующее регулирование, и предложить ответы на ряд новых вопросов, на которые действующее регулирование ответов не дает. Про теоретическую сторону было сказано выше. Наконец, с точки зрения юридической техники число списков и исключений должно быть сведено к минимуму.

1. О причинах, следствиях и о том, что их не следует путать

Книги приобретаются, чтобы читать литературные произведения, копии программ — чтобы выполнять эти программы и т.д. Сказанное означает, что перечисленные процессы (чтение и выполнение — назовем это «извлечением полезных свойств произведения») являются причинами, побуждающими субъектов соответствующих отношений действовать; именно на чтение и на выполнение программ нацелена их воля. Приобретение материальных копий — лишь один из шагов к этой цели, и в этом смысле не более чем следствие указанной причины. Предположим, некто хочет прочитать определенную статью, статья напечатана в журнале, следовательно, некто вынужден купить журнал.

В приведенном примере три элемента: «воля прочитать» (причина), «воля купить» (следствие), «существование статьи в форме журнала» (объективная данность — в том смысле, что вне объективной формы произведения недоступны восприятию; а решение опубликовать статью в конкретном журнале — это, конечно, субъективное усмотрение автора, но тут речь не об этом). На последний элемент право воздействовать не может, а на первые два может.

Со времен древних мифов до сознания людей их более мудрые соплеменники пытаются довести простую мысль, что воздействие на следствия — задача высокочувствительная и низкоэффективная. Из хорошо известных проблем такого пути наиболее вредны, пожалуй, две: (а) у одной причины обычно множество разнообразных следствий, и составить их исчерпывающий список в общем случае нельзя; (б) (что еще хуже) разные причины могут иметь одинаковые следствия. Но если до причин нужно еще «докопаться», то следствия обычно «лежат на поверхности» — за них и берутся первым делом.

Не стало исключением (да, наверное, и не могло стать) авторское право. В результате его история до сегодняшнего дня — это история формирования списков вроде того, что приводится в п. 2 ст. 1270 ГК РФ и состоит из разнородных, разновеликих, взаимопересекающихся, сваленных в кучу элементов. Составление подобных списков невозможно закончить, его можно только прекратить, объявив список открытым, поскольку он перечисляет следствия, а не причины тех общественных отношений, которые призван регулировать (см. пункт (а) выше). Для иллюстрации проблемы (б) заметим, например, что не всякое отчуждение экземпляра произведения наносит урон заслуживающим правовой охраны интересам правообладателя, и уже правилу ст. 1272 ГК РФ (тоже далекому от совершенства) приходится корректировать положения ст. 1270 ГК РФ.

Наконец, нельзя не заметить, что большинство элементов упомянутого списка регулирует обращение экземпляров произведений, т.е. пусть и юридическими средствами, но создает лишь фактические препятствия извлечению полезных свойств произведения без согласия правообладателя, а не регулирует этот вопрос непосредственно — он вообще остается за рамками правового регулирования! Другими словами, если право собственности на вещи подразумевает юридический запрет — «извлекать полезные

свойства чужой вещи нельзя», — то исключительное авторское право аналогичного запрета («извлекать полезные свойства чужого произведения нельзя») не содержит. Почему?

Если бы содержание права собственности на вещи раскрывалось аналогично содержанию исключительного права, то туда нужно было бы отдельным пунктом включить, например, правомочие запираеть входную дверь дома на замок. И думается, что в источниках права времен «юности» права собственности можно обнаружить такое или подобные ему правила. Но за истекшие тысячелетия теория права собственности проделала большой путь, поднявшись на иной уровень абстракции. Пора «повзрослеть» и теории авторского права.

2. О гордиевом узле

Несмотря на многочисленные критические замечания, высказанные в этой работе в адрес существующего подхода к раскрытию содержания исключительного права на произведение, едва ли справедливо обвинять людей, стоявших у истоков права интеллектуальной собственности. Они делали то, что до них никто не делал и, следовательно, имели право на ошибку.

А что же современные ученые? К сожалению, объективность требует признать, что они смотрят на проблему чрезвычайно узко. Вместо того чтобы теоретически переосмыслить работу, проделанную за последние 100–130 лет, выявить ошибки (а такие есть — не ошибается только тот, кто ничего не делает) и устранить их, они (без всяких объективных к тому причин) ограничиваются некритическими попытками подвести какие-нибудь обоснования под сложившиеся правила. При этом трудно поверить, что сами авторы не замечают того, что их «обоснования» не обходятся без словосочетаний вроде «специфическое вещное обременение»² или даже «неполное право собственности»³. Подобные сентенции не только ничего не объясняют, но порождают много новых вопросов.

Декомпозиция — вот действительно выдающееся достижение научной мысли. Возможности человеческого интеллекта весьма ограничены, но их должно хватать, чтобы воздерживаться от попыток «объять необъятное». Сложную задачу следует разбить на подзадачи с минимально необходимым числом предельно ясных связей между ними. Сегодняшний подход к определению содержания исключительного права, включающий в него правомочия по распоряжению материальными копиями, легкомысленно игнорирует это простое правило. Исключительное право грубо вторгается в сферу регулирования права собственности — другого элемента системы права. В результате завязывается такой узел, распутать который не под силу нормальным людям.

Таким образом, подходя и с этой стороны к оценке современного определения исключительного права, мы приходим к тому же выводу, который уже делали, рассматривая вопрос под несколько иным углом зрения. Это определение ошибочно. Сфера действия исключительного права на произведение должна быть максимально изолирована от сферы действия права собственности (и иных прав) на его материальные копии.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под ред. В.А. Белова. М., 2009. С. 588 (автор очерка — С.А. Бабкин)

³ Судариков С.А. Указ. соч. С. 29.

3. Владение не имеет ничего общего с собственностью

Нематериальность объектов авторского права исключает возможность непосредственного физического контакта с ними, а значит, исключено и то, что применительно к материальным объектам (вещам) принято называть «владением». В свою очередь «владение» вместе с «пользованием» и «распоряжением» образуют известную триаду, через которую традиционно раскрывают содержание права собственности. Это действительно так, но следует ли отсюда столь же традиционный вывод о «принципиальнейшем» отличии права собственности от имущественного права на нематериальный объект? Не следует.

Владение не имеет ничего общего с собственностью, сказал Ульпиан, и был прав. Умный человек понимал это восемнадцать столетий тому назад, но, увы, и сегодня приходится читать работы, авторы которых, указав ряд второстепенных обстоятельств, сопутствующих факту владения, сразу делают «очевидный» вывод об антагонизме имущественных прав на материальные и нематериальные объекты. Можно быть собственником, ни разу не видев принадлежавшей вам вещи и даже не стремясь к этому (см., например, §6 гл. 34 ГК РФ).

Другое дело, что в большинстве случаев (но не всегда) собственник является одновременно владельцем вещи. Поэтому из соображений практического удобства момент возникновения права собственности у приобретателя связывают с моментом передачи вещи (ст. 223 ГК РФ). При этом очень важно заметить, что: (а) основанием возникновения права собственности является сделка (важно волеизъявление), а не факт (за)владения как таковой; (б) с точки зрения юридической техники указанное правило представляет собой диспозитивную норму.

Наконец, подчеркнем, что из сказанного вовсе не следует, что нужно распространить нормы о праве собственности на произведение (как некие «бестелесные вещи») — *данная работа не является попыткой реанимировать так называемую «проприетарную концепцию»*, но и впадать в другую крайность (т.е. искать отличия исключительного права от права собственности там, где их нет) тоже не стоит. Крайности вообще, как правило, ошибочны.

4. Что такое «использование произведения»?

Подпункт 1 п. 2 ст. 1358 ГК РФ (который, строго говоря, относится к патентному, а не к авторскому праву, но в интересующем нас аспекте это не имеет принципиального значения) содержит грамматический «шедевр»: «Использованием изобретения ... считается, в частности: ... продажа ... продукта, в котором использовано изобретение». Можно мириться с положением, когда один и тот же термин имеет разное значение в разных контекстах. Когда же один и тот же термин имеет разное значение в одном контексте, — это ошибка.

Сдача вещи в аренду тоже сулит собственнику имущественные выгоды, но почему-то все сходится на том, что это относится к «распоряжению» вещью, а не к ее «использованию». «Использование» в сознании любого нормального человека ассоциируется с извлечением полезных свойств объекта (как материального, так и нематериального), т.е. говоря «использование», обычно понимают «использование по назначению». Только специалисты по праву интеллектуальной собственности, внушающие себе и другим, будто ссылки на нематериальность объекта охраны достаточно, чтобы обосновать ка-

кую угодно несуразность, пытаются конструировать свой (даже им самим не всегда понятный) противоестественный язык. Ради чего?

Не вызывает сомнений, что содержание исключительного авторского права должно раскрываться через термин «использование», но, говоря «использование произведения», мы в дальнейшем изложении будем иметь в виду то же, что и большинство людей: чтение литературы, созерцание живописи, выполнение программ и т.п. — извлечение полезных свойств произведения. Рано или поздно именно эта точка зрения должна победить, хотя, конечно, первой реакцией читателя будет сомнение в ее правильности. Но, памятуя о словах М. Монтеня («Невежество бывает двоякого рода: одно — безграмотное, предшествует знанию, другое — чванное, следует за ним»), не будем торопиться с выводами.

5. Рассмотрим пример

Так как при изучении наук примеры столь же полезны, сколь и правила, будем пользоваться в качестве иллюстрации всем знакомой ситуацией: приобретение гражданином книги в книжном магазине. Итак, согласно предлагаемой здесь теоретической модели, приобретение книги в магазине, с точки зрения юридической формы, представляется следующим образом.

Во-первых, заключается договор о приобретении права использования определенного литературного произведения в определенном объеме. Это означает, что имеет место согласованное встречное волеизъявление сторон (магазина, уполномоченного предоставлять такое право, и посетителя, желающего это право приобрести) направленное на возникновение указанного права у приобретателя.

Из того факта, что извлечь полезные свойства произведения можно лишь в результате контакта с его материальной копией, вовсе не следует, что в анализируемом примере вручение книги входит в состав рассматриваемой сделки. Напротив — предоставление контакта (тем или иным способом) с материальной копией (той или иной формы) относится к исполнению данного договора. Например, для исполнения договора аренды может потребоваться заключение договора перевозки вещи, но этот договор лежит за рамками договора аренды как такового.

Во-вторых, исполняя обязанность предоставить приобретателю фактическую возможность реализовать возникшее право, магазин передает ему материальную копию произведения, что в данном случае юридически оформляется договором купли-продажи книги (вещи, представляющей собой сшитые вместе листы бумаги с нанесенной на них типографской краской).

Из изложенного ясно (когда вы осмыслили идею), что факт владения (в том числе правомерного) материальной копией произведения не влечет возникновения у владельца такой копии права использования этого результата интеллектуальной деятельности. Для его возникновения требуется соответствующее волеизъявление. (Аналогично и право арендатора возникает из договора аренды, а не из владения).

6. Проанализируем пример

Не является ли такая трактовка ненужным усложнением? Нет, не является, так как сложным все это может показаться только в приложении к данному тривиальному примеру. Скажем, кружку пива можно заказать при помощи жестов, но если ваши потреб-

ности этим не ограничиваются, то неизбежно придется изучить какой-нибудь более совершенный язык. Так же и с авторским правом: пока мы рассматриваем тривиальные примеры, которые были известны его создателям, оно нас удовлетворяет; но наши потребности растут — должно совершенствоваться и авторское право. *Попробуйте (дочитав эту работу до конца) применить изложенные рассуждения к более сложным вопросам, встречавшимся на практике, и вы увидите, насколько упростился поиск ответа.*

Более того, смешно бояться подобных «усложнений», так как это естественный путь развития науки. Например, релятивистская механика сложнее, чем классическая (в том числе и в приложении к тривиальным примерам), но это не делает ее «абсурдной», несмотря на то, что ряд ее положений, с обывательской точки зрения, выглядит весьма сомнительно.

Не усложнит ли такая трактовка жизнь граждан, далеких от цивилистических теорий? Нисколько, так как, например, в совершаемых при приобретении книги действиях вообще ничего не изменится. Меняется только интерпретация этих действий. Но это и есть предмет юриспруденции: тем или иным действиям и событиям придается (или не придается) то или иное юридическое значение. Среди граждан нужно лишь вести (в необходимых им пределах) разъяснительную работу. Усвоили же граждане, что для того, чтобы совершить покупку в магазине, нужно уплатить цену товара кассиру, хотя мало кто из них что-нибудь слышал о теоретических проблемах представительства.

Кроме того, уже даже на этом элементарном примере можно продемонстрировать пару преимуществ предлагаемого подхода. Обратите также внимание, что приводимые ниже положения логически выводятся непосредственно из него (а не из «высшей справедливости»). Другими словами, нет необходимости фиксировать каждый такой вывод в виде статьи закона, что само по себе является преимуществом по сравнению с нынешним казуистичным стилем права интеллектуальной собственности.

Во-первых, раз право использовать произведение не связано с правом на его материальную копию, то гибель этой копии не влечет сама по себе прекращения права использования. Не случайно некоторые интернет-магазины электронных книг уже сегодня предоставляют своим клиентам возможность повторно получить утраченный экземпляр. Но в рамках действующего законодательства это пока лишь акт доброй воли с их стороны. С позиций же предлагаемого подхода (при условии должной проработки деталей) это может стать юридической обязанностью.

Во-вторых, гражданин из рассматриваемого примера, приобретя в магазине книгу, вправе сделать любое количество архивных копий этой книги, так как создание копии не является использованием — полезные свойства никоим образом не извлекаются. Повторим (так как это очень важно), что в рамках предлагаемого подхода это положение является логически выводимым правилом, а в рамках существующего сегодня — экзотическим «исключением с оговорками», сделанным для компьютерных программ (ст. 1280 ГК РФ). Чем другие объекты, охраняемые авторским правом, хуже?

7. О фактической возможности использовать произведение и праве на использование

Как уже отмечалось, лицо, которое приобрело книгу в магазине, вправе сделать в любой форме любое количество копий литературного произведения, поскольку копирование не является использованием — полезные свойства не извлекаются. Другой вопрос — как следует квалифицировать те или иные действия по предоставлению третьим

лицам возможности извлекать полезные свойства этого произведения в результате контакта с этими копиями тем или иным способом?

Думается, читатель, добравшийся до этого места, уже сам понимает, как (и почему) нужно ответить на этот вопрос. Но для полноты картины остановимся на нем подробно, акцентируя внимание на формально-юридических аспектах. Для этого нам потребуются два предварительных замечания. Во-первых, когда арендатор, хранитель или просто похититель продает вещь, находящуюся в его владении, формально это «недействительная купля-продажа», так как «продавец» не является уполномоченным лицом. Он является правонарушителем.

Во-вторых, на стадии нормотворчества следует идти от внутренней сути отношений к выбору их внешнего проявления. Так, если некто хочет почитать литературное произведение, то ему можно предложить, например, пойти в магазин и приобрести книгу. На стадии правоприменения рассуждать приходится в обратном порядке: сопоставляя фактически совершенные действия с известными образцами поведения, попытаться сделать вывод об их сути.

Поэтому, если некоторое лицо предоставляет определенным третьим лицам (в том числе и неограниченному кругу) фактическую возможность извлекать полезные свойства результата интеллектуальной деятельности в определенном объеме, то естественно предположить, что оно правомочно предоставлять право использования этого результата в этих пределах. Но если при проверке правового основания этого правомочия такового не окажется, то налицо правонарушение, если только не будет доказано, что в действительности совершенные действия имели другую цель. Например, упомянутые архивные копии были проданы организации, занимающейся переработкой макулатуры.

Действующее регулирование идет по пути императивного запрета различных действий с копиями, дополняя его казуистичными исключениями каждый раз, когда такой подход входит в противоречие со здравым смыслом. Предлагаемый подход ориентирует на оценку совершаемых действий не «по формальному признаку», а с точки зрения их цели (направленности воли). Что касается юридической техники, то легко видеть, что сформулированное правило представляет собой презумпцию. Согласитесь, все это выглядит гораздо солиднее.

8. Об объеме использования

В контексте предоставления третьим лицам права использования произведения в ограниченных пределах необходимо иметь некую количественную характеристику таких пределов. Кажется вполне естественным назвать такую характеристику «объем использования». В каждом случае условия сделки, служащей основанием возникновения указанного права, должны позволять определить не только произведение, но и объем его использования.

Для нашего примера с приобретением книги объем использования (согласно десятилетиями складывавшейся практике) выражается через оценочное понятие «обычный круг семьи», т.е. извлекать полезные свойства литературного произведения могут лишь члены семьи приобретателя книги. Безусловно, таким образом очерченные границы несколько размыты, но для данной ситуации имеющаяся степень конкретизации, как правило, вполне достаточна, чтобы обеспечить интересы как правообладателей, так и пользователей. При этом ничто не мешает им при необходимости отступить от этого общего правила и сформулировать объем использования более четко.

Например, можно договориться, что доступ к некоему научному произведению будут иметь лишь поименно перечисленные в договоре лица. В сфере использования компьютерных программ практикой выработан целый ряд подходов к формулированию объема использования. Наконец, драматург и театр, договаривающиеся о постановке пьесы, имеют в виду, что воспринимать произведение смогут лица, задействованные в постановке, и зрители, пришедшие на оговоренное число спектаклей. В результате этого театр, который занимается постановкой пьесы, оказывается уполномочен предоставлять зрителям право извлекать полезные свойства пьесы в объеме посещения спектакля.

Слегка непривычно, но зато поддается обобщению, а это, как говорилось выше, есть необходимое условие научности теории. В свою очередь, соотнесение фактически совершаемых действий с разрешенным объемом использования (который предопределяет и цену использования) должно ставиться во главу угла при проверке правомерности этих действий.

9. Об иллюзии простоты

Может ли гражданин, который приобрел книгу в магазине, читать ее «про себя», читать ее своему ребенку, дать почитать на время приятелю? Чтобы обоснованно ответить на эти простенькие вопросы в условиях действующего подхода к раскрытию содержания исключительного авторского права, придется потратить полжизни на изучение права интеллектуальной собственности. Действительно, что-то из перечисленного в принципе не охватывается исключительным правом, что-то относится к так называемому свободному использованию, а что-то формально является правонарушением... или все-таки нет?

С точки зрения предлагаемого подхода все эти действия правомерны по одной общей, доступной пониманию ребенка причине — они не нарушают разрешенного объема использования — не выходят за рамки оценочного понятия «обычный круг семьи». Здесь можно возразить, сказав, что «приятель» не может принадлежать к «кругу семьи». Но это замечание снимается тем соображением, что для данного объема использования важно количество людей имеющих доступ к произведению, а не их родственные связи.

Вам все еще кажется, что современное авторское право — это просто? Или все-таки примитивно? Чтобы сомнений не осталось, рассмотрим следующий вопрос.

Что такое, с точки зрения строгой теории права, упомянутая возможность «читать про себя»? Едва ли нужно пояснять, что предлагаемый подход дает предельно ясный ответ на поставленный вопрос: это правомочие, входящее в содержание исключительного права, со всеми вытекающими отсюда последствиями. А по действующим нормам? Субъективное право? Какова его природа? Хотя бы как оно называется? Или это «какое-то не запрещенное поведение», достойная компания «неполному праву собственности» и пр.? Определение, данное через «не», — это все, что угодно, но только не определение. Стоит ли удивляться, что опираясь на такое «гнилое» теоретическое основание, отойдя чуть в сторону от известных казусов, мы сталкиваемся с вопросами, в решении которых остается надеяться лишь на специализированный Суд по интеллектуальным правам. Но хотелось бы понять, на чем зиждется эта надежда? Разве этот Суд применяет какие-то иные нормы? Вряд ли. Так с чего вдруг он найдет ответы на вопросы, на которые ответов никто не знает? На сегодняшний день проблема коренится в нормах, а не в том, кто их применяет.

Для мнительного читателя заметим, что в наших словах нет крамольного призыва расформировать Суд по интеллектуальным правам. Он непременно внесет свою лепту в осознание необходимости пересмотра сегодняшнего подхода к определению содержания исключительного права. Другое дело, что эту необходимость можно заметить уже сейчас, сэкономив значительное время и значительные деньги (если, конечно, в этом кто-то заинтересован).

Заключение

В заключение статьи повторим, что раскрытие содержания исключительного права на произведение списком правомочий по распоряжению его материальными копиями, которое показалось когда-то «простым» и «очевидным», в действительности является примитивным и плохо продуманным. Здесь будет уместно вспомнить, что в течение столетий люди думали, будто Солнце вращается вокруг Земли, это казалось «простым» и в буквальном смысле слова «очевидным». Но во все времена находились те, кто думал иначе, — именно они и оказались правы.

Любое регулирование (и правовое, в том числе) не может быть эффективным, пока оно игнорирует причины происходящего, а ориентируется лишь на их отдельные следствия. Любая система (и право, в том числе) не может быть эффективной, пока ее основные элементы конфликтуют друг с другом.

Современное представление об исключительном праве на произведение в ярко выраженной форме страдает обоими этими недостатками, причем заложенными в фундамент конструкции исключительного права. Поэтому косметическими изменениями делу помочь не удастся. Необходимо переосмысление содержания данного понятия с учетом накопленного к сегодняшнему дню опыта и знаний как в сфере интеллектуальной собственности, так и (что не менее важно) в сфере гражданского права в целом.

Принимая во внимание сказанное, в работе обосновывается предложение, согласно которому ядром исключительного авторского права должно являться правомочие использовать произведение по назначению. Правомочия, входящие в содержание права собственности на материальные копии произведения, не должны включаться в содержание исключительного права.

Далее показано, как, руководствуясь данным базовым положением, следует ответить на ряд ключевых вопросов, ради решения которых и существует авторское право. *При этом утверждается, что с точки зрения сформулированных во введении критериев, предлагаемый подход, ни в чем не уступая существующему сегодня, во многих аспектах оказывается лучше него.* Судить о том, насколько изложенное убедительно, оставим читателю, напомнив лишь, что суждение это должно, как того и требует наука, опираться на объективные критерии и только на них.



Библиография

Белов В.В., Виталиев Г.В., Денисов Г.М. Интеллектуальная собственность. Законодательство и практика применения. М.: Юрист, 2006. 351 с.

Бентли Л., Шерман Б. Право интеллектуальной собственности: Авторское право. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. 534 с.

Городов О.А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. СПб.: СПбГУ, 1999. 259 с.

- Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под ред. В.А. Белова. М.: Юрайт, 2009. 993 с.
- Гражданское право: учебник в 3-х тт. / под ред. А.П. Сергеева. М.: Велби. Т. 1. 2008. 1008 с.; Т. 2. 2010. 880 с.; Т. 3. 2010. 800 с.
- Дозорцев В.А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сборник статей. М.: Статут, 2005. 416 с.
- Иванов Н.В. О содержании исключительного права по российскому законодательству // Закон. 2012. № 11. С. 100–105.
- Калятин В.О. Структура авторского права использования произведения: актуальные проблемы // Журнал российского права. 2000. № 2. С. 60–70.
- Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая / Э.П. Гаврилов, О.А. Городов и др. М.: Проспект, 2008. 784 с.
- Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть четвертая / под ред. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2008. 715 с.
- Липцик Д. Авторское право и смежные права. М.: Ладомир; Изд-во ЮНЕСКО, 2002. 788 с.
- Право интеллектуальной собственности: учеб / под ред. И.А. Близнаца. М.: Проспект, 2010. 960 с.
- Рябов К.И. Исключительное право на программу для ЭВМ и распоряжение им: дис... канд. юрид. наук. СПб., 2011. 144 с.
- Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. М.: Проспект, 2006. 752 с.
- Судариков С.А. Право интеллектуальной собственности: учебник. М.: Проспект, 2008. 368 с.
- Classen H.W. A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensors. ABA, 2009. 907 p.
-

Scope of Copyright. An Alternative Approach



Kirill Ryabov

Senior Lecturer, Department of Civil Right and Proceeding, National Research University Higher School of Economics (Saint Petersburg), Candidate of Juridical Sciences. Address: 16 Soyuzna Pechatnikov Str., Saint Petersburg, 190008, Russian Federation. E-mail: kirill.ryabov@gmail.com



Abstract

The paper features the current and hypothetical alternative approaches to showing the essence of exclusive copyright. The author shows that the former (including the essence of the exclusive right to authority to dispose of the copies of a work but excluding the authority to use the work as intended) bears traces of noticeable theoretical drawbacks which lead to ambiguity in practice. A natural development in this situation is to include the authority to use the work as intended in the exclusive right and to exclude the authorities belonging to the copyright in the copies of work. The paper proves that this approach has fewer chinks for criticism and is able to solve any practical aims of copyright. The author stresses that the presented speculations do not represent a complete theory. However, though the genre of an academic article does not allow studying some particular aspects, e.g. principle of exhaustion, distributing copies of a work by agents or special features of copyright to some products, e.g. software, the material is likely to suffice to understand the key concepts of the proposed approach. The criticism presented against the current approach cannot be ignored. Still, the author did not aim to oppose the speculations to the current reform of part four of the Russian Federation Civil Code, which would be irrelevant. The aim of the paper is not to prescribe the changes in the exclusive right in the making but a platform to discuss the trends for the coming decades. No doubt that the paramount aim of the theory of intellectual property and the theory of exclusive copyright in particular are the development of a full-fledged consistent pattern of currently existing common norms.



Keywords

intellectual property, exclusive right, copyright, literary work, use of a work, copyright infringement.

Citation: Ryabov K.I. (2015) *Scope of Copyright. An Alternative Approach.* *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 226–237 (in Russian).



References

- Belov V.A. (ed.) (2009) *Grazhdanskoe pravo: aktual'nye problemy teorii i praktiki* [Civil Law: Topical Issues of Theory and Practice]. Moscow: Yurayt, 993 p. (in Russian)
- Belov V.V., Vitaliev G.V., Denisov G.M. (2006) *Intellektual'naya sobstvennost'. Zakonodatel'stvo i praktika primeneniya* [Intellectual Property. Legislation and Application]. Moscow: Yurist, 351 p. (in Russian)
- Bentli L., Sherman B. (2004) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti: Avtorskoe pravo.* [Right to Intellectual Property. Copyright.]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy Tsentri Press, 534 p. (in Russian)
- Bliznets I.A. (ed.) (2010) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti: uchebnik* [Right of Intellectual Property. Textbook]. Moscow: Prospekt, 960 p. (in Russian)
- Classen H.W. (2009) *A Practical Guide to Software Licensing for Licensees and Licensors.* Chicago etc.: ABA Publishing.
- Dozortsev V.A. (2005) *Intellektual'nye prava: Ponyatie. Sistema. Zadachi kodifikatsii: Sbornik statey* [Intellectual Rights: Concept. System. Codification]. Moscow: Statut, 416 p.
- Gavrilov E.P., Gorodov O.A. et al. (2008) *Kommentariy: Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Chast' Chetvertaya* [Commentary to the Russian Federation Civil Code. Part Four]. Moscow: Prospekt, 784 p. (in Russian)
- Gorodov O.A. (1999) *Intellektual'naya sobstvennost': pravovye aspekty kommercheskogo ispol'zovaniya* [Intellectual Property: Legal Aspects of Commercial Use]. Saint Petersburg: SPbGU, 259 p. (in Russian)
- Ivanov N.V. (2012) O soderzhanii isklyuchitel'nogo prava po rossiyskomu zakonodatel'stvu [Re Exclusive Right under Russian Law]. *Zakon*, no 11, pp. 100–105 (in Russian)
- Kalyatin V.O. (2000) Struktura avtorskogo prava ispol'zovaniya proizvedeniya: Aktual'nye problemy [Structure of Copyright for Works: Topical Issues]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 2, pp. 60–70.
- Liptsik D. (2002) *Avtorskoe pravo i smezhnye prava* [Copyright and Neighboring Rights]. Moscow: Lodomir; YuNESKO, 788 p. (in Russian)
- Makovskiy A.L. (ed.) (2008) *Kommentariy: Grazhdanskiy Kodeks Rossiyskoy Federatsii. Chast' Chetvertaya* [Commentary. The Russian Federation Civil Code. Part Four]. Moscow: Statut, 715 p. (in Russian)
- Ryabov K.I. (2011) *Isklyuchitel'noe pravo na programmu dlya EVM i rasporyazhenie im (Diss. Kand. Jurid. Nauk)* [Exclusive Right to the Software for Computers and Disosal (Candidate of juridical sciences dissertation)]. Saint Petersburg, 144 p.
- Sergeev A.P. (ed.) (2010) *Grazhdanskoe pravo: uchebnik v 3-kh tt.* [Civil Law. Textbook in 3 vols]. Moscow: Velbi (in Russian)
- Sergeev A.P. (2006) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti v Rossiyskoy Federatsii: uchebnik* (Right to Intellectual Property in the Russian Federation. Textbook). Moscow: Prospekt, 752 p. (in Russian)
- Sudarikov S.A. (2008) *Pravo intellektual'noy sobstvennosti: uchebnik* [Copyright. Textbook]. Moscow: Prospekt, 368 p. (in Russian)

Международные перевозки пассажиров и багажа: современное правовое регулирование

 **М.В. Мажорина**

доцент, заместитель заведующего кафедрой международного частного права Московского государственного университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук. Адрес: 123286 Российская Федерация, Москва, ул. Садово-Кудринская, 9. E-mail: mazhorina@inbox.ru

 **Аннотация**

Рецензия на кн.: Касаткина А.С. Договор перевозки пассажира и багажа в международном частном праве. Учебное пособие (М.: Юрлитинформ, 2014. 176 с.)

 **Ключевые слова**

международные перевозки пассажиров и багажа, договоры, международное частное право, международные соглашения, международные мультимодальные перевозки, коллизионные принципы

Библиографическое описание: Мажорина М.В. Международные перевозки пассажиров и багажа: современное правовое регулирование // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 2. С. 238–244.

Интенсификация международных связей напрямую связана со значительным ростом международных перевозок пассажиров и багажа. Ввиду этого исследование договоров, используемых в международных перевозках, предпринятое автором учебного пособия А.С. Касаткиной, представляется актуальным и интересным. Постановка темы и круг вопросов, анализируемых в работе, имеют теоретическое и практическое значение и являются вполне своевременными для российской науки международного частного права (далее — МЧП). Традиционно договоры международной перевозки пассажиров и багажа рассматриваются применительно к конкретным видам международных перевозок: автомобильных, железнодорожных, воздушных и пр., включая коллизионные вопросы договоров международных перевозок.

Несмотря на то, что отдельные вопросы регулирования международных перевозок на различных видах транспорта рассматривались в ряде работ как российских ученых (Г.К. Дмитриева, Н.Ю. Ерпылева, В.А. Канашевский, В.А. Мусин, Е.А. Садилов и др.), так и зарубежных авторов (Х.Кетц, К.Цвайгерт, К.Кох, У.Магнус, К.М.Шмиттгофф и др.), отдельного и подробного комплексного исследования договора международной перевозки пассажиров и багажа (терминология, правовая природа, особенности заключения и специфика правоотношений, вопросы ответственности, защита прав субъектов договора) до сих пор не проводилось. Между тем, помимо осуществления коммерческих

перевозок, перевозка пассажиров и багажа занимает значительное место в деятельности транспортных организаций.

Начиная с середины XX века данный процесс интенсифицировался, что вызвало проблему в построении системы правового регулирования указанного института. Международные соглашения в основном содержат общие правила регулирования договора международной перевозки. Те же аспекты, затрагивающие регулирование правоотношений перевозчика с пассажиром, требуют субсидиарного применения норм национального права. В связи с этим на практике правовое регулирование договора перевозки пассажира и багажа производится посредством внутренних правил транспортных компаний, которые, по большей части, идут вразрез и с международными транспортными соглашениями, и с обычаями международных перевозок. Это привело к тому, что при защите пассажиром своих прав суд основывает решение не на нормах международного права, а на внутренних правилах, необходимость знания которых вменяется в обязанность пассажира по аналогии со стандартными условиями внешнеэкономического договора.

Автору учебного пособия удалось не только выявить и проанализировать проблемы, требующие специального исследования, но и предложить свои пути их разрешения. Автором проделана большая работа в части анализа источников как международного характера, относящихся к рассматриваемой области права, так и действующих национально-правовых актов Российской Федерации и ряда зарубежных стран, которые регулируют отношения в сфере международных перевозок пассажиров и багажа на различных видах транспорта. А.С. Касаткина излагает целостную концепцию системы правового регулирования международных перевозок пассажиров и багажа на различных видах транспорта. Это позволяет выявить ряд существенных недостатков как в уже устоявшихся позициях, закрепленных в действующих нормативно-правовых актах, так и в относительно недавно введенных новеллах регулирования. Автором определены основные направления совершенствования регламентации перевозок пассажиров и багажа, прежде всего с помощью надлежащего учета взаимодействия международно-правового и национально-правового регулирования договорных отношений по международной перевозке пассажиров и багажа.

Содержательное структурирование материала учебного пособия отражает не только понимание автором целей и задач исследования, но и аналитическое и творческое осмысление темы исследования и круга существенных проблем. Учебное пособие состоит из введения, пяти глав, заключения, а также библиографического перечня литературы, использованной при написании работы.

В первой главе учебного пособия рассматриваются источники правового регулирования международных перевозок пассажиров и багажа. Автор анализирует международные соглашения и национально-правовые акты как взаимосвязанные и взаимодействующие источники правового регулирования международной перевозки пассажиров на различных видах транспорта. Нормативно-правовая основа регулирования международных перевозок пассажиров и багажа анализируется в контексте систем правового регулирования международных перевозок пассажиров и багажа на морском, воздушном, автомобильном, железнодорожном транспорте. По каждому из обозначенных видов перевозок особое внимание уделяется вопросам коллизионного регулирования.

Так, автор отмечает, что для международного частного морского права «характерно видоизменение общих коллизионных начал, их трансформация в специальные: закон порта отправления — вместо закона места заключения договора, закон места стол-

кновения судов — вместо закона совершения правонарушения, а наиболее важными коллизионными принципами являются принцип автономии воли, закон флага и закон суда» (с. 10). В правовом регулировании международных воздушных перевозок пассажиров и багажа наибольшее практическое значение, по мнению автора, имеют такие коллизионные привязки, как закон страны отправления, закон перевозчика, закон суда, закон флага (с. 24).

«Международная автомобильная перевозка пассажиров понимается автором как перевозка пассажиров автотранспортным средством на основе международного договора, при которой пункт отправления находится на территории одного государства, а пункт назначения — на территории другого, а также перевозки транзитом» (с. 25). Коллизионное регулирование международных автомобильных перевозок пассажиров и багажа предусматривает применение общих и специальных коллизионных норм: автономия воли, закон суда, закон страны отправления, закон перевозчика (общие); закон места нахождения главного управления предприятия ответчика, закон места нахождения конторы, заключившей договор (специальные). Рассматривая специфику организации международных железнодорожных сообщений, автор заключает, что практическое значение в регулировании коллизионных вопросов международной железнодорожной перевозки пассажиров и багажа имеют такие коллизионные привязки, как закон страны отправления, закон перевозчика и закон суда.

Во второй главе анализируется понятие международной перевозки пассажиров и багажа, рассматриваются различные виды международных перевозок пассажиров и багажа. Автор полагает, что «под международной перевозкой пассажира и багажа следует понимать такой вид перевозки, при которой в соответствии с договором пункт отправления пассажира и пункт назначения расположены в двух государствах, либо в одном государстве в том случае, если промежуточный пункт (пункты) находится в другом государстве». При этом справедливо отмечается, «что приведенное определение применимо только для части международных перевозок, хотя и достаточно значительной» (с. 42–43).

Автором предлагаются и последовательно рассматриваются различные критерии классификации международной перевозки пассажира и багажа. Отмечается, что «международные перевозки пассажиров и багажа обладают разнообразными признаками и особенностями, связанными со спецификой видов транспорта, осуществляющих перевозку, видами транспортных документов, составляемых при заключении договоров перевозки, систематичностью выполнения перевозок, завершением перевозки в соответствующем государстве и рядом других особенностей» (с. 43). Интересным является обращение автора диссертационного исследования к сравнительно-правовому анализу договора пассажирской перевозки и договора фрахтования для потребительских целей.

Третья глава посвящена исследованию правовой природы договора международной перевозки пассажиров и багажа. «Характеризуя договор перевозки вообще и договор международной перевозки пассажира и багажа, в частности, зарубежная литература обычно ограничивается оценкой отдельных его правовых свойств, причем не всегда наиболее принципиальных. Представители континентального права уделяют особое внимание возможности квалификации договора перевозки в качестве консенсуального или реального, юристы англо-американской школы занимаются выяснением возможности рассматривать договор перевозки в качестве разновидности зависимого держания (*bailment*). Несколько далее идет только Р. Родьер, который признает предметом договора перевозки деятельность по перемещению и анализирует содержание этой деятельности и ее влияние на правовые особенности договора перевозки» (с. 54).

Автор разграничивает договор международной перевозки багажа и договор международной перевозки пассажира и последовательно исследует понятие, содержание, форму и порядок заключения этих договоров в сравнительно-правовом контексте. Особенности отношений по международной перевозке пассажиров и багажа на различных видах транспорта закреплены в международных конвенционных нормах и во внутригосударственном праве, что является определяющим для содержания договорных отношений и усложняет систему регламентации правоотношения сторон.

Помимо этого автор указывает, что для исполнения договора международной перевозки пассажиров и багажа необходимы не только активные действия перевозчика, но и самого пассажира (оформление визы; прохождение таможенных формальностей; устранение факторов, которые могут являться препятствием к выезду лица за границу; оформление разрешения на вывоз детей и т.д.). Без данных документов или подтверждения определенных фактов осуществление перевозки пассажира невозможно. В этом, в частности, находит проявление публично-правовой аспект регулирования данного договора.

Кроме того, в качестве вывода автор подчеркивает, что международные договоры предоставляют пассажиру возможность с учетом меняющейся ситуации корректировать условия договора, внося в него необходимые изменения. Так, в частности, это проявляется в реализации права на поездку в более комфортных условиях (право заменить место, указанное в билете на место более высокого класса); в возможности воспользоваться договором лишь частично (прекратить поездку до ее окончания), прервать, а затем возобновить поездку (в связи с болезнью, по личным мотивам) или расторгнуть договор, как по личным мотивам, так и в связи с ненадлежащим исполнением перевозчиком своих обязанностей.

Следует отметить отдельное рассмотрение автором договора международной перевозки багажа, его правовой природы, содержания, формы договора, момента начала исполнения и ответственности сторон за его неисполнение или ненадлежащее исполнение.

Учитывая, что не все вопросы в области международных перевозок получили материальное регулирование, А.С. Касаткина выделила те коллизионные привязки, которые направлены на восполнение лагун: «закон места отправления (багажа, пассажиров); закон дороги следования; закон места назначения; закон флага, закон суда, закон страны происхождения, закон страны заключения договора, закон юридического лица (перевозчика)» (с. 93). При этом автор подчеркивает, что «в тех случаях, когда ни указанные коллизионные принципы, ни международные унифицированные акты не могут урегулировать ряд вопросов, возникающих в связи с осуществлением международной перевозки пассажиров, они решаются в соответствии с внутренними коллизионными нормами суда, рассматривающего дело по существу» (с. 104).

Четвертая глава посвящена рассмотрению современных тенденций в области правового регулирования международных мультимодальных перевозок. Как справедливо отмечает автор, «международную мультимодальную перевозку принято определять как перевозку с использованием нескольких видов транспорта, выполняемую под ответственностью одного перевозчика по единому транспортному документу и по единой сквозной ставке. На сегодняшний день в экономической и юридической литературе такую перевозку нередко называют «комбинированной», «смешанной», «интермодальной». Данная терминологическая путаница создает ряд трудностей сторонам перевозки и правоприменителю. Кроме того, не существует единого подхода к определению самой

мультимодальной перевозки, что во многом объясняет отсутствие императивного закрепления данного института в законодательстве многих государств и общепринятого провозглашения на международном уровне» (с. 105).

В настоящей главе с помощью сравнительно-правового метода исследования автором проведен детальный анализ норм основных международных договоров и норм национального законодательства, регулирующих перевозки данного вида.

В пятой главе учебного пособия анализируются вопросы ответственности перевозчика применительно к международным перевозкам пассажиров на различных видах транспорта и ответственности перевозчика при перевозке багажа на различных видах транспорта. Указанные вопросы рассматриваются на основе международных конвенционных норм, определяющих ответственность перевозчика, закрепляющих основания возникновения ответственности при перевозке пассажира и багажа на различных видах транспорта. Логичным является рассмотрение автором мер ответственности на различных видах транспорта, применяемых к перевозчику для защиты нарушенных прав пассажиров. Судебные формы защиты прав пассажира применительно к исполнению договора международной перевозки пассажиров и багажа рассматриваются автором в контексте анализа мер ответственности на различных видах транспорта, применяемых к перевозчику для защиты нарушенных прав пассажира. В работе верно отмечено, что пассажир вправе обращаться к следующим способам защиты субъективных гражданских прав: самозащита (предъявление претензии), возмещение убытков, взыскание неустойки, изменение или прекращение правоотношения, компенсация морального вреда, признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления.

Особенно отметим выделенную автором тенденцию, что «проблема ответственности перевозчика, несмотря на интенсификацию ее международного и национального правового регулирования, была и остается самой сложной и до конца не разрешенной. Это подтверждается тем фактом, что ответственность транспортных организаций напрямую затрагивает интересы пассажиров. Чем выше ответственность перевозчика, тем увереннее чувствуют себя пассажиры и наоборот. Поэтому международно-правовое регулирование ответственности перевозчика должно обеспечивать решение двух важных задач: во-первых, давать достаточную защиту лицам, т.е. пассажирам, пользующимся услугами транспорта и, во-вторых, стимулировать перевозчика к надлежащей организации транспортного процесса, а не порождать для него чрезмерных финансовых трудностей» (с. 136).

К достоинствам учебного пособия следует отнести то, что автором выявлены основные проблемы понятийного аппарата, относящегося к договору международной перевозки пассажира и багажа, которые существуют в рамках соответствующих разделов гражданского права и МЧП; проанализированы сущность, отличительные признаки формы и содержания договора международной перевозки пассажира и багажа с позиции МЧП; проанализировано коллизионное и материальное регулирование международных пассажирских перевозок, а также рассмотрены вопросы ответственности и способы защиты прав пассажира при международных перевозках пассажира и багажа.

Особого внимания заслуживает оценка автором коллизионно-правовых норм в области международных перевозок. Учитывая, что не все вопросы в области международных перевозок получили адекватное материальное регулирование, автором выделяются те коллизионные принципы, которые восполняют соответствующие «пробелы». К ним, в частности, относятся: закон места отправления (багажа, пассажиров); закон дороги

следования; закон места назначения; закон флага и др. Широкое распространение в области международных перевозок получил коллизионный принцип *lex fori*, являющийся своеобразным «спасательным кругом» при регулировании любых правоотношений. Применение *lex fori* обусловлено не только национальным законодательством или правоприменительной практикой государств, но и его закреплением в соответствующих международных конвенциях.

Таким образом, автор отмечает, что специфика международных перевозок порождает трудности в определении применимого права и установлении юрисдикции. В основном данные вопросы регулируются посредством унификации материальных норм международных конвенций, что, однако, не исключает и ряда коллизионных вопросов. Национальное законодательство большинства государств не содержит специальных коллизионных привязок в сфере международных пассажирских перевозок, поэтому применяются общие коллизионные начала, упомянутые выше: закон страны отправления, закон страны прибытия, закон страны заключения договора, закон юридического лица (перевозчика), закон флага, закон страны происхождения, закон суда.

По рассматриваемому учебному пособию хотелось бы сделать несколько замечаний. При исследовании правового положения пассажира многие специалисты обращают внимание на отсутствие в большинстве стран конкретизирующих международные соглашения и национальные акты положений, которые обязывали бы перевозчиков лучше соблюдать свои обязанности, особенно в сфере предоставления необходимой информации, которая объективно способствовала бы защите интересов пассажиров. В связи с этим хотелось бы большей конкретики от автора учебного пособия: как современное национально-правовое регулирование отзывается на проблему, касающуюся оценки статуса физического лица как слабой стороны цивилистических отношений?

Автор анализирует международные железнодорожные перевозки, обращаясь к международным договорам СМПС и КОТИФ (с. 32–33). Россия участвует и в КОТИФ, и в СМПС, соответственно, закономерен вопрос о соотношении этих договоров и обязательств, вытекающих для России. К сожалению, этот вопрос остался за пределами учебного пособия, хотя КОТИФ регулирует наиболее важные вопросы международной перевозки, создает унифицированную систему перевозки пассажиров, багажа и грузов в прямом международном сообщении и в смешанных сообщениях с использованием железнодорожных, речных и морских видов транспорта.

Целесообразно было бы дополнить учебное пособие обобщенной характеристикой международных перевозок пассажиров и багажа независимо от видов транспорта: презумпция вины перевозчика, нормативное ограничение пределов ответственности перевозчика, определение стоимости ущерба в расчетных единицах, сокращенные сроки исковой давности, претензионный порядок урегулирования споров и др. Такое обобщение можно было бы включить в раздел, связанный с анализом нормативно-правовой основы регулирования организации международных пассажирских перевозок.

В учебном пособии подробно анализируются вопросы ответственности перевозчика. Было бы интересно узнать позицию автора относительно необходимости внесения изменений в действующие законодательные акты относительно СПЗ, поскольку эта расчетная единица закрепляется в целом ряде международных договоров и связана с международными перевозками любым видом транспорта. Речь идет о доктринальных предложениях по переводу «золотых валют» международных транспортных конвенций, в которых участвует РФ, в эквивалентную сумму СПЗ и закреплением порядка перевода СПЗ в национальную валюту.

Отмеченные недостатки не умаляют общего высокого профессионального уровня учебного пособия. Аргументация изложенных в работе выводов базируется на современных исследованиях российских и зарубежных ученых в области теории международного частного права, положениях гражданского, транспортного, предпринимательского и иных отраслей права. Автором были изучены, проанализированы и интерпретированы применительно к предмету исследования многочисленные монографические, диссертационные, учебные данные о современном состоянии международного транспортного права и его основных институтов, о чем свидетельствует обширная база материала, приведенного в сносках к тексту работы.

Учебное пособие А.С. Касаткиной представляет интерес для преподавателей, студентов, научных работников, юристов-практиков и всех, кто интересуется вопросами международного транспортного права. Учебное пособие будет полезно и широкому кругу читателей, интересующихся проблемами правового регулирования международных отношений частного правового характера, связанных с договором международной перевозки пассажира и багажа на различных видах транспорта.

Данное учебное пособие — это своевременный и современный, содержательный, необходимый учебный источник «нового поколения» для подготовки будущих юристов, основа для формирования отечественной учебно-методической специализированной отраслевой юридической литературы.

International Transportation of Passengers and Goods Modern Legal Regulation



Maria V. Mazhorina

Associate Professor, Department of International Private Law, Kutafin Moscow State Law University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 9 Sadovaya-Kudrinskaya Str., Moscow 123286, Russian Federation.



Abstract

Review of the book by Kasatkina A.S. Treaty about Transportation of Passengers and Goods. Textbook (2014). Moscow, Urlitinform, 176 p.



Keywords

International transportation of passengers and goods, treaties, international private law, international agreements, international multimodal transportation, collision principles

Citation: Mazhorina M.V. (2015) International Transportation of Passengers and Goods: Modern Legal Regulation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 238–244 (in Russian).

Журнал учрежден в качестве печатного органа Национального исследовательского университета «Высшей школы экономики» с целью расширения участия НИУ ВШЭ в развитии правовой науки, в совершенствовании юридического образования.

Главные задачи:

- стимулирование научных дискуссий
- опубликование материалов по наиболее актуальным вопросам права
- содействие реформе юридического образования, развитию образовательного процесса, в том числе разработке новых образовательных курсов
- укрепление взаимодействия между учебными и научными подразделениями НИУ ВШЭ
- участие в расширении сотрудничества российских и зарубежных ученых-юристов и преподавателей
- вовлечение молодых ученых и преподавателей в научную жизнь и профессиональное сообщество
- организация круглых столов, конференций, чтений и иных мероприятий

Основные темы:

Правовая мысль (история и современность)
Портреты ученых-юристов
Российское право: состояние, перспективы, комментарии
Судебная практика
Право в современном мире
Реформа юридического образования
Научная жизнь
Дискуссионный клуб
Рецензии

Журнал рассчитан на преподавателей вузов, аспирантов, научных работников, экспертное сообщество, практикующих юристов, а также на широкий круг читателей, интересующихся современным правом и его взаимодействием с экономикой.

«Право. Журнал Высшей школы экономики» включен в перечень ведущих российских рецензируемых научных журналов и изданий, рекомендованных Высшей аттестационной комиссией Минобрнауки России для публикации основных научных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора и кандидата наук по направлению «Юриспруденция».

Журнал выходит раз в квартал и распространяется в России, странах СНГ и дальнего зарубежья.

АВТОРАМ

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

Статья представляется в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212
Рукописи не возвращаются.

Объем статьи

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Название статьи

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

Сведения об авторах

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

Аннотация

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

Сведения, содержащиеся в заглавии статьи, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

Исторические справки, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

Ключевые слова

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

Сноски

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

Тематическая рубрика

Обязательно — код международной классификации JEL.

Список литературы

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-59798 от 07 ноября 2014 г.
выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 15.06.2015. Формат 70×100/16
Усл. печ. л. 14,0. Тираж 600 экз.

Для заметок
