

# Право

## Учредитель

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

## Редакционный совет

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

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

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

## Адрес редакции

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

## Адрес издателя и распространителя

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

© НИУ ВШЭ, 2017

## ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ

# 2/2017



ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

### Правовая мысль: история и современность

#### С.А. Сеницын

Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии ..... 4

#### И.А. Кузьмин

Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования ..... 18

#### Ф.Б. Гребенкин, Л.К. Савюк

И.А. Ильин о насилии и различных формах принудительного воздействия ..... 30

### Российское право: состояние, перспективы, комментарии

#### О.В. Гутников

Деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые: основные идеи и результаты реформирования Гражданского Кодекса Российской Федерации ..... 48

#### А.И. Фридман

Понятие инвестиционного фонда и инвестиционного юридического лица ..... 68

#### М.С. Кривогин

Особенности правового регулирования биометрических персональных данных ..... 80

#### А.Я. Петров

Ответственность по трудовому праву России: о новой концепции института ..... 90

#### Д.Е. Зайков

Противодействие nepотизму в трудовых отношениях: правовое регулирование и проблемы правоприменения ..... 102

#### E. Gerasimova, T. Korshunova, D. Chernyaeva

New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development ..... 116

#### И.Ф. Амельчаков

Концепция административно-правового статуса полиции в современной России ..... 130

#### И.И. Нагорная

Жестокое обращение с ребенком как оценочное уголовно-правовое понятие ..... 142

#### А.С. Шаталов

Алгоритмизация и программирование расследования преступлений в системе криминалистической методики ..... 155

#### С.Ю. Казаченко

Имплементация принципов международного коммерческого арбитража в российское законодательство о третейских судах ..... 173

### Право в современном мире

#### Ю.С. Ромашев, Н.В. Остроухов

Практика как основа формирования международного обычая ..... 186

#### Н.Ю. Ерпылева, Д.М. Максимов

Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: национальное и региональное измерение ..... 200

#### Д.С. Боклан

Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация: соотношение правовых режимов ..... 223

#### Т.Н. Трошкина

Администрирование таможенных платежей в государствах-членах ЕАЭС: вопросы правового регулирования ..... 237

# Law

## JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

### Publisher

National Research  
University Higher School  
of Economics



ISSUED QUARTERLY

### Editorial Council

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

### Editorial Board

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

### Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya  
(HSE, Russian Federation)

### Address:

3 Bolshoy Triokhsviatitelsky Per.,  
Moscow 109028, Russia

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

### Legal Thought: History and Modernity

|   |    |
|---|----|
| <b>S.A. Synitsyn</b><br>Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law .....         | 4  |
| <b>I.A. Kuzmin</b><br>Formal Legal Method as a Part of Comparative Studies Methodology .....              | 18 |
| <b>F.B. Grebenkin, L.K. Savyuk</b><br>I.A. Ilyin on Violence and Different Forms of Forced Exposure ..... | 30 |

### Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

|  |     |
|--|-----|
| <b>O.V. Gutnikov</b><br>Division of Invalid Transactions into Null and Voidable in Civil Law:<br>Ideas and Results of the Russian Civil Code Reform .....  | 48  |
| <b>A.I. Fridman</b><br>Concepts of Investment Fund and Investment Legal Entity .....   | 68  |
| <b>M.S. Krivogin</b><br>Peculiarities of Legal Regulating Biometric Personal Data .....  | 80  |
| <b>A.Y. Petrov</b><br>Liability under Russian Labour Law: New Concept of the Institute .....   | 90  |
| <b>D.E. Zaykov</b><br>Combating Nepotism in Labour Relations: Legal Regulation and Enforcement .....   | 102 |
| <b>E. Gerasimova, T. Korshunova, D. Chernyaeva</b><br>New Russian Legislation on Employment of Teleworkers:<br>Comparative Assessment and Implications for Future Development (in English) ..... | 116 |
| <b>I.F. Amelchakov</b><br>Conception of Administrative and Legal Status of Police Forces<br>in Modern Russia .....   | 130 |
| <b>I. I. Nagornaya</b><br>Child Abuse as Estimating Concept of Criminal Law .....  | 142 |
| <b>A.S. Shatalov</b><br>Algorithmization and Programming of Investigation in the Criminalistics<br>Methodology .....   | 155 |
| <b>S.Yu. Kazachenok</b><br>Implementing International Commercial Arbitration Principles in the Russian<br>Legislation .....  | 173 |

### Law in the Modern World

|   |     |
|---|-----|
| <b>Yu.S. Romashev, N.V. Ostroukhov</b><br>Practice as a Basis of Forming International Custom .....                                 | 186 |
| <b>N.Yu. Erpyleva, D.M. Maksimov</b><br>Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: National and Regional<br>Dimensions ..... | 200 |
| <b>D.S. Boklan</b><br>Eurasian Economic Union and World Trade Organization: Interrelation of Legal<br>Regimes .....                 | 223 |
| <b>T.N. Troshkina</b><br>Legal Regulation of Administering Customs Payments in EAEU States .....                                    | 237 |

---

# Law JOURNAL OF THE HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS

ISSUED QUARTERLY

---

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

**The objectives of the journal include:**

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

**The following key issues are addressed:**

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

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

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

# Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии

 **С.А. Сеницын**

ведущий научный сотрудник Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, кандидат юридических наук: 117218, Российская Федерация, Москва, ул. Б. Черемушкинская, 34. E-mail: SynSS@mail.ru , civil@izak.ru

## Аннотация

Отставание правового регулирования от темпов социально-экономического развития явилось одним из факторов, обусловившим появление и широкое распространение нового направления исследований правовых институтов с позиций экономической обусловленности права, отличающегося радикальными подходами и нигилистическими оценками традиционной юридической методологии исследований, накопленной за несколько столетий научными школами различных правовых систем. Экономическим анализом права сами правовые институты восприняты по большей части как «экономический утиль» или технический инструмент, эффективность и полезность которого должны проверяться только экономическими категориями. При этом отсутствуют ответы на вопросы о причинах, по которым только экономика, но не право должна рассматриваться как глобальная система оценки всех социальных явлений (мера всего). Следует разобраться с тем, является ли экономический анализ права новым методом исследования права или только идеологией, смена вывесок в которой может оправдать в один и тот же момент диаметрально противоположные точки зрения. Нельзя сказать, что экономический анализ права получил распространение только в англо-американском праве — сегодня он активно используется в лоббистской деятельности в континентально-европейском праве через деятельность авторитетных международных финансовых организаций. Его влияние было замечено и при реформе германского обязательственного права в 2002 г. Нередко при разрешении споров суды опираются не только на действующее законодательство, но и на подходы экономического анализа права. Вызовы времени диктуют настоятельную необходимость исследовать и критически оценить полноту и эффективность подходов экономического анализа права и их влияние на правовую систему и доктрину, а также риски, связанные с абсолютизацией значения экономического анализа для правового регулирования и научных исследований. Любое отрицание метода оценки и регулирования не может быть огульным, требует тщательного исследования назначения и сферы действия. Не обнаруживается никаких оснований считать подходы экономического анализа права альтернативой методологии цивилистических исследований или определяющим вектором законотворческого процесса. Это не мешает использовать его наработки для оценки регулирующего воздействия нормативно-правовых актов.

## Ключевые слова

экономический анализ права, методология, цивилистика, толкование права, экономика и право, эффективность права, цели и методы права, законотворческий процесс.

Библиографическое описание: Сеницын С.А. Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 4–17.

JEL: R1; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.17

В современных исследованиях по гражданскому праву активно обсуждаются место и значение концепции экономического анализа права в законотворческом процессе, правоприменительной практике и доктрине. Это делает актуальной постановку и исследование вопросов о приемлемости и формах возможного адекватного использования наработок этого направления в целях совершенствования гражданского законодательства, повышения эффективности правоприменительной практики, расширения арсенала цивилистических исследований новыми алгоритмами.

## **Подходы к экономическому анализу и проблемы его восприятия в современном гражданском праве**

По своему содержанию экономический анализ права основывается на внушительном объеме эконометрических данных и специфической терминологии, задающей координаты исследований и восприятия юридических институтов, которые проверяются и оцениваются с точки зрения оптимальности и рациональности выбора варианта поведения субъекта, эффективности и экономической целесообразности. Экономический анализ права направлен на модификацию юридического мировоззрения, на отступление от буквы закона и чаще всего позиционируется его сторонниками как «ключ к лучшему праву» во всех правовых системах. При этом среди сторонников этого направления не наблюдается единства в понимании и изложении ключевых и основополагающих категорий, что является одной из отличительных черт науки в сравнении с идеологией: система институтов, принципов, понятий.

Экономический анализ права может рассматриваться в двух принципиально различных формах: позитивной (исследуются закономерности взаимодействия права и экономики — в этом случае экономический анализ права может рассматриваться как междотраслевой научный метод исследования) и нормативной (используется экономически и политически господствующими классами, лоббистами и агентами иностранного влияния как средство изменения законодательства в сугубо экономических целях часто для разового применения нормы под лозунгами — «рост экономического благосостояния как цель права»). Важно понимать, что потенциал нормативной функции экономического анализа права опасен и тем, что позволяет пренебречь или отступить от норм права, утративших свою экономическую полезность, еще до их официальной отмены, что полностью нивелирует значение права как регулятора общественных отношений.

Широкое обсуждение востребованности и уместности экономического анализа права для современной российской правовой доктрины и гражданского законодательства отличается категоричностью выводов как сторонников, так и противников этой концепции. Примечательно, что в большинстве своем (исключением является далее цитируемая монография А.Г. Карапетова) такие суждения основываются на выборочном и часто повторяющемся цитировании одних и тех же работ с незначительным, часто вкусовым перефразированием аргументов с уклоном в сторону англо-американского правосознания, сконцентрированного на примате экономического анализа права, что, впрочем, нисколько не мешает авторам приходиться к принципиально различным выводам. В одном случае без какого-либо анализа вопроса в правовых системах современности делается вывод об «уничтожении самой доктрины российского права за счет внедрения теории экономического анализа права»<sup>1</sup>, в другом на базе только англо-американского

<sup>1</sup> Курбанов А.А. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС «Гарант».

риканских подходов утверждается, что экономический анализ права давно стал «мейн-стримом в западных правовых порядках, однако у нас он только пробивает себе дорогу»<sup>2</sup>. В отдельных случаях трудно понять, какое значение, кроме воспевания подходов предпринимательского права, вкладывают авторы в понимание новых методологически значимых актуальных направлений цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права<sup>3</sup>.

Едва ли верно утверждение, что экономический анализ права является детищем только англо-американского права и никак не воспринят гражданским правом континентальной Европы, в котором можно встретить плюрализм мнений на этот счет. Достаточно сказать, что в базовых курсах австрийского гражданского права экономический анализ права рассматривается в разделе метода гражданского права, где, во-первых, обращается внимание на общеизвестные факты, что наука об экономическом анализе права делает основной акцент на понятии об экономической эффективности (под ней понимается экономически оправданное распределение (выделение) ресурсов и минимизация операционных расходов), но, во-вторых, признается, что «экономические аспекты также принимаются во внимание и могут сыграть существенную роль в вопросе допустимости притязаний при взаимных притязаниях, а также являться ориентиром для принятия одного из формально допустимых решений и его аргументации (*вероятно, на стадии правоприменения и реализации права.* — С.С.)<sup>4</sup>. Германские цивилисты также видели рациональное зерно во взаимодействии цивилистики и экономического анализа права, считая необходимым ориентировать новое направление как социально-экономический анализ права. В частности, было отмечено, что именно осознание экономических последствий вынудило законодателя урегулировать вопросы о распределении прав и обязанностей, трансакционных издержек и рисков между участниками сделки, разделить и дифференцировать размеры и условия ответственности с возложением бремени доказывания на профессионального участника оборота-предпринимателя с оставлением на случай спора непредпринимателю больших гарантий и прав (притязаний) в сравнении с предпринимателем. Также утверждается, что в целом экономический анализ пригоден для оценки рациональности поведения участников гражданских правоотношений<sup>5</sup>.

Не отвергает значимости экономического анализа для обязательственного права и К. Ларенц, который одновременно с этим обращает внимание на разновекторную интерпретацию целей регулирования юридического метода и экономического анализа права: «Создана модель, достойная обсуждения в плане экономического благосостояния, которая, в частности, подчеркивает, что правовое регулирование и правовые институты основываются не только на исторической традиции, систематике понятий и жестких догматических постулатах, но выполняют также экономические функции и могут быть подвергнуты проверке на пригодность для выполнения этих функций. Слабые стороны экономического анализа права, однако, заключаются в том, что он ориентирован исключительно на аспекты экономической целесообразности, не придавая самостоятельного значения другим пра-

<sup>2</sup> Степанов Д.И. Спрос на право и диспозитивность регулирования: экономический анализ права // Вестник экономического правосудия. 2016. № 6. С. 65–124.

<sup>3</sup> Барков А.В. О некоторых актуальных направлениях цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права / Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник статей. М., 2016. С. 7–13.

<sup>4</sup> Koziol H., Welser R. Grundriss des Buergerlichen Rechts. Wien, 1996. Bd. 1. S. 21–22.

<sup>5</sup> Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989. S. 33–37.

новым ценностям, таким как социальная защищенность, правовая охрана и основополагающие правовые ценности обычаев, будучи не в состоянии достоверно их оценить. Таким образом, функционирование общественной формации сводится к экономической системе, в то время как системы, основывающиеся на иных принципах (*собственно правовая система*. — С.С.), не рассматриваются во всех своих взаимозависимостях.

Кроме того, экономический анализ имеет слишком много допущений, например, разрабатывая абстрактные решения там, где отсутствуют реальные рыночные результаты. За счет этого снижаются достоверность и объективность полученных научно-исследовательским путем результатов и оказывается невозможным обоснование защиты интересов наиболее экономически слабых субъектов»<sup>6</sup>. Комментаторы ГГУ ФРГ отмечают, что истечение сроков давности по обязательственным правам рассматривалось как «ключевая экономическая часть» модернизации обязательственного права при его реформе, которая оказала существенное влияние на установление специальных сроков исковой давности применительно к конкретным исковым требованиям<sup>7</sup>. В курсе теории частного права подробно анализируются отдельные подходы инструментария экономического анализа права на предмет его пригодности для современной юриспруденции<sup>8</sup>, а в специальных исследованиях по юридической методологии плюсы и минусы методологии экономического анализа права излагаются как особенности англо-американской правовой доктрины<sup>9</sup>, что, как представляется, не может являться основой-доказательством в пользу безоговорочного отрицания наработок экономического анализа в части расширения мировоззрения юриста, например, в аспекте оценки соотношения буквы и духа закона. Также необходимо помнить, что отдельные подходы концепции экономического анализа права требуют проверки и адаптации к нуждам юриспруденции как продукт научного знания и не всегда как бездоказательный идеологический стереотип. Неоднородность взглядов ученых на место и значение экономического анализа права свидетельствует о неуниверсальности и колебаниях юристов в оценке его подходов.

Опрометчивы надежды, абсолютизирующие значимость экономического анализа права в юриспруденции. В настоящий момент нет никаких оснований считать, что концепция экономического анализа права может рассматриваться как аналог или альтернатива цивилистической методологии ни сегодня, ни в перспективе, что, впрочем, не свидетельствует и о принципиальной невозможности использования наработок концепции экономического анализа права как вспомогательных средств в изучении граней взаимосвязи экономики и частного права.

## **Взаимосвязь права и экономики в цивилистических исследованиях: опыт и современность**

Ни в значении цели, ни метода экономический анализ права не был известен отечественной доктрине гражданского права, но институты гражданского права традиционно рассматривались учеными с опорой и во взаимосвязи с их экономической основой.

<sup>6</sup> Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004. S. 79–80.

<sup>7</sup> Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 997.

<sup>8</sup> См.: Privatrechtstheorie / herausg. S. Grudmann, H-W. Micklitz, M. Renner. Tübingen, 2015. Bd. 1. S. 167–194.

<sup>9</sup> См.: Hager G. Rechtsmethoden in Europa. Tübingen, 2009. S. 60–76.

На рубеже тысячелетий в качестве прогноза и будущих направлений науки частного права учеными было отмечено, что «римляне создали юридическую статику... а требованиями будущего является юридическая динамика» — социальная, техническая и экономическая жизнь ждет, «чтобы ее наконец-то поняли», для чего потребуются не менее столетия напряженной и глубочайшей работы нескольких поколений юристов<sup>10</sup>. Неудивительно, что столь емкие задачи и направления развития современного гражданского права (науки и законодательства) опасны своей безбрежностью и емкостью, которыми на деле могут быть оправданы любые подходы вплоть до полного отказа от правового регулирования и его замены средствами социальной, политической или экономической саморегуляции, в связи с чем радикальные новаторские подходы исследователей должны полагаться на глубокий и всесторонний анализ предлагаемых решений. В связи с этим оказываются полезными отдельные наработки теории права: «чисто юридический аспект исследования обедняет всестороннее познание», чем обосновывается полезность комплексных исследований и здесь же говорится о рациональном и взвешенном подходе к соотношению права и социально-экономических регуляторов — «экономика сама по себе не создает сознания, мировоззрения и соответствующего поведения индивида... прямое воздействие на сознание оказывается совокупностью моральных, политических и правовых норм»<sup>11</sup> — или о том, что игнорирование формальной определенности права в правоприменительной практике создает риск появления бесправия и произвола граждан перед государством<sup>12</sup>.

Не находится оснований, чтобы спорить с тем, что в социальной реальности право — явление не самодостаточное и не изолированное, его соотношение с иными социальными регуляторами находится в постоянном поле зрения исследователей, отдельные из которых отрицают ведущее значение экономики в регулировании гражданских правоотношений, ими обосновываются только две новеллизационные тенденции развития гражданского права — гуманизация и социализация — в связи с чем утверждается, что совершенствование гражданского законодательства должно связываться с идеями не экономической, а социальной эффективности<sup>13</sup>. Узость такого подхода точно так же чревата фрагментарностью суждений, как и восприятие картины правопонимания только через призму экономических отношений рынка.

Экономика и гражданское право взаимосвязаны как непосредственный объект (базис) и способ регулирования (надстройка) имущественных отношений, игнорирование этой связи создает существенный риск или правовой экзальтации, или огульного отторжения и девальвации правовых институтов идей экономической целесообразности. Поиск контуров их взаимоотношения непрерывен: именно состояние развития имущественных отношений в конкретный исторический период определяет приоритеты и темпы законодательного развития; в свою очередь право в зависимости от остроты и своевременности реакции на объективные запросы товарооборота может не только способствовать поступательному развитию имущественных отношений, но и искусственно тормозить экономическое развитие общества, создав тем самым благоприят-

<sup>10</sup> Алексеев С.С. Гражданское право в современную эпоху. М., 1999. С. 10.

<sup>11</sup> Керимов А.А. Философские основания политико-правовых исследований. М., 1986. С. 236, 243–244.

<sup>12</sup> Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 25–26.

<sup>13</sup> Богданов Е.В., Богданов Д.Е., Богданова Е.Е. Развитие гражданского права России. Тенденции, перспективы, проблемы. М., 2014. С. 12, 18.

ные условия для развития теневой экономики, спровоцировав отток инвестиций и их переориентацию в другие юрисдикции.

Достоверно оценить последствия применения гражданского закона для жизни общества, его полноту и эффективность невозможно исключительно при помощи только правовых средств, которые не могут быть поняты только из самих себя в аспекте их воздействия на регулируемые общественные отношения. При этом функционал средств правового регулирования различен и не ограничивается юридической техникой и достижением беспробельного и непротиворечивого законодательства, которое при этом может оказаться неактуальным. Важно помнить, что право устанавливает запреты и ограничения для субъектов права, а при регулировании договорных правоотношений распределяет риски между участниками договора, предусматривая правовые последствия для случаев неурегулированности ситуации в договоре в диспозитивных нормах закона. Ограниченное только правопониманием мировоззрение на протяжении долгого времени соответствовало рациональному мышлению юриста континентальной системы права, занятого в большей степени совершенствованием и структурированием правовой системы. В итоге это воспрепятствовало созданию в континентальном европейском праве синтетической модели правопонимания, сочетающей формально юридические и социально-экономические аспекты основы правосознания в междисциплинарных дискурсах и правовых структурах<sup>14</sup>.

Отечественный опыт регулирования гражданских правоотношений показывает, что главной направляющей силой смены парадигмы правового регулирования в конкретную историческую эпоху являются совсем не открытие оптимальности или, напротив, недостатков конкретной правовой конструкции (формы) правового регулирования, а политическая воля и непосредственно подстроенные под нее концепты экономического развития государства, требующие новых форм правового опосредования или их идеологического окраса. В этом смысле именно темп и уровень развития экономических отношений являются направляющей силой развития правового регулирования имущественных отношений, которое не должно быть косным, но и не может регулировать все многообразие гражданских правоотношений только диспозитивным методом, имея в виду, в первую очередь, интересы оборота. Соотношение гражданского права и регулируемых им актов товарообмена выглядит как соотношение субъективных правовых форм регулирования и объективного экономического закона развития общества, что можно подтвердить на конкретных примерах.

Именно экономико-политическими причинами был обусловлен антагонизм буржуазного и социалистического гражданского права в советский период в условиях беспрекословности марксистской установки о том, что правовые отношения «не могут быть поняты из самих себя», из чего с логической очевидностью следовало два возможных пути развития юридической науки: акцент только на экономические основы правового регулирования в конкретной формации либо поиск взаимодействия инструментов права и экономики.

Соответственно заданным политическим и идеологическим установкам цивилисты отмечали, что изучение обязательственного права капиталистических стран для советского гражданского права значимо лишь с точки зрения использования этих знаний в

<sup>14</sup> *Tretyakov S.V. Between Efficiency and Effectiveness // Rechtstheorie. 2015. No 46, S. 347–366; Tretyakov S.V. Economic Efficiency as a Model of the Social Context of Conceptualization of the Law // Working papers of the Research Program. Moscow, 2013. P. 1–9.*

советской внешнеторговой деятельности<sup>15</sup>, в то время как именно «революция открыла новые горизонты, перспективы развития гражданского, в частности, обязательственного права на новой, социалистической базе», сообразно чему в науке обосновывалось «внутреннее преобразование понятий обязательства и договора», констатировалась выработка «новых социалистических понятий обязательства и договора», где обязательство характеризовалось социалистическим характером производственных отношений, а в числе его «юридических признаков» называлась возмездность. Цели обязательства предлагалось искать «в общих целях советского государства»<sup>16</sup>, а совсем не в интересах его участников.

Аналогичное происходило и с регулированием права собственности, которое фактически уравнивалось с экономическим присвоением, а объектом права собственности выступали средства производства. Понятия производственных и имущественных отношений также фактически уравнивались — рудименты такого подхода сохранились в действующем законодательстве, которое выделяет открытый перечень форм собственности. При одобрении такого подхода, в итоге отвлекающего от основного предмета юридического исследования, с неизбежностью придется признать, что анализ правового регулирования формы экономических отношений пригоден только для конкретной формации, где право — это лишь средство отражения экономической реальности, что, в свою очередь, никак не может объяснить использование и модернизацию с учетом условий оборота одних и тех же правовых конструкций в различных формациях (право собственности, договор, институты наследственного права и т.д.).

Становится понятным, что отрицать взаимосвязь права и экономики в регулировании гражданских правоотношений бессмысленно; требуется найти конкретные основы взаимодействия базиса и надстройки, в противном случае юрист обречен на сугубо формальную оценку существующей структуры правоотношения при том, что именно развитие товарооборота диктует потребность в закреплении новых юридических форм и моделей в самом законодательстве. Теоретиками права было констатировано отсутствие адекватного описания социально-экономической обусловленности права, а только постулирование таковой юридической наукой<sup>17</sup>, что едва ли само по себе соответствует задачам юридической науки, хотя задолго до этого Е.Б. Пашуканисом были предложены меновая концепция и концепция правовой формы, а впоследствии С.Н. Братусь определил ближайшую задачу исследований выявлением и обоснованием зависимости норм права от уровня развития экономических отношений<sup>18</sup>. Наконец, глубоким методологически значимым исследованием соотношения правовой формы и экономических отношений явилось масштабное исследование С.И. Аскназия, который предложил свое видение интеграции правовой формы и экономического содержания, подчеркнув относительную самостоятельность надстройки, указал, что экономические отношения не исчерпывают сущности правовых институтов<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> См.: Май С.К. Очерк общей части буржуазного обязательственного права. М., 1953. С. 4.

<sup>16</sup> Новицкий И.Б., Луиц Л.А. Общее учение об обязательствах. М., 1950. С. 5, 23, 52, 56, 62.

<sup>17</sup> Денисов Ю.А., Спиридонов Л.И. Абстрактное и конкретное в советском правоведении. Л., 1987. С. 13, 65, 76–81.

<sup>18</sup> См.: Братусь С.Н. О некоторых вопросах соотношения экономики и права на современном этапе строительства коммунизма / Развитие марксистско-ленинской теории государства и права XXII съездом КПСС. М., 1963. С. 171.

<sup>19</sup> Аскназий С.И. Основные вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2002. С. 5.

Смысл гражданско-правового регулирования никогда не составлял задачи самопоглощения и самосозерцания, ученые всегда искали и обосновывали пути повышения эффективности правового регулирования в сфере экономики в условиях развития самих регулируемых отношений соответственно потребностям оборота, правопорядка и непосредственно навстречу интересам субъектов имущественных отношений<sup>20</sup>. Институты обязательственного права опосредуют акты товарооборота, в связи с чем О.С. Иоффе отметил, что обязательства независимо от их вида обладают «определенной как экономической, так и юридической общностью», что позволяет выделить общую часть обязательственного права, а также и положения об отдельных видах договорных обязательств по их цели и предмету<sup>21</sup>. М.И. Брагинским и В.В. Витрянским было замечено, что предусмотренная кодексом типизация договоров уже в первые годы его действия показалась «недостаточной для удовлетворения возросших потребностей рынка», которые гарантированы предусмотренной возможностью заключения непоименованных ГК РФ договоров, к которым будут применяться общие нормы обязательственного права<sup>22</sup>. Распределение рисков и бремени несения обязанностей между участниками обязательств, корпоративных и вещных правоотношений, а, тем более, между субъектами семейных и наследственных правоотношений в моделях правового регулирования осуществляется законодателем, в первую очередь, на основе правоохраняемых интересов и специфики гражданско-правового статуса субъектов гражданского права, но никак не с точки зрения только экономической эффективности и целесообразности распределения обязанностей на более экономически сильного участника.

Недооценка основополагающей, но в то же время паритетной связи правовой формы и уровня экономического развития общества влечет появление гибридных конструкций, природа которых остается неясной ни с позиций социально-экономических, ни юридических подходов. Так, в последних российских работах по обязательственному праву утверждается, что «гражданское правоотношение — это в некотором роде экономическое общение, взаимодействие по поводу экономических благ, имущественных выгод, знаний, удовольствий и т.п.»<sup>23</sup>. В этом же смысле через призму именно экономических предоставлений материальных благ, а не исполнения обязательств проводится деление обязанностей должника в договорном праве<sup>24</sup>. В другом случае под лозунгом «ограничение предмета исследования приводит к ограничению выводов» предлагается наконец преодолеть укрепившиеся в сознании стереотипы и, «выявив экономические основы формирования уставного капитала» заключить, что «уставный капитал в каждый момент времени — это сумма акций на лицевых счетах акционеров, включая акции, временно находящиеся в собственности эмитента, т.е. зачисленные на его казначейский счет»<sup>25</sup>. Одновременно забывают, что назначение уставного капитала реализуется не в формальных критериях распределения принадлежности акций/долей, а прежде всего в устойчивости и гласности имущественного статуса юридического лица, гарантирую-

<sup>20</sup> Яковлев В.Ф. Избранные труды. Гражданское право: история и современность. М., 2012. Т. II. Кн. 1. С. 583–584.

<sup>21</sup> Иоффе О.С. Общее учение об обязательствах / Избранные труды. СПб., 2004. Т. 3. С. 34.

<sup>22</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 2000. Кн. 1. С. 51.

<sup>23</sup> Сарбаи С.В. Элементарная догматика обязательств. М., 2017. С. 9.

<sup>24</sup> Договорное и обязательственное право / под ред. А.Г. Карапетова. М., 2017. С. 24–29.

<sup>25</sup> Глушецкий А.А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М., 2017. С. 4, 19.

щего хотя бы в минимальном размере законные интересы его кредиторов, в связи с чем вопрос о размере уставного капитала хозяйственных обществ для российского права без преувеличения приобретает острую значимость, не теряя актуальности.

Правовая система не находится в изоляции от социально-экономического развития. Недостаточность и ограниченность позитивистской концепции правопонимания очевидны даже при беглом обзоре складывающихся и обосновываемых в современной доктрине новелизационных тенденций развития гражданского права (гуманизации, социализации, необходимости экономико-правовой оценки в законопроектной работе), основанных на давно известных социологическим подходах в толковании и применении гражданских законов еще в XIX в., обоснованных концепцией Фукса или методом взвешивания интересов Штампе. Многие из них и сегодня не без успеха применяются при характеристике взаимосвязи социально-экономических отношений и формы их юридического опосредования, что требуется для эффективности самого правового регулирования.

Неразрывная связь права и социально-экономических отношений проявляет себя на этапах разработки законопроектов, толковании действующего закона, оценки регулирующего воздействия законодательства на объект регулирования — социально-экономические отношения. Даже выборочный анализ доктринальных подходов к толкованию источников гражданского законодательства показывает, что российская цивилистика не ограничивалась уяснением буквального смысла нормы в ее обособленном или систематическом рассмотрении, но вместе с тем постулируемым широким пониманием целей толкования создала условия для подгонки под общие понятия «справедливость» и «целесообразность» конкретного содержания, которое, разумеется, может быть различным, включая как экономические, так и любые социальные ориентиры.

Так, например, следуя идеям Е.В. Васьковского, судье придется улавливать соотношение между мыслью законодателя и формой ее выражения, блуждая в лабиринтах двусмысленности выражений и определений «воли», «мысли» законодателя, улавливая скрытое содержание нормы права, чему призвано способствовать не буквальное, а реальное толкование норм<sup>26</sup>, где установление воли законодателя понимается как «логическое развитие норм», ведущее к появлению новых квазинорм, которые созданы уже не законодателем, а правоприменителем, но, тем не менее, как указывается, являются общеобязательными для всех лиц, подпадающих под юрисдикцию государства<sup>27</sup>. Реальное толкование предполагает анализ «основания нормы» и ее внутренних данных (соотношение в развитии идей законодателя с реальными регулируемыми отношениями)<sup>28</sup>. Выводы, следующие из такого понимания, могут быть либо чрезмерно неопределенными, либо, напротив, зауженными, что, например, позволит счесть любую сохранную расписку прикрытием заемного обязательства. Кроме того, придется отвечать на совсем неудобные вопросы: зачем появилась норма, чьи и какие интересы ею защищаются, и, в конце концов, можно ли их ограничить или вовсе пренебречь такими интересами при применении нормы — универсальность и сила таких выводов отнюдь неочевидны.

Еще дальше идет А.В. Завадский, когда утверждает, что судье должна быть предоставлена максимальная возможность при толковании законов<sup>29</sup>. Особо следует сказать

<sup>26</sup> Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. М., 2002. С. 60, 62, 87, 91.

<sup>27</sup> Там же. С. 87.

<sup>28</sup> Васьковский Е.В. Указ. соч. С. 235, 296.

<sup>29</sup> Завадский А.В. К учению о толковании и применении гражданских законов. М., 2008. С. 235, 296.

о значимости оценки регулирующего воздействия<sup>30</sup> действующего законодательства на законотворческий процесс и непосредственное развитие социально-экономических отношений, которое может проявить себя не только в их стимулировании и поступательном развитии, но и повлечь гипертрофию, а в отдельных случаях — и консервацию, и даже замораживание регулируемых отношений.

## **Место экономического анализа права в цивилистической методологии**

Современному российскому праву широко известны категорические и часто взаимоисключающие утверждения, что право является искусством добра и справедливости, а не средством оптимизации экономических издержек бизнеса. Возникает вопрос, можно ли на этом основании безоговорочно и полностью отрицать вообще какое-либо значение экономического анализа для гражданского права? Пожалуй, можно, если экономический анализ права понимать только как смену идеи справедливости на идею экономической эффективности, или в том же радикальном духе утверждать, но отстаивая уже противоположную позицию, что «предмет юридической и экономической науки может частично совпадать», а «метод соединения в одно целое разнородных элементов будет представлять собой новый метод — метод агрегирования экономических и юридических методов познания как собственный метод «права и экономики». Это, как утверждается, позволяет цивилистике частично восполнить утраченный реализм, например, когда национальное законодательство отдельных правопорядков (ст. 1 SZGB) позволяет мотивировать решение судейским усмотрением, основанном только или преимущественно на экономической логике<sup>31</sup>.

Ограниченность применимости только экономического аспекта понимания урегулированных гражданским правом отношений проявляет себя при рассмотрении, например, неимущественных отношений. Можно ли и каким образом характеризовать их с позиций экономического анализа права? Затруднения при попытках формулировки положительного ответа на этот вопрос очевидны, что само по себе не позволяет говорить об универсальности концепции экономического анализа права.

Принципиальные сомнения вызывает анализ частного права только экономическим инструментарием по следующим обстоятельствам. Во-первых, закономерности развития рыночных отношений не могут поглотить правовые формы регулирования уже только потому, что методология экономического анализа права в основном опирается на критерии рациональности и оптимальности при выборе решения. Ограниченность такого подхода и его безоговорочная неприемлемость для права очевидны хотя бы из того, что применением такого подхода невозможно объяснить ряд установленных законом разнородных ограничений свободы волеизъявления субъектов гражданского права, которые обеспечены либо императивными нормами законодательства, либо установленными нормами-запретами и ограничениями свободы поведения правообладателей. При этом отказ от таких ограничений с точки зрения экономики окажется самым выгодным вариантом поведения заинтересованного лица, стремящегося к максимальному обогащению (запрет недобросовестного поведения, составы недействи-

<sup>30</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Регулирующее воздействие: методики и опыт. М., 2016. С. 10–12.

<sup>31</sup> Гаджиев Г.А. Е.В. Васильковский и современная цивилистическая методология // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 59–63.

тельных сделок, обязательная доля в наследстве, минимальный размер алиментов) или же специфику участия в имущественном обороте отдельных субъектов (например, некоммерческие организации).

В наиболее распространенных в гражданском обороте случаях именно потребитель гарантирован усиленными мерами защиты, несмотря на то, что при заключении договора с профессиональным предпринимателем он не вникает в суть договорных условий, никак не оценивая правовых последствий его заключения и исполнения, что не влияет на объем предоставленной ему законом правовой защиты. Такая ситуация не вписывается в рациональность и экономические стимулы поведения участников оборота, хотя сторонники широкого распространения экономического анализа права как раз приходят к выводу, что «экономический взгляд оценивает правовые нормы не столько с позиции адекватности их применения к какому-то уже произошедшему случаю, сколько с точки зрения их роли в качестве стимулов»<sup>32</sup>.

Кроме того, при оценке роли экономического мировоззрения как доминирующего при анализе права необходимо учитывать, что экономическая наука оказывается бесильной в прогнозировании финансовых коллапсов и кризисов на товарных, валютных и финансовых рынках, не может объяснить колебаний курсов национальных валют, оказывается способной только описать текущее состояние, но не прогнозировать развитие и конкурентоспособность национальных экономик и др. Едва ли методы и средства экономического анализа права потенциально способны гарантировать и реализовать мечту всех без исключений наций, государств и гражданских обществ о безбедном существовании и экономическом взлете. Верно и то, что аналитическая статистика экономических показателей и расчетов является неоспоримо важной математической функцией, которая не может рассматриваться как объяснение закономерностей общественного развития, выполняя только вспомогательную функцию в анализе текущего состояния и прогнозе будущего развития. Не лишне напомнить, что полезность концепции экономического анализа права не раз ставилась под сомнение в юридической науке в странах англо-американского права.

Чрезвычайно важно определиться с самим понятием и сферой действия метода экономического анализа права и понять, почему он непременно должен заменить собой опробованные столетиями методы юридических исследований. Представляется, ничто не препятствует субсидиарно использовать критерии и алгоритмы прогнозной оценки конкретных законодательных инициатив и последствий применения действующего законодательства с точки зрения комплексной юридической и социально-экономической оценки эффективности действующего законодательства. Важно понимать, в каких сферах гражданско-правового регулирования такая оценка обоснована и будет способствовать эффективности правоприменения и прогрессивного развития законодательства. Практикующие юристы согласятся с ущербностью правовой системы, где судьи, не понимая последствий выносимых ими решений, обеспокоены в большей степени перспективой оставления их в силе вышестоящими инстанциями, чем их экономическими последствиями для оборота в целом. Например, при снижении неустойки суд зачастую руководствуется собственными представлениями о достаточности и чрезмерности, огульно снижая неустойку вдвое или втрое, не затрудняясь при этом обоснованием шага снижения в принимаемом судебном акте или же не до конца учитывая последствия взыскания штрафных санкций с предпрятия, забывая, что в цивилизованном

---

<sup>32</sup> Каранетов А.Г. Экономический анализ права. М., 2016. С. 63.

обороте начисление штрафных санкций едва ли может рассматриваться как способ заработка кредитора.

Обращает на себя внимание и нарочитая острота ракурса постановки и рассмотрения вопроса. Совсем не обязательно насаживать и внедрять повсеместно самые отрицательные и уродливые черты экономического анализа права<sup>33</sup>: идеология экономического анализа права (хотя бы в части) может иметь рациональное зерно, состоящее не в разрушении и бесповоротном отказе от детализированного правового регулирования социально-экономических отношений посредством создания очередных каучуковых норм о примате экономических ценностей над правовыми нормами, а в обогащении инструментария цивилистической методологии новыми алгоритмами и методами научных исследований, тем более, что идеологи школы экономического анализа права говорят о задании масштабов разумного правотворчества. Остается определиться только с объемом и форматом такого взаимодействия.

Разумеется, не стоит ожидать, что взаимодействие права и экономики сиюминутно или в перспективе устранил неразрешимые противоречия в развитии общества, уравняет богатых и бедных, нивелирует противоречия между трудом и капиталом, но такое понимание проблем правового регулирования и правоприменения позволит расширить ракурс предмета исследований, усилить прогнозную оценку законодательных новелл и текущего состояния регулирования имущественных отношений в целом. Очевидны положительные примеры экономико-правовых оценок текущего состояния и перспектив правового регулирования. Именно взвешенное правопонимание в аспекте взаимосвязи правового регулирования и действительного экономического смысла актов товарооборота с их социально-экономическими последствиями для жизни всего общества позволили установить в национальных законодательствах повышенные меры охраны и гарантии сохранения ограниченных и невозполнимых природных ресурсов, вместе с тем отвечающих характеристикам объектов гражданских прав, явилось стимулом формулировки в национальных законодательствах норм о восстановлении корпоративного контроля как меры защиты нарушенных прав (само понятие корпоративного контроля изначально было обосновано экономистами, а не юристами). Аналогичным образом именно потребности экономической жизни в стимулировании добросовестной конкуренции на товарных и финансовых рынках и защите от недобросовестной конкуренции явились мощным стимулом развития конкурентного права и антимонопольных ограничений, хотя и здесь следует указать на бессодержательные нормы гражданского законодательства, которые отныне определяют аффилированность.

Изложенное позволяет прийти к выводу, что ни сегодня, ни в перспективе подходы экономического анализа права не могут рассматриваться в качестве альтернативы и направляющей силы правового регулирования, как и новеллизационного метода цивилистических исследований, что совсем не нивелирует ценности комплексных доктринальных исследований и значимости инструментов оценки регулирующего воздействия законодательства на экономику.

<sup>33</sup> В связи с этим нельзя согласиться с категоричными выводами, полагающими возможным «обосновывать необходимость познания правовых феноменов, исходя из экономических детерминант» (см.: Тимофеев Е.А. «Law and Economics»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дис... к.ю.н. Новгород, 2016. С. 12). Иногда без всяких на то оснований утверждается, что экономист (в отличие от юриста) мыслит категориями будущего (см.: Шмаков А.В. Экономический анализ права. Новосибирск, 2005. С. 13), а экономический анализ права занял едва ли не ведущее место в государственном строительстве (см.: Авдийский А.В. Экономический анализ права // Вестник финансового университета. 2012. № 2. С. 103).



## Библиография

- Барков А.В. О некоторых актуальных направлениях цивилистических исследований с учетом социализации экономики и права / Методологические проблемы цивилистических исследований: сборник статей. М.: Статут, 2016. С. 7–13.
- Гаджиев Г.А. Е.В. Васильковский и современная цивилистическая методология // Журнал российского права. 2016. № 8. С. 59–63.
- Глушецкий А.А. Уставный капитал: стереотипы и их преодоление. Экономический анализ норм корпоративного права. М.: Статут, 2017. С. 4, 19.
- Курбанов А.Я. Защита прав и законных интересов в условиях «модернизации» правовой системы России. М., 2013 // СПС «Гарант».
- Сарбаш С.В. Элементарная догматика обязательств. М.: Статут, 2017. С. 9.
- Степанов Д.И. Спрос на право и диспозитивность регулирования: экономический анализ права // Вестник экономического правосудия. 2016. № 6. С. 65–124.
- Тимофеев Е.А. «Law and Economics»: учение о праве и государстве в США в XX веке: дис... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2016. 181 с.
- Esser J., Schmidt E. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Heidelberg, 1989. S. 33–37.
- Hager G. Rechtsmethoden in Europa. Tübingen, 2009. S. 60–76.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB / herausg. M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann. Tübingen, 2003. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S. 997.
- Kozioł H., Welser R. Grundriss des Bürgerlichen Rechts. Wien, 1996. Bd. 1. S. 21–22.
- Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. München, 2004. S. 79–80.
- Privatrechtstheorie / herausg. S. Grudmann, H-W. Micklitz, M. Renner. Tübingen, 2015. Bd. 1. S. 167–194.
- Tretyakov S.V. Between Efficiency and Effectiveness // Rechtstheorie. 2015. No. 46. S. 347–366.
- Tretyakov S.V. Economic Efficiency as a Model of the Social Context of the Conceptualization of the Law // Working papers of research program. Moscow, 2013. P. 1–9.
- 

## Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law



**Sergey A. Synitsyn**

Senior Fellow, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: SynSS@mail.ru, civil@izak.ru



### Abstract

Slow development of legal regulation, compared to the social and economic development rate, has been a factor having determined the emergence and spread of a new area in the research of legal institutions in terms of the economic aspect of law, which differs by radical approaches and nihilist attitude towards legal methodology of research accumulated for the centuries by scientific theories of different legal systems. The economic analysis of law comprehends mostly legal institutions as “economic rubbish” or technical instrument the efficiency and utility of which may be tested only by economic categories. However, no answers are provided on the causes of which only economy not law should be considered as a global system of evaluation of all social phenomena (a measure). The issue requires sorting out if the economic analysis of law is a new research method or only ideology which will promote to show wishful results. The economic analysis has been developing in Anglo-Saxon law. Now, it is actively developing in lobbyism in continental European law via authoritative international financial organizations. Its influence was found in the reform of German law of obligations of 2002. In dispute resolution, courts rely not only on the current legislation but the approaches to the economic

analysis of law. The challenges of our time require studying and assessing the efficiency of approaches of the economic analysis of law and their influence on the legal system and doctrine as well as the risks associated with the ultimate reliance on economic analysis for legal regulation and academic research. Any negation of the method of evaluation and regulation requires scrutiny in to the area of activity. No grounds are found to consider the approaches of economic analysis of law a substitute for the methodology of civil research or a vector in legislative process. However, this is not an obstacle to apply its tools in assessing the regulating influence of normative legal acts.



## Keywords

economic analysis of law, methodology, civilian studies, interpretation of law, economy and law, efficiency of law, aims and methods of law, legislative process.

Citation: Synitsyn S.A. (2017) *Economic Analysis and Its Place within the Methodology of Civil Law. Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 4–17 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.4.17



## References

Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (2000) *Dogovornoe pravo* [Contract Law]. Moscow: Statut, 565 p. (in Russian)

Esser J., Schmidt E. (1989) *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Mueller Juristischer Verlag. S. 33–37.

Glushetskiy A.A. (2017) *Ustavnyy kapital: stereotipy i ikh preodolenie. Ekonomicheskyy analiz norm korporativnogo prava* [Charter Capital: Stereotypes and How to Overcome It]. Moscow: Statut, pp. 4, 19 (in Russian)

Grudmann S., Micklitz H-W., Renner M. (2015) *Privatrechtstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck. Bd. 1. S.167–194.

Hager G. (2009) *Rechtmethoden in Europa*. Tübingen: Mohr Siebeck. S.60–76.

Karapetov A.G. (2016) *Ekonomicheskyy analiz prava* [Economic Analysis of Law]. Moscow: Statut, 310 p. (in Russian)

Kozioł H., Welser R. (2006) *Grundriss des Buergerlichen Rechts*. Wien: Manzsche Verlags. Bd. 1. S. 21–22.

May S.K. (1953) *Ocherk obshchey chasti burzhuaznogo obyazatel'stvennogo prava* [Essay on the General Part of Obligatory Law in Capitalist States]. Moscow: Vneshtorgizdat, 298 p. (in Russian)

Novitskiy I.B., Lunts L.A. (1950) *Obshchee uchenie ob obyazatel'stvakh* [General Theory of Obligations]. Moscow: Gosyurizdat, 428 p. (in Russian)

Sarbash S.V. (2017) *Elementarnaya dogmatika obyazatel'stv* [Elementary Dogmas of Obligations]. Moscow: Statut, p. 9 (in Russian)

Schmoeckel M., Rückert J., Zimmermann R. (2003) *Historisch-kritischer kommentar zum BGB*. Tübingen: Mohr Siebeck. Bd. 1. Allgemeiner Teil. S.997.

Timofeev E.A. (2016) "Law and economics": uchenie o prave i gosudarstve v SShA v XX veke (Diss. Kand. Yurid. Nauk) [Law and Economics: Theory of Law and State in the USA in the 20th Century (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Nizhniy Novgorod, 181 p.

Tikhomirov Yu.A. (2016) *Reguliruyushchee vozdeystvie: metodiki i opyt* [Regulated Influence: Methods and Experience]. Moscow: Yurisprudentsiya, 490 p. (in Russian)

Vas'kovskiy E.V. (2002) *Tsivilisticheskaya metodologiya. Uchenie o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov* [Civil Methodology. Theory of Interpretation and Application of Civil Laws]. Moscow: Yurinfo, 365 p. (in Russian)

Zavadskiy A.V. (2008) *K ucheniyu o tolkovanii i primenenii grazhdanskikh zakonov* [Interpreting and Applying Civil Laws]. Moscow: Yurinfo, 301 p. (in Russian)

# Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования

---

 **И.А. Кузьмин**

доцент кафедры теории и истории государства и права Иркутского юридического института (филиала Академии Генеральной прокуратуры), кандидат юридических наук. Адрес: 664035, Российская Федерация, Иркутск, ул. Шевцова, 1. E-mail: grafik-sovetnik@rambler.ru

---

## **Аннотация**

Статья посвящена изучению формально-юридического метода — самостоятельного элемента юридической методологии и методологии компаративистского исследования в частности. На основе анализа доктринальных и правоприменительных положений о содержании и сфере применения указанного метода предложено объединить все существующие позиции в три подхода: нормативистский, социологический и компромиссный. Нормативистский подход исходит из того, что формально-юридический метод является основой юридической методологии, ее главным ориентиром. Социологический подход отводит данному методу второстепенную роль и применительно к изучению социально-правовой действительности не считает его объективным. Компромиссный подход признает важность данного метода как одного из основных, но подразумевает необходимость методологического плюрализма. В статье обозначены практическая ценность рассматриваемого метода и его потенциал в познании реальности. В рамках компромиссного подхода выявлены особенности данного метода как универсального, комплексного, основанного на соответствующей системе права (системе законодательства), нацеленного на изучение структуры права и абсолютизированных правовых конструкций с использованием правил и средств формальной логики, а также на особенностях идеологических и правовых установок (в составе юридического мышления и правопонимания). Под ним предлагается понимать систему подходов, принципов и приемов познания, используемых при изучении свойств правовых категорий, исходя из их места в структуре правовой действительности, а также их взаимодействия с иными правовыми явлениями и процессами в условиях, максимально исключающих воздействие иных (неправовых) факторов. Аргументируется тезис, что формально-юридический метод входит в центральное звено методологии сравнительно-правовых (компаративистских) исследований в качестве элемента методологии общей теории права. Дифференцируется специфика применения формально-юридического метода при сопоставлении различных государственно-правовых феноменов.

---

## **Ключевые слова**

формально-юридический метод, методология, право, государство, компаративистика, нормативистский подход, социологический подход, особенности применения.

---

Библиографическое описание: Кузьмин И.А. Формально-юридический метод в составе методологии компаративистского исследования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 18–29.

JEL: K1; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.18.29

Формально-юридический (специально-юридический, нормативно-догматический) метод является центральным элементом методологии любого правового исследования.

В современной учебной литературе данный метод традиционно фигурирует (в особенности это характерно для таких курсов, как «теория государства и права», «актуальные проблемы теории права», «история и методология юридической науки»), но, как правило, предметно не раскрывается. В научной литературе формально-юридический метод редко становится основным объектом изучения, в силу чего он упоминается лишь в контексте общей юридической методологии, либо применительно к иным (более частным) правовым явлениям и процессам.

Значение термина «формальный», предложенное толковыми словарями, раскрывает его содержание через понятие формальности (учет и строгое исполнение всех формальностей, процедуры, внешности дела) и формализм (приверженность к соблюдению формальностей, педантизм, обрядовость)<sup>1</sup>. Зачастую толкователи указывают в качестве синонимов этого термина такие прилагательные как «официальный», «законный»<sup>2</sup>. Обоснованно говорится о формализации как сведении сущности явления к его форме (конструкции)<sup>3</sup> или представлении содержательной стороны явления в виде формальной системы или исчисления<sup>4</sup>.

Конституционный Суд России (далее — КС РФ) также оперирует словосочетанием «формально-юридический», используя его применительно к терминам «смысл», «точка зрения», «подход», «определенность», «закрепление», «конструкция» и т.д. Иными словами, КС РФ рассматривает данное словосочетание в качестве характеристики установленных законом положений (имеющих значение для правовой квалификации действий и обстоятельств). В одном из определений орган высшего конституционного контроля охарактеризовал осуществление управляющими компаниями предпринимательства без лицензии как деятельность, «с формально-юридической точки зрения подпадающая под признаки объективной стороны состава административного правонарушения»<sup>5</sup>.

Интересно отметить, что в одном из решений Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) судья лорд Эрлсферрийский применил выражение «формально-юридическая подготовка» как тождественное «юридической подготовке»<sup>6</sup>, что, с одной стороны, существенно расширяет объем первого из понятий, а с другой — еще более размывает его границы.

Учитывая юридическую «ориентацию» рассматриваемой проблематики, можно предположить, что формально-юридический метод (хотя бы в силу названия) в большей степени опирается на действующие правовые нормы (как формализованные государством правила поведения) и на их официальное толкование уполномоченными субъектами (в специальных формализованных актах) с учетом распространенных знаний о «типичном» содержании и структуре того или иного правового явления или процесса.

<sup>1</sup> Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 4. М., 2006. С. 522.

<sup>2</sup> Словарь русского языка: в 4 т. Т. 4. М., 1999. С. 576.

<sup>3</sup> См.: Большой толковый словарь русского языка / сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб., 2000. С. 1429.

<sup>4</sup> См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка [Электронный ресурс]: // URL: <http://dic.academic.ru/contents.nsf/ogegova/> (дата обращения: 12.01.2016)

<sup>5</sup> По запросу мирового судьи судебного участка № 1 Выксунского судебного района Нижегородской области о проверке конституционности части 1 статьи 14.1.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях: Определение Конституционного Суда от 08.12.2015 № 2735-О.

<sup>6</sup> Постановление ЕСПЧ от 16.12.2003 «Дело «Купер (Cooper) против Соединенного Королевства (жалоба № 48843/99)».

Принципиальным условием познания формально-юридического метода является раскрытие его сущности и сферы применения. В силу отсутствия единой позиции в науке по данному вопросу обратимся к мнениям отдельных исследователей. В.В. Лазарев еще в 1974 г. специально отмечал, что «формально-юридический метод означает особую совокупность обработки и анализа содержания действующей системы права. Его специфическим свойством является отвлечение от некоторых сущностных сторон права, связанных с материальной и классовой обусловленностью правовой системы. На первый план выделяются здесь чисто логические, языковые и иные абстрактные стороны, выражающие структурные закономерности права»<sup>7</sup>. Схожую позицию встречаем у В.А. Козлова и Ю.А. Суслова, считающих, что «особенностью специально-юридического анализа (метода. — *И. К.*) является отвлечение его от некоторых сущностных сторон права, от материальной и классовой обусловленности правовой системы в силу его эмпирического характера»<sup>8</sup>.

О.А. Пучков, предлагая альтернативу формально-юридическому подходу к вопросам права, рассматривает его в двух основных аспектах (в применении права и в трактовке определения права)<sup>9</sup> и называет девять его сущностных свойств (узконормативность, абсолютизация норм, созданных тоталитарным государством, нормативная объективация мышления юристов, идеологическая односторонность и др.). Л.Г. Берлявский и Е.С. Шматова утверждают, что «формально-юридический метод способствует изучению «догмы» права, выявлению формально-логических связей, абстрагированию от иных социально-экономических явлений (экономических, идеологических, политических)... имеет ограниченное применение, но важное значение с точки зрения формирования и функционирования права как целостного явления «узнаваемого» людьми и контролируемого институтами гражданского общества»<sup>10</sup>.

Н.Н. Тарасов закладывает формально-юридический метод в гносеологическую установку позитивизма, отмечая, что здесь следует говорить не столько о формальном отождествлении права и закона, сколько об абсолютном исследовательском безразличии ко всему, что выходит за рамки позитивного права (от философских идей до социальной действительности<sup>11</sup>). В процессе размышлений автором также изучается формальное отношение к методологическим постулатам при исследовании догматических вопросов права и, с учетом советского этапа развития юридической науки, делается вывод о наличии феномена «монистической методологии»<sup>12</sup>.

Мы отмечаем, что абсолютизация формально-юридического метода и его наиболее подробное изучение осуществляется, прежде всего, в рамках теории юридического позитивизма и основанных на ней концепциях (например, нормативизме). В своей статье (ставшей своего рода реакцией на критику американского юриста Г. М. Бергмана) Г. Кельзен, будучи «идейным вдохновителем» нормативизма и основоположником «чи-

<sup>7</sup> Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. М., 1974. С. 57.

<sup>8</sup> Козлов В.А., Суслов Ю.А. Конкретно-социологические исследования в области права. Л., 1981. С. 19.

<sup>9</sup> Пучков О.А. Юридическая антропология и развитие науки о государстве и праве (теоретические основы): дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2001. С. 373, 380–383.

<sup>10</sup> Берлявский Л.Г., Шматова Е.С. Формально-юридический метод в правовых исследованиях: современные подходы // Юридический мир. 2012. № 6. С. 51.

<sup>11</sup> См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. Екатеринбург, 2000. С. 25–26.

<sup>12</sup> См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: автореф. дис. ... д.ю.н. Екатеринбург, 2002. С. 12–13.

стого учения о праве», фактически предложил научно-методологическое обоснование формально-юридического подхода к пониманию права. Согласно его позиции, чистота теории права состоит в устранении из своей сферы вопросов, которые требуют метода, не соответствующего ее собственной специфической проблематике. Чистое учение о праве должно ограничивать себя структурным анализом позитивного права, основанном на сравнительном исследовании общественных порядков, которые существовали и существуют под общим именем права<sup>13</sup>.

Против возведения в абсолют формально-юридического метода был В.С. Нерсисянц, обративший внимание на фундаментальное противоречие в подходе Г. Кельзена: «С одной стороны, правопонимание (норма права, правопорядок, право и правоведение) должно быть «очищено» от всего сущего (фактического, социально- и ценностно-содержательного), а, с другой стороны, он (Г. Кельзен. — прим. авт.) трактует право и правопорядок как именно социальный порядок и социальную ценность, как социально действенный феномен (т.е. как факт сущей действительности, а не только как чисто формально-смысловую действительность долженствования)<sup>14</sup>. Очищение права, по мнению В.С. Нерсисянца, не несет под собой никакого адекватного основания как объективного критерия отличия права от неправа<sup>15</sup>. Д.В. Зыков также критикует воззрения Г. Кельзена, указывая, что право «в рамках данной парадигмы мышления понималось как сфера должного, а не сущего»<sup>16</sup>, при том, что столь ограниченное правопонимание плохо согласуется с реальностью «по причине сопротивления, противодействия социального материала»<sup>17</sup>.

Итальянский правовед и социолог А. Фебрайо выразил несогласие с «прокельзеновской» позицией М. Вебера, что формально-рациональное право является идеальным (высшим) типом права, поскольку «здесь для любой ситуации решение можно предвидеть заранее, любое решение может быть получено чисто логическим путем из общей нормы, а критерии истинности решения доступны всеобщему пониманию... Безусловное превосходство формальной рациональности... означает, что признание правопорядка его субъектами достигаются не за счет его ценностей... а за счет развития юридической логики и совершенствования юридической техники»<sup>18</sup>. Исследователь констатировал: «Формальная рационализация отнюдь не обязательно ведет к прогрессу свободы»<sup>19</sup>.

В.А. Четвернин, развивая либертарную правовую концепцию, фактически предложил компромиссный подход к разрешению противоречий между формальной и социальной сторонами правовой действительности, заявив о необходимости достижения формального равенства, основанного на свободе и справедливости, которое противопоставляется равенству всех перед законом (исходя из того, что законы могут быть и неправовыми)<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> См.: Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 233.

<sup>14</sup> Нерсисянц В.С. Философия права. М., 1997. С. 592.

<sup>15</sup> См.: Там же. С. 606.

<sup>16</sup> Зыков Д.В. Виды юридического мышления: методологическое и теоретико-правовое обоснование: автореф. дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2015. С. 96.

<sup>17</sup> См.: Там же. С. 53.

<sup>18</sup> См.: Четвернин В.А. Фебрайо А. Капитализм, современное государство и формально-рациональное право / Правовая мысль XX века : сб. обзоров и рефератов. М., 2002. С. 26.

<sup>19</sup> См.: Там же. С. 26.

<sup>20</sup> См.: Четвернин В.А. Современная либертарно-юридическая теория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1 / под ред. В.А. Четвернина. М., 2007. С. 6–7.

С.С. Алексеев относит догму права (юридический позитивизм) к неотъемлемым условиям существования права, в оценке которой сказались предубеждения, основанные на устоявшихся представлениях о «догматизме» и «догматиках». Правовед считает подобные оценки глубоко ошибочными и обращает внимание на огромный научный потенциал юридической догматики, который не сводится к инструментальному «обслуживанию» юридической практики, правового обучения и просвещения. Данный потенциал более значителен, поскольку право как логическая система обеспечивает соединение частиц правовой материи, их аналитическую и синтетическую проработку, проблемы и перспективы правовой действительности<sup>21</sup>.

Перечисленные мнения относительно формально-юридического метода далеко не исчерпывают плюрализма взглядов по обозначенному вопросу, хотя и являются показательными. Следует обозначить три базовых подхода:

1) нормативистский (позитивистский) подход исходит из тезиса, что формально-юридический метод является основой методологии правовых исследований и единственно-правильным идеологическим ориентиром, определяющим суть правовой действительности, правовых явлений и процессов;

2) социологический подход обосновывает в целом отрицательное отношение к формально-юридическому методу и указывает на его вторичный характер, в связи с тем, что последний не учитывает объективную социальную реальность и происходящие в ней социальные процессы, не признает производность правовой системы от системы социальной;

3) компромиссный подход рассматривает формально-юридический метод в качестве цементирующего элемента методологии правовых исследований, который скрепляет все остальные ее элементы и структурно объединяет их между собой (указывает их положение в системе права), но не считает этот метод единственным в силу реального многообразия методологического инструментария и идеологического плюрализма в правовой науке.

Подтверждая приверженность умеренным компромиссным воззрениям, многие правоведы настаивают на сохранении баланса между двумя другими подходами, не отдавая предпочтения ни одному из них, приводят критические суждения радикальных позиций. Например, А.В. Скоробогатов и А.В. Краснов, говоря о целях норм действующего законодательства, полагают важным различать формально-юридические и фактические цели, причем первые являются официальными (предупреждение, воспитание, восстановление нарушенного состояния), а вторые зависят от мотивации правоприменителя, которая может быть иной (пополнение бюджета, устранение политических конкурентов, месть и др.)<sup>22</sup>. Как отмечают авторы, исключительно формально-юридический подход к конструированию правовой реальности и правового государства, заложенный в основу соответствующих правовых реформ, не позволил бы (даже в минимальной степени) достигнуть заявленных реформаторами целей<sup>23</sup>.

А.В. Краснов считает, что категории правовой системы (жизни) в известной степени претендуют на охват всех правовых явлений, характерных для общества, но при этом они всегда несут на себе отпечаток формально-юридического метода исследования пра-

<sup>21</sup> См.: Алексеев С.С. Право: азбука-теория-философия. Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 143–146.

<sup>22</sup> См.: Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Правовая реальность России: константы и переменные // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 2. С. 163.

<sup>23</sup> См.: Там же. С. 166–167.

ва. Дополнительно автор отмечает, что он не имеет в виду, будто эти категории разработаны при использовании исключительного данного метода, но осознает логичность поиска правовых явлений в представлениях (образах), которые складываются в сознании людей по поводу них самих<sup>24</sup>.

На практике применение формально-юридического метода позволяет более точно и адекватно устанавливать и применять нормы права (как общие правила поведения) на уровне индивидуального правового регулирования, а также совершенствовать законодательство и оптимизировать деятельность по применению норм права. Подтверждением сказанного могут служить Рекомендации по проведению антикоррупционной экспертизы, выработанные в рамках СНГ. В п. 17 названных рекомендаций закреплено требование при проведении антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов и их проектов использовать, среди прочих, также формально-юридические методы<sup>25</sup>.

Назовем особенности формально-юридического метода, исходя из компромиссного подхода к его пониманию:

1) этот метод является универсальным, поскольку имеет максимально широкую сферу применения в праве (может быть использован в отношении любых правовых явлений и процессов), но в рамках общей юридической методологии он входит в группу частных методов (частнонаучных), так как не выходит за рамки государственно-правовых исследований;

2) этот метод, будучи сложносоставным и комплексным, охватывает целую систему подходов принципов и приемов познания, используемых при исследовании правовых категорий;

3) этот метод имеет в качестве главного основания и объекта действующую в государстве систему права, систему законодательства;

4) этот метод нацелен на изучение структуры правовых явлений и процессов, определении их видов, места и роли в иерархии иных правовых явлений, установлении особенностей взаимодействия и взаимозависимости правовых категорий с применением правил формальной логики и норм действующего в стране законодательства;

5) для этого метода характерны абсолютизация правовых явлений и процессов, мыслительно-аналитическое их отграничение от иных (неправовых) социальных явлений и процессов, восприятие их как данности;

6) базой применения этого метода служат официальные идеологические и правовые установки, нормативные разъяснения права, шаблоны (штампы) юридического мышления компетентных субъектов;

7) этот метод заложен в основу позитивистского (нормативного) типа правопонимания и соответствующего типа правового мышления, предопределяет развитие правовой культуры в государстве.

На основе изложенного сформулируем рабочее определение данного метода. Формально-юридический метод — это система подходов, принципов и приемов познания, используемых при изучении различных характеристик (свойств) правовых категорий, исходя из их места в структуре правовой действительности, выполняемых данными категориями задач/функций, а также их взаимодействия с иными правовыми явлениями-

<sup>24</sup> Краснов А.В. Санкция в правовой реальности России: уровневое исследование // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 1. С. 40.

<sup>25</sup> См.: Рекомендации по проведению антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (приняты в Санкт-Петербурге 23.11.2012 Постановлением 38-18 на 38-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ).

ми и процессами в условиях, максимально исключая воздействие на исследование иных (неправовых) факторов.

Формально-юридический метод также является центральным звеном методологии сравнительно-правовых исследований как элемента методологии общей теории права. А.Х. Саидов по этому поводу заметил, что «сравнительное правоведение использует отнюдь не один сравнительный метод, а весь методологический арсенал, инструментарий правовой науки»<sup>26</sup>. Ю.А. Тихомиров отмечал<sup>27</sup>, что сравнительное правоведение является особой областью научного юридического знания и теоретико-методологической дисциплиной, которая изучает и сопоставляет различные правовые категории между собой и с нормами международного публичного и частного права, выявляет их сходства, различия и тенденции развития. Очевидно, что сравнительное правоведение «не может игнорировать проблемы методологии, и что оно должно превратиться в исчерпанную научную традицию, удовлетвориться историческими древностями, истощиться в бесконечных микросравнениях»<sup>28</sup>.

Справедливость обозначенных позиций поддерживается не только учеными-правоведами, но и практическими работниками на самом высоком уровне. Например, в апреле 2015 г. на завершающем пленарном заседании Конгресса по сравнительному правоведению «Международные чтения 2015» (Париж) председательствующий — заместитель Председателя Суда справедливости Европейского Союза К. Ленартс — подчеркнул, что развитие современного права на любом уровне может проходить только через диалог классических и национальных правовых культур, включающих, среди прочего, различные методы осмысления правовой реальности<sup>29</sup>.

При этом правовая компаративистика, безусловно, «не может развиваться только в плоскости нормативно-догматического сопоставления разных правовых систем, поэтому для сопоставления правовых систем и оценки их взаимных реакций должны изучаться различные общеправовые явления, процессы и тенденции»<sup>30</sup>. Г.И. Муромцев также отмечал, что формально-юридический подход является узконаправленным и в большинстве случаев не способен (в рамках комплексных сравнительно-правовых исследований) привести исследователя к истине. В качестве сравнения автор указал на бесспорные преимущества культурно-исторического подхода<sup>31</sup>. Сказанное означает, что формально-юридический метод в области сравнительного правоведения хотя и является базовым, но не может «в одиночку» решать широкий круг вопросов, которые стоят перед данной наукой.

Размышляя о вопросах методологии сравнительно-правовых исследований, В.И. Лафитский пришел к мнению, что «формально-юридический метод выявляет ос-

<sup>26</sup> Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2003. С. 29.

<sup>27</sup> Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 4–5. Он же. Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 30.

<sup>28</sup> Бойцова Л.В., Бойцова В.В. Будущее сравнительного права: возможности двадцать первого века // Юридический мир. 2002. № 4. С. 23.

<sup>29</sup> См.: Головки Л.В. Конгресс по сравнительному правоведению «Международные чтения — 2015» в Париже // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2015. № 3. С. 141.

<sup>30</sup> Бакулина Л.Т., Губайдуллин А.Р. Теоретические основы сравнительного правоведения. Казань, 2014. С. 10.

<sup>31</sup> См.: Муромцев Г.И. Правовые системы и правовые культуры в сравнительно-правовых исследованиях // Вестник РУДН. 2013. № 4. С. 162.

новые элементы, черты и свойства правовых явлений. Без познания таких «правовых элементов» сравнение становится беспредметным. Невозможно сравнивать модели правового регулирования собственности, трудового договора, выборов и т.д., не уяснив природы этих правовых институтов»<sup>32</sup>. В этом же направлении мыслит и В.Е. Чиркин, полагая, что формально-юридический метод в виде «формализованных сопоставлений» занимает одно из центральных мест в сравнительном государствоведении<sup>33</sup>.

В силу традиции формально-юридический метод далеко не всегда выделяется в качестве самостоятельного элемента методологии сравнительного правоведения<sup>34</sup>, но отдельные его проявления можно обнаружить во многих иных (специальных) методах компаративистики (правовое моделирование, юридический эксперимент, правовая идентификация и др.). При более внимательном рассмотрении сравнительно-правового метода (который обособляется в числе частнонаучных методов) в его содержании также можно обнаружить отдельные проявления формально-юридического метода (например, связанные с сопоставлением и анализом систем права различных государств).

Формально-юридический метод в сравнительно-правовых исследованиях объективно пригоден по отношению ко всей проблематике, охватываемой предметом компаративистики. Становится возможным обозначить ряд особенностей его применения при сопоставлении различных правовых систем и решении иных вопросов.

Во-первых, основы формально-юридической оценки закладываются концептуальным правовым основанием более высокого уровня (родовым), по отношению к которому исследуемые правовые категории являются видовыми. Например, изучая правовые явления из правовых систем Франции и Италии, следует ориентироваться на объединяющую их правовую семью — романо-германское право — и использовать ее инструментарий и подходы для формулирования выводов. В сравнительном государствоведении эта особенность проявляется, например, в том, к какой типологии относятся исследуемые государства (к западной или восточной, с рыночным хозяйством или с плановым хозяйством, и т.д.).

Во-вторых, применение формально-юридического метода к правовым категориям осуществляется при одновременном учете официальных юридических позиций, распространенных в затрагиваемых государствах и правовой концепции в государстве, где находится исследователь. Не следует полагать, что при формально-юридическом подходе учитывается лишь одна господствующая позиция, выбранная в произвольном порядке исследователем. Для установления формальных характеристик изучаемой правовой категории необходимо ориентироваться на официальные источники права и наиболее объективные научные изыскания в данной области. Например, составляя сравнительную характеристику правовых режимов КНДР и Кубы, надлежит брать за основу право (законодательство) этих стран и с обязательным учетом данных положений производить научные изыскания, исходя из общетеоретических знаний о правовом режиме (разработанных в отечественном праве исследователя, а также в КНДР и на Кубе).

В-третьих, при формально-юридическом исследовании правовых категорий в государствах, где данные феномены не являются объектами комплексных исследований, следует руководствоваться общетеоретическими закономерностями их возникновения, развития и функционирования, выработанными в государстве, где находится исследо-

<sup>32</sup> Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. Т. 1. М., 2010. С. 95.

<sup>33</sup> Чиркин В.Е. Основы сравнительного государствоведения. М., 1997. С. 58.

<sup>34</sup> См., напр.: Бехруз Х. Сравнительное правоведение. М., 2008. С. 76–78.

ватель, либо в доктрине международного права, либо в ином государстве. Например, в стремлении раскрыть законодательную конструкцию уголовно-правовой ответственности в Германии и Австралии необходимо учитывать, что в первом государстве юридическая ответственность как теоретическая категория исследуется давно и терминологически обособлена, а во втором государстве — нет. Это означает, что для формальной характеристики ответственности в Австралии воспользоваться общетеоретическими изысканиями в области юридической ответственности из этого государства не получится, соответственно, возникнет необходимость в заимствовании формально-правовой конструкции юридической ответственности, разработанной в Германии, в государстве, где находится исследователь, в иных странах.

В-четвертых, формально-юридический метод подразумевает необходимость сопоставления юридических свойств изучаемых категорий с позиции их строения и места в правовой системе. Например, попытка разобраться в специфике юридической техники, принятой в соответствующих государствах, не может быть признана удачной при отсутствии единых формальных критериев для сравнения, которыми могут стать: а) способы изложения норм права в статьях нормативно-правовых актах; б) структура модельных законов; в) содержание техники индивидуальных правовых актов.

В-пятых, связующее начало (звено) любых формально-юридических изысканий заключается в их обобщенном объекте, применимом к любым правовым явлениям и процессам — правовой конструкции (правовой модели). Доподлинно исчерпывающее содержание и объем этого феномена не известны, но на сегодняшний день можно назвать наиболее важные его составные части (теоретические — если они выводятся научным способом, нормативные — если они получают отражение в нормах права или официальных разъяснениях законодательства):

- понятие правовой категории и составляющие ее основные признаки;
- цели, задачи, функции и назначение правовой категории;
- принципы правовой категории;
- структура (элементы) правовой категории;
- классификация (виды) правовой категории;
- место и роль правовой категории в системе близких правовых категорий;
- горизонтальные и вертикальные связи (взаимодействие) правовой категории с другими правовыми феноменами.

Для иллюстрации сказанного можно рассмотреть через обозначенные составные части правовой конструкции такую правовую категорию, как «норма права»:

норма права — принятое уполномоченным субъектом правило поведения, обязательное для неопределенного круга лиц, рассчитанное на неоднократное применение и влекущее юридические последствия для неопределенного круга лиц, направленное на регулирование общественных отношений, либо на изменение или прекращение существующих правоотношений (признаки нормы права определены в постановлениях Пленума Верховного Суда от 29.11.2007 № 48<sup>35</sup> и Пленума Высшего Арбитражного Суда от 30.07.2013 № 58<sup>36</sup>);

<sup>35</sup> См.: «О Практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29.11.2007 № 48.

<sup>36</sup> См.: «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов»: Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30.07.2013 № 58.

цель нормы права — упорядочить общественные отношения, задачи и функции предопределяются принадлежностью нормы права к той или иной правовой общности, назначение — создание и поддержание правопорядка;

принципы норм права — основополагающие начала установления и действия норм права, которые конкретизируются в категориях принципы правотворчества и принципы реализации (применения) права;

структура нормы права обычно (за исключением некоторых конститутивных и оперативных норм) включает в себя гипотезу и диспозицию (для регулятивных норм) или гипотезу и санкцию (для охранительных норм);

классификация норм права проводится по целому ряду оснований (отраслевая принадлежность, характер, способ возникновения, способ изложения, форма закрепления, издавший субъект, действие в пространстве/во времени/по кругу лиц и т.д.);

место и роль нормы права может определяться в составе таких сложносоставных категорий, как законность, система права, правовая система, механизм правового регулирования и т.д.;

в горизонтальных связях нормы права взаимодействуют с нормами права, обладающими большей или меньшей юридической силой, вертикальные связи нормы права имеют с другими нормативно-правовыми предписаниями той же юридической силы.

Формально-юридический метод является одним из центральных элементов методологии сравнительных правовых исследований и обладает значительным потенциалом для системно-аналитического познания любых правовых категорий при условии его правильного понимания, а также предметного и профессионального использования.



## Библиография

Бакулина Л.Т., Губайдуллин А.Р. Теоретические основы сравнительного правоведения: учеб. пособие. Казань: Казанский ун-т, 2014. 164 с.

Берлявский Л.Г., Шматова Е.С. Формально-юридический метод в правовых исследованиях: современные подходы // Юридический мир. 2012. № 6. С. 51–54.

Бехруз Х. Сравнительное правоведение: учебник. М.: Транслит, 2008. 504 с.

Головкин Л.В. Конгресс по сравнительному правоведению «Международные чтения — 2015» в Париже // Вестник Московского ун-та. Серия 11. Право. 2015. № 3. С. 138–142.

Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 4. М.: РИПОЛ, 2006. 672 с.

Зыков Д.В. Виды юридического мышления: методологическое и теоретико-правовое обоснование: дис. ... к.ю.н. Волгоград, 2015. 238 с.

Кельзен Г. Право, государство и справедливость в чистом учении о праве // Известия вузов. Правоведение. 2013. № 2. С. 226–240.

Краснов А.В. Санкция в правовой реальности России: уровневое исследование // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 1. С. 39–45.

Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права: в 2 т. Т. 1. М.: Статут, 2010. 429 с.

Муромцев Г.И. Правовые системы и правовые культуры в сравнительно-правовых исследованиях // Вестник Российского ун-та дружбы народов. Серия: Юридические науки. 2013. № 4. С. 158–165.

Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник. М.: Юристъ, 2003. 448 с.

Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Правовая реальность России: константы и переменные // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 2. С. 161–170.

Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: автореф. дис. ... д. ю.н. Екатеринбург, 2002. 46 с.

Тихомиров Ю.А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и общественной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 3–15.

Четвернин В.А. Современная либертарно-юридическая теория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1. под ред. В.А. Четвернина. М.: Издательский дом ГУ-ВШЭ, 2007. С. 4–11.

Четвернин В.А. Фейрайо А. Капитализм, современное государство и формально-рациональное право // Правовая мысль XX века: сб. обзоров и рефератов. М.: ИНИОН, 2002. С. 25–28.

---

## Formal Legal Method as a Part of Comparative Studies Methodology



**Igor A. Kuzmin**

Associate Professor, Chair of Theory of State and Law, Irkutsk Law Institute (Branch, Academy of the Prosecutor General's Office), Candidate of Juridical Sciences. Address: 1 Shevtsova Str., Irkutsk 664035, Russia. E-mail: grafik-sovetnik@rambler.ru



### Abstract

The article is devoted to the study of the formal legal method as a separate element of legal methodology in general and the methodology of comparative studies in particular. Based on the study of doctrinal and practical positions, regarding the content and scope of the formal legal method, it is proposed to combine all existing positions in three approaches: normative, sociological and compromise one. The normative approach comes from the fact that the formal legal approach is the basis for legal methodology and is its main and most objective guideline. The sociological approach assigns a minor role to the formal legal method, and considers it biased, if applied to the study of social legal reality. The compromise approach considers the formal legal method important as being one of the main, but implies the need for methodological pluralism in legal studies. The approach denotes the practical value of the method. The compromise approach revealed the following characteristics of formal legal method as universal, composite, based on the relevant legal system, aimed at the study of legal structure and absolutized legal structures using rules and means of formal logic, as well as the features of ideological and legal units. Taking into account the basic characteristics of formal legal method, it is suggested to include a system of approaches, principles and techniques of knowledge used in the study of various characteristics of legal categories according to their place in the structure of legal reality, the functions they perform, as well as their interaction with other legal phenomena and processes in the conditions which maximally exclude the impact caused on research of other factors. The paper argues that the formal legal approach is part of the central core of methodology for comparative legal studies as element of the methodology of general theory of law. The author differentiated the peculiarities of the usage of formal legal method when comparing various state legal phenomena.



### Keywords

formal legal method; methodology; law; state; comparative studies; sociological approach; normative approach; peculiarities of usage.

Citation: Kuzmin I.A. (2017) Formal Legal Method as a Part of Comparative Studies Methodology. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 18–29 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.18.29



### References

Bakulina L.T., Gubaydullin A.R. (2014) *Teoreticheskie osnovy sravnitel'nogo pravovedeniya: uchebnoye posobie* [Fundamentals of Comparative Legal Studies. Textbook]. Kazan': University, 164 p. (in Russian)

Bekhruz Kh. (2008) *Sravnitel'noe pravovedenie: uchebnyk* [Comparative Legal Studies. University Textbook]. Moscow: TransLit, 504 p. (in Russian)

- Berlyavskiy L.G., Shmatova E.S. (2012) Formal'no-yuridicheskiy metod v pravovykh issledovaniyakh: sovremennye podkhody [Formal Law Method in Legal Research: Modern Approaches]. *Yuridicheskiy mir*, no. 6, pp. 51–54.
- Chetvermin V.A. (2007) Sovremennaya libertarno-yuridicheskaya teoriya [Modern Libertarian Legal Theory]. *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii*. Moscow: HSE Publishers, pp. 4–11.
- Chetvermin V.A., Febray A. (2002) Kapitalizm, sovremennoe gosudarstvo i formal'no-ratsional'noe pravo [Capitalism, Modern State and Formal Rational Law]. *Pravovaya mysl' XX veka*. Moscow: INION Press, pp. 25–28.
- Dal' V.I. (2006) *Tolkovyy slovar' zhivogo velikoruskogo yazyka* [The Explanatory Dictionary of the Living Great Russian Language]. Vol. 4. Moscow: Ripol Press, 672 p. (in Russian)
- Golovko L.V. (2015) Kongress po sravnitel'nomu pravovedeniyu [Comparative Law Congress]. *Vestnik Moskovskogo universiteta*. Seriya 11. Pravo, no. 3, pp. 138–142.
- Kel'zen G. (2013) Pravo, gosudarstvo i spravedlivost' v chistom uchenii o prave [Law, State and Equality in the Pure Teaching of Law]. *Izvestiya vuzov. Pravovedenie*, no. 2, pp. 226–240.
- Krasnov A.V. (2015) Sanktsiya v pravovoy real'nosti Rossii: urovnevoe issledovanie [Sanction in Russian Legal Reality: Levels of Research]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava*, no. 1, pp. 39–45.
- Lafitskiy V.I. (2010) *Sravnitel'noe pravovedenie v obrazakh prava* [Comparative Law Studies]. Vol. 1. Moscow: Statut, 429 p. (in Russian)
- Muromtsev G.I. (2013) Pravovye sistemy i pravovye kul'tury v sravnitel'no-pravovykh issledovaniyakh [Legal Systems and Legal Cultures in Comparative Law Research]. *Vestnik Rossiyskogo universiteta družby narodov*. Seriya: Yuridicheskie nauki, no. 4, pp. 158–165.
- Saidov A.Kh. (2003) *Sravnitel'noe pravovedenie (osnovnye pravovye sistemy sovremennosti): uchebnik* [Comparative Law. Modern Legal Systems. Textbook]. Moscow: Yurist, 448 p. (in Russian)
- Skorobogatov A.V., Krasnov A.V. (2015) Pravovaya real'nost' Rossii: konstanty i peremennye [Russian Legal Reality: Constants and Variables]. *Aktual'nye problemy ekonomiki i prava*, no. 2, pp. 161–170.
- Tarasov N.N. (2002) *Metodologicheskie problemy sovremennogo pravovedeniya*: Aftoref. Diss. Doct. Yurid. Nauk [Methodological Issues of Modern Legal Studies. Doctor of Juridical Sciences Thesis Summary]. Ekaterinburg, 46 p.
- Tikhomirov Yu.A. (2006) Sravnitel'noe pravovedenie: razvitie kontseptsiy i obshchestvennoy praktiki [Comparative Law: Development of Conceptions and Legal Practice]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 6, pp. 3–15.
- Zykov D.V. (2015) *Vidy yuridicheskogo myshleniya: metodologicheskoe i teoretiko-pravovoe obosnovanie*: Diss. Kand. Yurid. Nauk [Types of Legal Thinking: Methodology and Legal Rationale (Candidate of Juridical Sciences Dissertation)]. Volgograd, 238 p.

# И.А. Ильин о насилии и различных формах принудительного воздействия

---

---



## Ф.Б. Гребенкин

профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Вятского государственного университета, кандидат юридических наук. Адрес: 610000, Российская Федерация, Киров, ул. Московская, 36. E-mail: grebenkin-fb@yandex.ru



## Л.К. Савюк

профессор кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук



## Аннотация

В статье отражены актуальность темы и история вопроса о возникновении и существовании насилия в обществе и его последствиях, так как насилие признается одной из острейших проблем человеческого общества и неизменно относится к числу наиболее опасных антиобщественных явлений, многообразие и масштабы которого трудно измерить и оценить. Поэтому в статье сделано обоснование обращения русского философа И.А. Ильина к проблеме насилия и проведен анализ его работ, посвященных причинам происхождения и понятию насилия, соотношению права и силы и иным формам принудительного воздействия: заставлению, понуждению, пресечению и принуждению и их отграничению, а также опровержению позиции Л.Н. Толстого и его сторонников о непротивлении злу насилием. К сожалению, научное наследие И.А. Ильина, труды и воззрения которого и по этим вопросам не потеряли значимости, актуальности и в современной России, в работах ученых-криминалистов, за редким исключением, фактически не используются. В статье отражены различные мнения философа, в качестве которых он рассматривал конкуренцию и внутренние побуждения, что соответствует современной теории уголовного права, а также сделан вывод о том, что И.А. Ильин выразил точку зрения, которая не во всех вопросах согласуется с мнением других ученых, разделив физическое понуждение, насилие и зло, и считая, что любое воздействие на человека, причиняющее ему вред, является злым насилием. Если же воздействие не противоправно, то насилием оно не является, а относится к иным формам принудительного воздействия. Также в статье отражена критика И.А. Ильиным толстовской теории непротивления, победы добра над злом, в которых Ильин обосновывает неравнозначность понятий насилия и силы. Рамки данной статьи не позволяют в полном объеме прикоснуться к научно-мировоззренческим взглядам И.А. Ильина; авторы льстят себя надеждой, с учетом доброжелательной критики и пожеланий, возвратиться еще к неиссякаемому источнику знаний, идей, которым является научное исследование известного юриста и философа.



## Ключевые слова

насилие, право и сила, принудительное воздействие, заставление, понуждение, пресечение, принуждение.

---

---

Библиографическое описание: Гребенкин Ф.Б., Савюк Л.К. И.А. Ильин о насилии и различных формах принудительного воздействия // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 30–47.

JEL: K00; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.30.47

**Постановка проблемы.** Насилие, характеризующееся «повышенной, чрезмерной деструктивностью и необратимыми последствиями»<sup>1</sup>, признается одной из острейших проблем человеческого общества и относится к числу наиболее опасных антиобщественных явлений, многообразие и масштабы которых трудно измерить и оценить. По официальным данным, в мире нет ни одной страны, ни одного города, ни одного квартала, которые были бы защищены от насилия. В 2000 г. 1,6 млн. человек в мире погибли в результате покушений на их жизнь и здоровье, а также в результате межличностных и коллективных форм насилия, что составляет 28,8 случаев на 100 тыс. человек. Большинство смертных случаев произошло в странах с низким и средним уровнем дохода. Около половины из 1,6 млн. смертей — самоубийства, почти треть — убийства и пятая часть связана с войнами, и это имеет долгосрочные последствия<sup>2</sup>. Весьма убедительным был в этом отношении во введении к своему известному труду профессор С.Н. Таганцев: «... с вредоносным посягательством на интересы ближних встречаемся мы на первых же страницах священных преданий веры, и о тех же проявлениях зла и пороках говорит нам ежедневная хроника текущей жизни. *Оканчиваются кровавые войны, замиряются народы, но нет конца борьбе человечества с этим мелким, но непобедимым врагом и не предвидится то время, когда карающая государственная власть перекует свои мечи на плуги и успокоится в мире*»<sup>3</sup>.

В 2012 г. около 475 тыс. человек были убиты. Почти 60% из них — юноши и мужчины в возрасте от 15 до 44 лет. В странах с низким и средним уровнем доходов самые высокие показатели насильственной смерти наблюдаются в американском регионе (28,5 убийств на 100 тыс. человек), за ним следует африканский регион (10,9 убийств на 100 тыс. человек). В период с 2000 г. по 2012 г. в глобальном масштабе статистика убийств снизилась примерно на 16% (с 8 до 6,7 на 100 тыс. человек), а в странах с высоким уровнем доходов — на 39% (с 6,2 до 3,8 на 100 тыс. человек). В странах с низким и средним уровнем доходов за тот же период снижение было менее выраженным<sup>4</sup>.

За 1956–2002 гг. на территории бывшего СССР только от зарегистрированных умышленных убийств погибли 1 077 645 человек, что в среднем составляло 23 427 убийств

<sup>1</sup> См.: Антонян Ю.М. Насилие. Человек. Общество. М., 2001; Он же. Преступная жестокость. М., 1994.

<sup>2</sup> Подробнее см.: Насилие и его влияние на здоровье. Доклад о ситуации в мире / под ред. Э. Круга и др. М., 2003. 376 с. Понятие «насилие» в докладе ВОЗ определяется с точки зрения вреда, наносимого здоровью человека, как «преднамеренное применение физической силы или власти, действительное или в виде угрозы, направленное против себя, против иного лица, группы лиц или общины, результатом которого являются (либо имеется высокая степень вероятности этого) телесные повреждения, смерть, психологическая травма, отклонения в развитии или различного рода ущерб». [Электронный ресурс]: URL: // [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/full\\_ru.pdf](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/full_ru.pdf) (дата обращения: 16.10.2016)

<sup>3</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. В 2 т. Т. 1. М., 1994. С. 4.

<sup>4</sup> Подробнее см.: Доклад о положении дел в мире в сфере профилактики насилия за 2014 год. [Электронный ресурс]: // [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/145087/2/WHO\\_NMH\\_NVI\\_14.2\\_rus.pdf?ua=1&ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/145087/2/WHO_NMH_NVI_14.2_rus.pdf?ua=1&ua=1) В настоящем докладе содержатся данные по 133 странам, в которых живет 6,1 млрд. человек, что составляет 88% населения Земли.

ежегодно<sup>5</sup>. В 2014 г. в результате преступных посягательств в Российской Федерации погибло 35 тыс. человек (- 4,6% АППГ)<sup>6</sup>, здоровью 52,6 тыс. человек причинен тяжкий вред (-0,4% АППГ); за 11 месяцев 2015 г. в результате преступных посягательств погибло 30,3 тыс. человек, здоровью 44,5 тыс. человек причинен тяжкий вред<sup>7</sup>. В США ежегодно около 30 тыс. человек погибают в результате применения огнестрельного оружия — столько же, сколько погибает в ДТП. Часто жертвами становятся дети<sup>8</sup>.

Насилие рассматривается как «общественное отношение, в ходе которого одни индивиды (группы людей) с помощью внешнего принуждения, в том числе представляющего угрозу жизни, подчиняют себе других — физически или психологически»<sup>9</sup>. Объяснение его сущности не исчерпывается биологическими (врожденной склонностью к насилию) или социальными свойствами (агрессивностью) человека. Природа последнего не определяется одним качеством или импульсом: это система, состоящая из многих элементов и включает как механизмы, ведущие к насилию (стремление к господству, жажда мести, идеология национализма, фашизма, нацизма, воинствующих религий), так и механизмы, ему препятствующие (свойственные человеку самоконтроль, соперничество и сочувствие, нравственное чувство и, пожалуй, самое главное — способность человека мыслить, генерировать идеи, препятствующие насилию)<sup>10</sup>.

Насилие как предмет исследования ввиду многообразия количественных и качественных характеристик, учитываемых при его ценностной квалификации<sup>11</sup>, фундировано сочетанием философских, антропологических, политологических, этико-культурологических, психологических, юридических и других подходов к его рассмотрению. Актуализируются радикальные взгляды на природу человека как на исключительно благую или дурную, а ситуации, связанные с насильственными способами поведения, рассматриваются как совмещающие в себе две перспективы. С одной стороны, желание человека за счет силы утвердить свою волю и его готовность к альтруизму и социальной интеграции как деятельного включения индивида в социальную жизнь общества, с другой — процесс активного усвоения индивидом общественных норм и ценностей. В последнем случае одним из важнейших элементов в социальной интеграции личности выступает право как совокупность мер свободы и ограничения, которая через закрепленные определенным образом нормы поведения является основой самовоспроизводства общественных связей, а, значит, и самого общества<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> См.: Лунеев В.В. Преступность / Большая Российская Энциклопедия. М., 2014. Т. 27. С. 446.

<sup>6</sup> АППГ — аналогичный период предыдущего года.

<sup>7</sup> См.: [Электронный ресурс]: // URL: <https://mvd.ru/Deljatelnost/statistics> (дата обращения: 16.10.2016)

<sup>8</sup> Обама заплакал во время выступления. [Электронный ресурс]: // URL: [http://tvzvezda.ru/news/vstrane\\_i\\_mire/content/201601060051-zrj4.htm](http://tvzvezda.ru/news/vstrane_i_mire/content/201601060051-zrj4.htm) (дата обращения: 06.01.2016)

<sup>9</sup> См.: Гусейнов А.А. Насилие / Большая Российская Энциклопедия. Т. 27. С. 104–105; Он же. Великие моралисты. М., 1995; Он же. Идея абсолютного в морали. М., 2004. Синонимами термина «насилие» являются: беззаконие, выкручивание рук, давление, диктат, изнасилование, изнаевага, кулачное право, нажим, насилие, насильство, нуда, палка, понука, принуждение, притеснение, произвол, пытка, разбой, расправа, репрессия, самовластие, самоволие, сила, террор, тирания. [Электронный ресурс]: // URL: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/bse/112538/Насилие> (дата обращения: 01.11.2016)

<sup>10</sup> Подробнее см.: Мир, любовь и свобода: как жить без войн / под ред. Т. Пальмера. М., 2015.

<sup>11</sup> Уместно отметить: по состоянию на 15.01.2016 в Уголовном кодексе Российской Федерации слово «насилие» используется 71 раз, «принуждение» — 19 раз.

<sup>12</sup> Табылгинова Л.А. Основные научные подходы к понятию «социальная интеграция» // Ученые записки ЗабГУ. Серия: Философия, социология, культурология, социальная работа. 2011. № 4. [Электрон-

Нельзя сказать, что заявленная тема обделена вниманием отечественных исследователей, в том числе правоведов — ученых и практиков. Напротив, юристов, пишущих сегодня об указанных феноменах, предостаточно. Однако научное наследие И.А. Ильина<sup>13</sup>, труды и воззрения которого по этим вопросам не потеряли значимости, актуальности<sup>14</sup> и в современной России, в известных нам работах ученых-криминалистов, за редким исключением, фактически не используются<sup>15</sup>. Чаще, если и упоминаются, то лишь вскользь либо только его краткие, выразительные по форме и глубокие по содержанию максимы, прилагаются в качестве эпиграфа<sup>16</sup>, отражающего основную идею, замысел научного исследования, например: «Нелеп и опасен такой порядок жизни ... когда смысл права выражается слишком сложно, запутанно и непонятно»<sup>17</sup>. В советский период это объяснялось идеологическими догмами, библиографической редкостью работ ученого. Ныне труды И.А. Ильина доступны в исчерпывающем объеме<sup>18</sup>, но они по-прежнему остаются не замеченными криминалистами в должной степени.

ный ресурс]: // URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/osnovnye-nauchnye-podhody-k-ponyatiyu-sotsialnaya-integratsiya>; Селиванова Ю.В., Зайцев Д.В. Социальная интеграция личности: социологический подход к анализу понятия // Известия Саратов. ун-та. Сер. Социология. Политология. 2014. Т. 14. Вып. 2.

<sup>13</sup> Иван Александрович Ильин (1883, Москва — 1954, Цолликон близ Цюриха), русский религиозный философ, правовед, общественный деятель; доктор государственных наук, профессор (1918). Родился в дворянской семье губернского секретаря, присяжного поверенного А.И. Ильина и Е.Ю. Ильиной (урожд. Швейкерт). Дед Ильина участвовал в строительстве Большого Кремлевского дворца, впоследствии был его смотрителем и комендантом. Крестным отца Ильина был император Александр II. Противник большевизма, в статье «Ушедшим победителям», посвященной юнкерам, павшим в боях с большевиками в октябре — ноябре 1917 г., Ильин выразил уверенность в исторической гибели последних; неоднократно арестовывался, 4.09.1922 обвинен в антисоветской деятельности, приговорен к пожизненной ссылке за границу. Вместе с женой (Н.Н. Вокач, 1882–1963) отбыл в Германию в составе большой группы русских ученых, философов и литераторов на «философском пароходе». До 1938 г. жил в Берлине; преследуемый нацистами, переехал в Швейцарию. События наложили значительный отпечаток на его социально-философские размышления, придав им силу жизненного опыта. Активно участвовал в антисоветской деятельности русской эмиграции. Идеолог Белого движения, был тесно связан с Русским общевоинским союзом; впоследствии категорически отрицал принадлежность к какой-либо политической партии. Издавал «Русский колокол. Журнал волевой идеи» (1927–30 гг.). См.: Документы ВЧК–ГПУ–НКВД / Ильин И.А. Собр. соч. Дневник, Письма. Документы (1903–1938). М., 1999. С. 373–439; Православная энциклопедия. Т. XXII. М., 2009. С. 344–358; БРЭ. Т. 11. М., 2008. С. 115–117.

<sup>14</sup> В период, предшествовавший магистерским экзаменам (1906–1909), Ильин написал ряд работ, в которых отчетливо выявился его интерес к метафизическим и религиозным вопросам, в частности: «Идея общей воли у Ж.-Ж. Руссо», «Метафизические основы учения Аристотеля о *Doulos Fysei*» («рабство от природы»), «Проблема метода в современной юриспруденции» и др. С 1910 г., после утверждения в звании приват-доцента по кафедре энциклопедии права и истории философии права, читал лекции в Московском университете, напечатал первую крупную научную работу «Понятие права и силы: Опыт методологического анализа / Ильин И.А. Собр. соч. Т. 4. С. 5–44.

<sup>15</sup> См., напр.: Афанасьева О. Понятие и содержание криминального насилия // Уголовное право. 2014. № 5. С. 13–15; Бриллиантов А. Насилие и угроза применения насилия при совершении изнасилования // Уголовное право. 2014. № 5. С. 35–38; Гертель Е.В. Соотношение понятий «насилие» и «принуждение» // Российский следователь. 2010. № 17. С. 19–20; Голубов И.И. Виды насилия в преступлениях против правосудия: классификация, понятие и квалификация // Российский следователь. 2012. № 24. С. 36–39; Он же. Юридическая оценка применения насилия при совершении преступлений против правосудия // Российская юстиция. 2014. № 11. С. 35–38 и др.

<sup>16</sup> См., напр.: Зажицкий В.И. Встречи оперативного сотрудника с подозреваемым: какими они должны быть? // Российская юстиция. 2015. № 1. С. 34–38.

<sup>17</sup> Ильин И.А. О сущности правосознания. М., 1993. С. 24.

<sup>18</sup> См., напр.: Ильин И.А. Собр. соч.: В 10 т. М., 1993–1999; он же. Письма. Мемуары (1939–1954). М., 1999; он же. Переписка двух Иванов. М., 2000. 3 т; он же. Статьи. Лекции. Выступления. Рецензии

Предметнее к его работам обращаются философы<sup>19</sup>, аналитики государственно-правовых дисциплин, политики, полагающие, что богатое теоретико-правовое наследие И. Ильина «начинает входить в систему фундаментальной источниковедческой базы развития современного правоведения, формирования качественной правовой культуры юридического сообщества»<sup>20</sup>.

В современной монографической, справочной, учебной литературе, в публикациях философов, правоведов (в том числе криминалистов, криминологов), социологов, других специалистов в области социально-гуманитарных знаний обнаруживается полифония мнений о «насилии», его определении и различных формах проявления — заставления, понуждения, принуждения, пресечения. При этом, как отмечает создатель культурно-исторической теории происхождения высших психических функций психолог Л.С. Выготский, методологически очевидно, что «не все равно, как называть явления, и педантизм там, где за ним стоит исследование или философия, имеет свой резон: он понимает, что ошибка в слове есть ошибка в понимании»<sup>21</sup>.

В русском литературном языке слово «понимание» толкуется как: «1. Способность понять, постичь смысл, значение, сущность, содержание чего-л. ... 2. Та или иная точка зрения на что-л., то или иное толкование, объяснение чего-л.»<sup>22</sup>. Семантически определение указанного слова выделяет *понимание–значение* (уяснить смысл чего-либо) и *понимание–истолкование* (т.е. интерпретация и оценка), рассматриваемые как универсальная способность человека, связанная с усвоением нового содержания, включением его в систему устоявшихся представлений<sup>23</sup>.

(1906–1954). М., 2001; *он же*. Философия Гегеля как учение о конкретности Бога и человека: [В 2 т.]. М., 2002. Т.1: Учение о Боге; Т. 2: он же. Учение о человеке; Аксиомы религиозного опыта: Исследование. М., 2002; *он же*. Гитлер и Сталин: Публицистика. 1939–1945 гг. М., 2004; *он же*. Справедливость или равенство? Публицистика 1918–1947 гг. М., 2006; Русский колокол. Журнал волевой идеи. М., 2009 и др. работы (многие из них есть в Интернете). В 2006 г. основной комплекс архивных материалов и библиотеки Ильина (рукописи, письма, фотографии, книги — 100 коробок) из Мичиганского университета возвращен в Россию. В 2008 г. 360 книг из собрания Ильина переданы в библиотеку МГУ им. М.В. Ломоносова. 3 октября 2005 г. прах Ильина и его жены перезахоронен в некрополе Донского монастыря одновременно с прахом генерала А.И. Деникина.

<sup>19</sup> Философы считают, что Ильин «разработал оригинальную онтологическую и гносеологическую концепции, а также выдвинул ряд актуальных и интересных идей о природе, сущности и перспективах тоталитаризма». Подробнее см.: Новейший философский словарь. Минск, 2003. С. 417–418. Однако значительная часть его социально-философских и социологических соображений о будущем переустройстве тоталитарных обществ имела характер либерального утопизма религиозного толка: «Нужна новая идея — религиозная по истоку и национальная по духовному смыслу. Только такая идея и может возродить и воссоздать грядущую Россию». Эту идею Ильин предназначает идеей русского Православного Христианства. Воспринятая Россией тысячу лет тому назад, она обязывает Русский народ осуществить свою национальную земную культуру, проникнутую христианским духом любви и созерцания, свободы предметности. См.: [Электронный ресурс]: // URL: [http://dic.academic.ru/dic.nsf/russian\\_history](http://dic.academic.ru/dic.nsf/russian_history) (дата обращения: 04.12.2016)

<sup>20</sup> Кузьмина А.В. Категория «интерес» в правовых воззрениях И.А. Ильина // История государства и права. 2011. № 9. С. 38–42; см. также: Костин Ю.В. Идеи соотношения государства, права и морали в политико-правовом учении И.А. Ильина // История государства и права. 2007. № 18. С. 35; Тимофеев М.С. Идеи И.А. Ильина о сильном государстве // История государства и права. 2013. № 22. С. 28–31; и др.

<sup>21</sup> См.: Выготский Л.С. Исторический смысл психологического кризиса. Методологическое исследование / Собр. соч. Т. I. М., 1982. С. 361; Войшвилло Е.К. Понятие как форма мышления. Логико-гносеологический анализ. М., 1989.

<sup>22</sup> См.: Словарь русского языка: В 4-х т. Т. 3. М., 1999. С. 289.

<sup>23</sup> В классической философии усилиями Локка («Опыт о человеческом разумении» (1690), рус. пер. — 1898, 1985) пониманием называлась способность познания в целом. Он изложил систему эмпи-

Как термин гносеологии и философии науки, понимание противопоставляется объяснению в контексте различия наук о природе и наук о культуре. С позиции психологии и социологии, философской и юридической герменевтики, коль скоро события и факты общественной жизни субъективно значимы для участников социальных взаимодействий, их поведение, очевидно, может быть «понято». Наверное, к такому поведению (в нашем случае — насилию и иным формам принудительного воздействия) резонен не риторический вопрос: «зачем?». Ответ очевиден: задачей ученого становится адекватное разъяснение смысла, целей, намерений и ценностей, воплощаемых в человеческих поступках, выявление на основе «рационального» понимания социальных связей между ситуацией, мотивами и причинами действий личностей.

В философии понимание — процедура постижения или порождения смысла. Оно не вписывается в субъект–объектную познавательную схему, так как непознание порождает потребность в понимании, а, наоборот, потребность в понимании ведет к познанию. Благодаря неокантианству заложено ставшее теперь традиционным истолкование понимания как эвристической познавательной процедуры, дающей в целом приращение знания<sup>24</sup>, перевод которого в статус знания научного нуждается в дополнительных процедурах–верификации как процесса установления истинности научных утверждений, многопланового взаимоотношения между конкурирующими теориями и результатами их опытных проверок<sup>25</sup>.

Что касается правопонимания, правотворчества и правореализации, то его методологические основы успешно разрабатывались отечественной юриспруденцией еще в позапрошлом веке. Уже тогда право рассматривалось как сложное общественное явление, а потому познание его различных сторон фундировалось разнообразием философских подходов, а также специальных научных приемов, методов и принципов. В связи с этим при исследовании насилия как уголовно-правовой проблемы уместно напомнить установление И. Ильина, что «способов изучения права много; каждый из них в отдельности ценен, необходим и незаменим. Вера в спасительный методологический монизм падает и уступает место принципиальному признанию методологического плюрализма»<sup>26</sup>. «Неверный термин, полагал Ильин, раздваивает душу и заслоняет ей очевидность», которую он считал источником мудрости<sup>27</sup>. Признание значения терминов важно по

---

рической философии, одной из главных задач которой было доказать неосновательность допущения в познании умозрительных предпосылок и вместе с тем невозможность метафизики, занимающей трансцендентными проблемами; знание проистекает из опыта. По Локку не существует врожденных идей и принципов — ни теоретических, ни практических, включая идею Бога. Познание истинно, если идеи и их соединения или обозначающие их знаки сообразны обозначаемым ими объектам. Он выразил взгляд на свободу совести как на неотъемлемое право каждого человека; она отвечает и интересам истинной Церкви, которая не может руководствоваться насилием. См.: *Локк Д.* Соч.: В 3 т. М., 1985–1988; *Заиченко Г.А.* Дж. Локк. М., 1988.

<sup>24</sup> Неокантианство — философское течение второй половины XIX — первой трети XX вв., возникшее и утвердившееся в Германии в процессе переосмысления учения И. Канта. Самыми значительными достижениями баденской школы неокантианцев можно считать созданное В. Виндельбантом (1848–1915) и Г. Риккертом (1863–1936)) учение о ценностях, их работы об образовании понятий в науках о природе и науках о духе. См.: *Белов В.Н.* Неокантианство. Саратов, 2002; Неокантианство немецкое и русское: между теорией познания и критикой культуры / под ред. С.Я. Левит. М., 2010.

<sup>25</sup> Подробнее см.: *Понимание / Новейший философский словарь.* С. 767–769.

<sup>26</sup> *Ильин И.А.* Общее учение о праве и государстве. М., 2006. С. 8.

<sup>27</sup> *Ильин И.А.* О сопротивлении злу силою / *Ильин И.А.* Почему мы верим в Россию: Сочинения. М., 2006. С. 378, 399. Далее по тексту ссылки на эту работу даются без библиографического описания

сути. Они дают возможность описывать индивидуальные предметы, явления, слов и выраженных с их помощью в системе воззрений ученого понятий.

Термины играют определяющую роль и в стабильности права (закона)<sup>28</sup>, которой, как известно, свойственна формальная определенность правовых норм. Именно при таких условиях формализованные законодательные установления оправдывают социальные ожидания личностей, свидетельствуют об их пригодности; последние вправе рассчитывать на последствия своих действий, вытекающих из указанных установлений. Здесь уместно напомнить крылатое латинское выражение *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac (et) potestatem* (знание законов заключается не в том, чтобы помнить их слова, а в том, чтобы понимать их смысл); добавим, и тонкую оценку житейских условий, к которым уголовный закон применяется. Стоит вспомнить Макбета у Шекспира, Фиеско у Шиллера, Раскольникова у Достоевского; «в преступном событии, как правильно считал известный криминалист, могут быть изучаемы любопытнейшие психические моменты человеческой жизни — борьба страстей, столкновение характеров»<sup>29</sup>.

Идея максимально точного фиксирования грани между преступным и непроступным поведением, формулирования уголовно-правовых запретов с предельной определенностью, имеет не только важное юридическое, но и большое социальное значение<sup>30</sup>. Она же (идея) фундирует устремление в известных (разумных) пределах формализовать (сузить) на основе максимальной определенности указанных запретов судебное усмотрение.

Очевидно, в современных условиях принципиальное значение для оздоровления общества и экономического развития страны имеет прогресс в реализации верховенства права. Главным препятствием на этом пути является смешение права и законодательства, избыточность последнего как воли государства или некоторых групп лиц, силой навязываемой остальной части общества, ограничение полномочий государства, в том числе с помощью демократического механизма, запрещает ему использовать в отношении граждан больше насилия, чем необходимо для предотвращения преступлений<sup>31</sup>.

В этом контексте важно понять Ильина, уяснить смысл и значение, его отношение к данным феноменам, осмыслить аргументы по поводу и их общефилософского содержания, и их правовой сущности. Актуально и осознание позиции ученого о соотношении рассматриваемых понятий с другими понятиями, отражающими социально-гуманитарные, в том числе и правовые реалии, о релевантном использовании специфических свойств предикативной в данном ряду понятий дефиниции «насилие» как крайнего выражения зла в законотворческой и правоприменительной практике. Примечательно то, что на этой основе в социальной сфере возможен переход к альтернативному поведению — ненасилию — акту весьма своевременного морального выбора, содействующего консолидации личностей, пониманию между культурными, этническими, конфессио-

<sup>28</sup> Доказательства значения терминов в уголовном законе см.: *Бойко А.И.* Язык уголовного закона и его понимание. Ростов н/Дону, 2009; *Пычева О.В.* Герменевтика уголовного закона. Ульяновск, 2005.

<sup>29</sup> *Таганцев Н.С.* Указ. соч. С. 5.

<sup>30</sup> Не нами сказано, что «...от официального общества до некоторой степени зависит квалификация некоторых нарушений установленных им законов как преступлений или только как проступков. Это различие терминологии является далеко не безразличным, ибо оно решает тысячи человеческих судеб и определяет нравственную физиономию общества». *Маркс К.* Население, преступность и пауперизм / *Маркс К. и Энгельс Ф.* Соч. Т. 13. С. 516. Подробнее см.: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келин. М., 1987. С. 9–12.

<sup>31</sup> Подробнее см.: Верховенство права как фактор экономики / под ред. Е.В. Новиковой и др. М., 2017; Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике. М., 2009; *Ленин Б.* Свобода и закон. М., 2008.

нальными общностями, способствующего толерантности и готовности к разрешению конфликтов, кажущихся неразрешимыми. Ненасилие — этический принцип, согласно которому границы нравственности (морали) совпадают с отрицанием насилия. В отечественной литературе и общественно-политической лексике этот термин закрепился с конца 1990-х гг., чему способствовали как академические исследования философии и этики ненасилия, так и гражданские инициативы, призванные адаптировать к российским условиям опыт ненасильственных акций<sup>32</sup>.

**История вопроса и его содержание.** С момента появления насилия, а оно, как отмечалось, во все времена было спутником человечества, не только переполненного организованным насилием — войнами, но и преступностью<sup>33</sup>, существуют и различные системы — религиозные, философские, юридические и социальные, призванные предотвратить или ограничить его. В мире христианской культуры проблемы этики ненасилия и противоположной позиции — активного преодоления зла — являются всегда острыми. В творчестве русских мыслителей XX века сама жизнь сделала эти проблемы первостепенно важными. Итоговое, самое полное исследование теории, а отчасти и практики непротivления злу насилием, несовместимости государства и христианства дано в книге Л. Толстого «Царство Божие внутри вас» (1890–1893)<sup>34</sup>.

И.А. Ильин неоднократно обращался к исследованию насилия как философской категории. Это было обусловлено рассмотрением им таких проблем как возникновение насилия, соотношение силы и права и опровержение позиции Л. Толстого и его сторонников о непротivлении злу насилием. Л. Толстой считал, что в основе всех великих

<sup>32</sup> Обобщающее сочинение разрабатываемой концепции этики ненасилия см.: Гусейнов А.А. Великие моралисты. М., 1995; Он же. Идея абсолютного в морали. М., 2004 и др. В постсоветской историографии и политической теории распространен образ революционных событий 1905 г. как процесса по преимуществу ненасильственного сопротивления. См.: Опыт ненасилия в XX столетии / Ненасильственная компонента революции 1905 года. [Электронный ресурс]: // URL: \_03.htm (дата обращения: 05.01.2017)

<sup>33</sup> Переполненность истории примерами насилия, грабежа, вторжений, междоусобиц и т.д. заставила многих мыслителей утверждать, что насилие лежит в основе частной собственности и поэтому ее следует рассматривать как нечто несправимо противозаконное — и в наше время, и в древние эпохи. В связи с этим в определенном смысле логичен марксистский постулат: «Насилие является повивальной бабкой всякого старого общества, когда оно беременно новым. Само насилие есть экономическая потенция». Маркс К. Капитал / Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 761. В унисон и теория происхождения государства и права (теория насилия), утверждающая, что главная причина их возникновения — завоевание, насилие, порабощение одних племен другими (Е. Дюринг, Л. Гумплович, К. Каутский). В энциклопедической литературе насилие определялось как «применение тем или иным классом (социальной группой) различных, вплоть до вооруженного воздействия, форм принуждения в отношении др. классов (социальных групп) с целью приобретения или сохранения экономического и политического господства, завоевания тех или иных прав или привилегий». См.: Большая Советская Энциклопедия. 3-е изд. [Электронный ресурс]: // URL: <http://bse.uaio.ru/BSE/1702.htm>. Еще категоричнее это выражалось в предыдущем издании: «Насилие играет значительную роль в ходе исторического развития. Не только в эпохи революций и переворотов, когда с помощью насилия — вооруженного восстания — один класс устраняет от власти другой, но и в т.н. нормальное время в обществе действует организованное насилие — политическая власть, государство, которое является орудием подавления угнетенных классов господствующими. ... По мере того как диктатура пролетариата будет разрешать свои задачи, которые заключаются, с одной стороны, во все усиливающемся социалистическом строительстве, а с другой — во все усиливающемся выкорчевывании капиталистических корней, государство отмирает, отмирает последняя форма организованного насилия. Завершение этого процесса упирается в коммунистическое общество, не знающее ни классов, ни эксплуатации, ни государства, ни, следовательно, организованного насилия». См.: Малая Советская энциклопедия. М., 1930. Т. 596, 597.

<sup>34</sup> См.: Толстой Л.Н. Царство Божие внутри Вас, или христианство не как мистическое учение, а как новое жизнепонимание / Полн. собр. соч. Т. 28. М., 1955.

религиозных и философских жизнеучений лежит закон любви и что он приобретает действенность в качестве непротivления злу. «Любовь же, истинная любовь, составляющая сущность души человека, та любовь, которая открыта учением Христа, исключает возможность мысли о каком бы то ни было насилии»<sup>35</sup>.

Острую полемику вызвало сочинение Ильина «О сопротивлении злу силой», написанное им в эмиграции и изданное в Берлине (1925). Оно содержит критику, казалось бы, против давно раскритикованного «сентиментально-идиллического» учения Л. Толстого «о непротivлении злу насилем» и толстовства. Но уже во введении, определяя собственные задачи как религиозно-метафизические и морально практические, автор расширил содержание книги, пользуясь другой формулой — «о сопротивлении злу силою и мечом», которое в современном мире приняло осязаемые формы, перестало скрываться и «открыто узаконило себя». Значительно большее внимание уделено религиозному и философскому обоснованию, оправданности физического насилия по отношению к человеку, совершающему зло<sup>36</sup> — пресечению «внешнего злодеяния» и возможным мерам воздействия на него («заставление», «принуждение», «насилие» — в условиях, когда исчерпаны все средства духовного воздействия и единственной альтернативой остается «потакающее бездействие»).

Выступление с решительной критикой толстовской теории непротivления, победы добра над злом для Ильина было вопросом его личного бытия или небытия. Он был убежден, что настоящее зло в лице коммунистического режима утвердилось на огромном пространстве России и стремится к большевизации компартий через Коминтерн (Третий интернационал), к расширению сферы влияния, формированию единого антиимпериалистического фронта, объединяющего национально-патриотические силы мира; толстовство как наиболее значительное заблуждение русской интеллигенции (согласиться с такой критикой полностью нельзя) стало одной из дорог, облегчившей шествие революции по России и приведшей ее к разорению и гибели.

Объективно (онтологически) Л. Толстой с его жестокой критикой государства и социальной несправедливости, официальной религии<sup>37</sup> был прав и когда писал, что «всякое насилие состоит в том, что одни люди под угрозой страданий или смерти заставляют других людей делать то, чего не хотят насилуемые», и когда писал об анонимности организованного легитимного насилия — «люди, совершая самые ужасные дела, не видят своей ответственности за них.... Одни потребовали, другие решили, третьи подтвердили, четвертые предложили, пятые доложили, шестые предписали, седьмые исполнили»<sup>38</sup>. И никто не виноват<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Толстой Л.Н. Закон насилия и закон любви / Там же. Т. 28.

<sup>36</sup> Сколько-нибудь глубокого религиозного и философского анализа проблемы зла книга не содержит: зло, находящееся в «духовно-душевном» мире человека, рассматривается Ильиным как «противодуховная вражда» в противоположность добру (как «одухотворенной любви, религиозно опредмеченной»). Тем не менее данная книга, содержащая только в подтексте политический смысл, связанный с событиями русской революции, вызвала многочисленные отклики и жаркие дискуссии в эмиграции. См.: Ильин И.А. Pro et contra. СПб., 2004.

<sup>37</sup> В письме к А.А. Толстой (своей двоюродной тетке, камер-фрейлине, жившей в Зимнем дворце), Л.Н. Толстой писал: «Я ведь в отношении православия — вашей веры, нахожусь не в положении заблуждающегося или отклоняющегося, я нахожусь в положении обличителя». См.: Петров Г.И. Отлучение Льва Толстого от церкви. М., 1978. С. 15.

<sup>38</sup> Толстой Л.Н. Закон насилия и закон любви / Полн. собр. соч. Т. 28. М., 1957. С. 190—191.

<sup>39</sup> Подробнее см.: Гусейнов А.А. Великие моралисты... С. 216—219.

В работе «О сопротивлении злу силою» и в других трудах Ильин выполнил подробный анализ не только понятия и признаков насилия, но и таких формах принудительного воздействия, как заставление, понуждение, принуждение и пресечение.

Правильнее было бы начать с точки зрения И. Ильина о причинах происхождения насилия. Этот вопрос он рассматривал исходя из конкуренции между личностями, каждая из которых стремится «при наименьшей затрате сил получить наибольшее удовлетворение, т.е. работать возможно меньше, а получать за это возможно больше»<sup>40</sup>. Такая конкуренция заключалась в столкновении различных интересов в общей борьбе за существование. Под интересом им понималось «отношение живущего и желающего человека ко всему тому, что ему необходимо или важно». Когда одерживает победу человек с таким интересом, И. Ильин называл это конкуренцией, за исключением ее по поводу всех доступных в равной степени благ, которых в равной мере хватит всем: воздуха на просторе, воды в реках, света в поле и т.д. «Но борьба возникает немедленно, как только воздуха (напр., в маленьких каморках), или воды (напр., в пустыне или при порче водопровода), или света оказывается ограниченное количество. Все, что обеспечивает или облегчает жизнь человека и чего в данный момент на всех не хватает — все это вызывает конкуренцию и обостряет борьбу за существование до такой степени, что люди становятся друг другу врагами»<sup>41</sup>.

Так объясняет происхождение насилия И. Ильин. Оно является одной из форм или одним из видов борьбы, в процессе которой применяются различные способы подавления воли конкурентов, в том числе путем насилия. Однако следует отметить, что данное утверждение Ильина о причинах происхождения насилия носит или односторонний, или настолько объемлющий характер, что понятиями «интерес» и «конкуренция» охватываются и другие причины применения насилия, которые могут носить политический, правовой, криминальный и бытовой характер. ***С позиции уголовного права и интерес, и конкуренция являются мотивами применения насилия, а мотив — внутреннее побуждение лица — является признаком субъективной стороны состава преступления.***

О внутренних побуждениях человека как причины происхождения насилия Ильин писал в другой работе. Происхождение насилия он усматривал в «наличии душевной склонности человека к злу как результату его субъективной оценки, которую сравнивал с «разнузданием» зверя, с тяготением к расширению власти и полноте захвата. Таким образом, злая воля человека объясняется его внутренними побуждениями. Только они могут вызвать какие-либо его телодвижения, которые могут проявляться, например, в принуждающих и насильственных действиях»<sup>42</sup>.

Прежде всего Ильин сравнивает право и силу, отмечая, «что понятие силы, как бы оно ни определялось, лежит всегда в реальном ряду, имеет всегда онтологическое значение, тогда как понятие права может и не находиться в реальном ряду, может не иметь в числе своих предикатов признака бытия»<sup>43</sup>. Логично заключить, что сила может применяться в каждом случае, а право может существовать в объективном мире, но при отсутствии необходимости может не применяться, т.е. когда отсутствует потребность в регулировании с помощью правовых норм общественных отношений.

<sup>40</sup> Ильин И. Общее учение о праве и государстве. М., 2006. С. 66.

<sup>41</sup> Там же. С. 74.

<sup>42</sup> Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. С. 395.

<sup>43</sup> Ильин И.А. Нравственная философия. Соч. в 2 т. Т. 1. Философия права. Понятие права и силы. М., 1993. С. 15–16.

Ильин отмечает различные взгляды на понятие силы: 1) с наивно-реалистической или, в частности, с обычной натуралистической точки зрения, 2) с точки зрения метафизической, 3) с точки зрения критической теории познания, 4) эти три различные точки зрения на «силу» могут еще, сливаясь и сплетаясь, образовывать новые, более сложные учения, сращивающие, например, оттенки эмпиристического с метафизическим (Ницше) или критический с метафизическим (Шопенгауэр) и т.д.

Резюмируя, Ильин назвал общий признак всем учениям о силе: это помещение ее в реальный ряд, полагая, что «под «силой» всегда понимается способность к реальному действию... составляет ли она самую сущность вещи, или только свойство ее, или играет роль рассудочной категории: с понятием силы всегда связывается представление о некоторой способности, или остающейся в чисто потенциальном состоянии, или уже осуществляющейся. Способность эта может носить далее характер физический или психический (истолковываемый с точки зрения метафизики или эмпирии) или проявляться в дальнейших подвидах этих видов, но она всегда мыслится как способность»<sup>44</sup>.

Ильин возражает Гумпловичу<sup>45</sup>, сблизившему право и силу исторически и генетически, утверждая, что право произошло из силы, так как считает, что «юридически наука государственного права занимается анализом не общественных отношений, а норм государственного права»<sup>46</sup>. Он почему-то пишет о государственном праве как о науке, которая, естественно, не может быть силой, оказывающей принуждающее воздействие. Такое воздействие может оказывать право, как совокупность норм, которое, видимо, и имел в виду Гумплович; далее Ильин пишет о праве в объективном смысле как совокупности норм, которое может рассматриваться с позиции силы.

Анализируя позицию Ильина по вопросу сравнения силы и права, следует обратить внимание на то, в каком смысле должно рассматриваться право<sup>47</sup>. Оно может быть совокупностью норм и наукой. Что может быть общего у права и силы? То, что они могут оказывать принуждающее воздействие. Наука такого воздействия не оказывает. Только право, образующее совокупность норм, может принуждать, даже если оно применяется в виде добровольного направления реализации ответственности, которая предусмотрена его нормами, не говоря о государственно-принудительном направлении. Если силу рассматривать как власть государства над проживающим в нем населением, которое в случае необходимости принимает законы в виде норм права, в этом случае можно говорить о том, что сила в таком виде порождает право. Кроме того, совершение преступлений с применением силы обязывает принятие государственными органами норм, предусматривающих уголовную ответственность за их совершение, как крайнего, субсидиарного средства восстановления социальной справедливости. В случаях необходимой обороны, причинения вреда при задержании лица, совершившего преступление,

<sup>44</sup> Там же. С. 16, 17.

<sup>45</sup> Л. Гумплович (1838–1909) — австрийский социолог и правовед. Объяснял общественные явления с позиций социал-дарвинизма. Государство считал институтом насилия меньшинства над большинством, инструментом принуждения. Не отрицая, что оно должно в известной мере покровительствовать своим членам, наделять их некоторыми основными социальными благами, отрицал теорию правового государства, считая ошибочными ее принципы свободы и равенства. См.: Гумплович Л. Социология и политика. М., 1895.

<sup>46</sup> Ильин И.А. Нравственная философия. С. 31.

<sup>47</sup> Имея объективное значение и духовный смысл, право по Ильину, относится к тем же «вершинам духа», что и истина, добро, красота и откровение: «В правосознании участвует не только «знание» и «мышление», но и воображение, и воля, и чувство, и вся человеческая душа». Ильин И.А. О сущности правосознания. Собр. соч. в 10 т. Т. 4. С. 230.

т.е. обстоятельств, исключающих преступность деяния, применения смертной казни право может допускать применение силы. А если представить себе абсолютно мирное гражданское общество, в котором не совершается насильственных преступлений (хотя такое маловероятно), то сила не применяется, а право может существовать в виде совокупности норм. В этом и заключается связь силы и права с юридической точки зрения. Из предыдущих рассуждений становится ясной дальнейшая позиция Ильина о соотношении понятий силы и права. Подвергая сомнению точку зрения Р. Иеринга, утверждавшего, что право есть «понятие силы»<sup>48</sup>, он делает вывод: право «только в известных рядах может рассматриваться как сила»; не любая норма права обладает признаком «принуждения», так как он характерен только для «санкционирующей нормы»<sup>49</sup>.

«Влечет ли за собой всякая «правовая норма» как таковая проявление и действие социально-принудительного аппарата, или не влечет, есть вопрос, который может быть решен только описанием и типизацией реального процесса — индивидуального или социального переживания права. Принуждение в этом смысле есть момент реального воплощения, реального действия права; оно предполагает, что само право перешло в состояние реальности, что оно реально действует, что оно — сила»<sup>50</sup>.

Рассматривая принуждение, которое всегда ограничивает свободу личности, в контексте взаимосвязи и взаимообусловленности таких понятий, как возможность и действительность, свобода и необходимость, свобода воли, современные исследователи полагают, что оно, как общественно опасное деяние представляет собой часто используемый, но неудачный с точки зрения теории уголовного права прием законодательной техники; это не более чем способ совершения преступления, заключающийся в подкреплении адресованного к потерпевшему лицу требования совершить те или иные действия, являющиеся в свою очередь, общественно опасным деянием<sup>51</sup>.

Сравнивая понятия «принуждение» и «насилие», философ обращается к анализу *общего, родового*, по его мнению, для них понятия — «заставления», как «наложение воли на внутренний или внешний состав человека, которое обращается не к духовному видению и любовному приятию заставляемой души непосредственно, а пытается понудить ее или пресечь ее деятельность» (курсив И. Ильина)<sup>52</sup>.

Заставление подразделяется на два вида — самозаставление и заставление других. Так как они могут выражаться в непосредственном воздействии на мотивы поведения

<sup>48</sup> Р. Иеринг (1818–1892) — немецкий правовед; по его мнению, право есть защищенный законом интерес. Государство и право необходимо дополняют друг друга: первое выступает внешним механизмом силы, право служит формой использования (действия) этого механизма. Его концепция о рождении права и бытии права в стихии борьбы схожа с принципом борьбы за существование видов в теории Ч. Дарвина. См.: *Иеринг Р. Избранные труды: В 2 т.* СПб., 2006.

<sup>49</sup> *Ильин И.А. Нравственная философия.* С. 31. Иллюстрируя состояние реальности уголовного закона, современные криминалисты в зависимости от источника выделяют три вида принуждения: принуждение в содержании общественно опасного деяния, предусмотренного УК РФ, и противопоставляемое свободе воли субъектов уголовного права («криминальное принуждение»); принуждение обстоятельствами, исключающими преступность деяния (непреодолимая сила) («некриминальное» принуждение); уголовно-правовое принуждение, исходящее от государства как последствие совершения общественно-опасного деяния, т.е. как способ внешнего воздействия на отклоняющееся поведение (или «посткриминальное» принуждение). *Шевелева С.В. Свобода воли и принуждение в уголовном праве: дис... д.ю.н.* Курск, 2015. С. 26.

<sup>50</sup> *Ильин И.А. Нравственная философия.* С. 32.

<sup>51</sup> *Шевелева С.В. Указ. соч.* С. 29.

<sup>52</sup> *Ильин И.А. О сопротивлении злу силою.* С. 395.

(приказ, запрет, угроза, бойкот) и на человеческое тело (толчок, удар, связывание, запыриание, убийство), то Ильин различает психическое и физическое заставление. Когда человек внутренне заставляя себя, понуждает к каким-либо усилиям, такое душевное состояние он назвал самопонуждением; *физическое самозаставление* обычно бывает сопряжено с психическим, т.к. человек «усиливается душевно, чтобы принудительно вызвать в себе известные телесные состояния... Такое состояние можно обозначить термином *самопринуждение*. Заставлять других возможно также в психическом и в физическом порядке»<sup>53</sup>.

Философ выделяет виды психического заставления — приказ и запрет, «обращающийся к волевой энергии духа», подкрепляющая их, психическая изоляция (разрыв отношений, исключение из клуба) и угроза любого характера. Их сущность заключается в «душевном давлении на волю человека», которое должно побудить его собственную волю к «известному решению», «видоизменить мотивационный процесс в душе заставляемого». Такое «психическое заставление стремится, не стесняя внешнюю свободу заставляемого, побудить его к тому, чтобы он *сам* решил сделать что-то и не делать чего-то. Такое воздействие побуждает и *понуждает* человека, подходя к нему «извне», обращаясь к его душе и духу, поэтому можно условиться называть его *психическим понуждением*».

Ильин подчеркивает, что при физическом воздействии на других возникают «неизбежные психические последствия для заставляемого — начиная от неприятного ощущения (при толчке) и чувства боли (при пытке) и кончая невозможностью делать что угодно (при заключении в тюрьме) и неспособностью желать или делать что бы то ни было (при смертной казни)». При этом происходит подавление воли, отсутствует выбор поведения по своему усмотрению: человек, физически понуждаемый другим, имеет всего два исхода, избавляющие его от этого внешнего напора: *лицемерие и смерть*. Первую ситуацию философ предлагает называть не *физическим принуждением*, а *физическим понуждением*; от такого лица могут требовать совершения действия и путем «*физического понуждения*», так и бездействия, путем «*физического пресечения*»<sup>54</sup>.

Еще в те времена Ильин писал: «...было бы глубокой духовной ошибкой приравнять всякое *заставление* — *насилию*... В самом слове «насилие» уже скрывается отрицательная оценка: «насилие» есть деяние произвольное, необоснованное, возмутительное; «насильник» есть человек, преступающий рамки дозволенного, нападающий, притесняющий, — угнетатель и злодей. Против «насилия» надо протестовать, с ним надлежит бороться... Доказывать «допустимость» или «правомерность» насилия — значит доказывать «допустимость недопустимого» или «правомерность неправомерного» ... Именно поэтому будет целесообразно сохранить термин «насилия» для обозначения всех случаев *предосудительного заставления*, исходящего из злой души или направляющего на зло; и установить другие термины для обозначения непредосудительного заставления, исходящего от доброжелательной души или понуждающего ко благу... и только тогда, сквозь прояснившуюся терминологию впервые обнаружится самая проблема *непредосудительного заставления* и его разновидностей»<sup>55</sup> — психического понуждения, физического понуждения и пресечения.

<sup>53</sup> Там же. С. 396.

<sup>54</sup> Там же. С. 397.

<sup>55</sup> Там же. С. 399. В работах современных криминалистов можно встретить уравнивание этих понятий: «Сущность же насилия ... связана с его объективными признаками — в частности, с заставлением лица совершить какое-либо действие либо отказаться от этого. Здесь четко выделяется идентичность

Из этих посылов Ильин подверг критике позицию Толстого и его школы, полагая, что «они не только *называют* всякое заставление — насилием, но и *отвергают* всякое *внешнее понуждение и пресечение как насилие*... термины «насилия» и «зла» употребляются ими как равнозначные настолько, что самая проблема непротивления «злу насилием» формулируется иногда, как проблема непротивления «злу злом» или воздаяния «злом за зло», именно поэтому насилие иногда приравнивается «сатане», а пользование им описывается как путь «дьявола». Он явно не соглашается с писателем в том смысле, что «победивший силою всегда и неизменно неправ, ибо «истина» и «Бог» всегда в «побежденном»»<sup>56</sup>.

Обосновывая сделанный вывод, Ильин разъясняет понятия «самопонуждения» и «самопринуждения», которые являются видами психического заставления. Если человек заставляяет себя совершать действия интеллектуального характера, он их относит к самопонуждению, а физического характера — к самопринуждению; заставляя и понуждая себя можно не только к благу, но и ко злу. «Все люди непрерывно воспитывают друг друга... не только деланием — уверенными ответными поступками, но и *неделанием* — вялым, уклончивым, безвольным отсутствием ответного поступка... уклонение от энергичного, определенно-порицающего поступка может быть равносильно *попущению, потаканию, соучастию*... *воля к чужому волеию помогает безвольному осуществить волевой акт*»<sup>57</sup>. Самопонуждение и самопринуждение ко злу он называет «самонасилием», которое «всегда будет равноопасно и равноценно духовному самопредательству».

Философ предлагает применять к лицам, еще не окрепшим во зле, для укрепления и исправления их духовного самозаставления общественно организованное психическое понуждение, которое может осуществиться в виде правовых и государственных законов, являющихся «формулами зрелого правосознания». Он пишет, что «правовой закон отнюдь не насилует человека, не попирает его достоинства и не отменяет его духовного самоуправления; напротив, он только и живет, только и действует, только и совершенствуется от свободного личного приятия и самовменения... при этом властно понуждает психику человека». Если же человек не подчиняется такому психическому понуждению «и понуждаемый все-таки предпочитает не «усматривать» и не подвергать себя необходимому самопринуждению», то возможны для него два исхода: «или предоставить ему свободу произвола и злодения... или обратиться к физическому воздействию...» и ставит два вопроса: «...может быть, это и значит воспротивиться «злу

---

принуждения и насилия как способов преступления. Другими словами, и принуждение, и насилие имеют одинаковую объективную сторону — представлены заставляющим воздействием на человека». См.: Шестаков А.Л. Сущность и место принуждения в системе способов совершения преступлений против правосудия // Российский судья. 2010. № 1. С. 24.

<sup>56</sup> Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. С. 400. Согласимся с тем, что в формуле «непротивление злу насилием» неверно делать ударение на слове «непротивление». Мысль Толстого будет понята лучше, если сделать акцент на слове «насилием». Противиться злу можно и нужно, только не насилием, а другими — ненасильственными — методами. Подробнее см.: Гусейнов А.А. Великие моралисты... С. 216–219.

<sup>57</sup> Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. С. 407. Основываясь на данной аргументации, уместно диспозицию ч.1 ст. 150 Уголовного кодекса после слов «путем обещаний, обмана» дополнить словами «*попущения, потакания*»; корреспондирующие им разъяснения дать в п. 42 постановления Пленума Верховного Суда России от 01.02.2011 № 1 (ред. от 02.04.2013) «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних».

злом»? Может быть, не психическое понуждение, а *физическое* понуждение и пресечение есть сущее зло и путь дьявола?»<sup>58</sup>.

Рассмотрев психическое заставляющее понуждение, И. Ильин анализирует его «последнюю и *крайнюю стадию*» — физическое понуждение и пресечение. Он пишет: «Всякое преднамеренное физическое воздействие на другого есть, конечно, проявление волевого усилия и волевого действия». В связи с данным выводом, продолжая тему соотношения добра и зла, философ считает, что не любое физическое понуждение является злом: «Физическое заставление было бы проявлением зла, если бы оно, по самому существу своему, было *противодуховно* и *противолюбовно*»<sup>59</sup>. Если же оно направлено на предотвращение какого-либо вреда или общественно-опасных последствий, оно является добром, если же на причинение вреда — злом. Поэтому Ильин делает вывод, «что вопрос о нравственной ценности внешнего физического заставления зависит не от «внешней телесности» воздействия (воздействие на тело) и не от «волевой преднамеренности» поступка, а от состояния души и духа физически воздействующего человека»<sup>60</sup>.

Философ ограничивает физическое понуждение от насилия, утверждая, что «физическое понуждение было бы *противолюбовно*, если бы заменяло, подавляло или полагало конец приемлющему единению людей, проявляя злобную вражду к понуждаемому, или понуждая его самого к злобной вражде, или призывая всех остальных людей ненавидеть понуждаемого или друг друга. Но все это относится только к особым, специфически дурным способам понуждения и пресечения, которые именно в силу этого приближаются к *насилию* и подлежат отвержению (грубое, оскорбительное обращение с заключенными; телесные наказания; лишение их всякого проявления любви — свиданий, передач, чтения, богослужения, духовника; снабжение их исключительно человеконенавистнической литературой и т.п.)»<sup>61</sup>.

В физическом понуждении и пресечении как *способе воздействия* Ильин выделяет три момента, которые могут казаться *противодуховными* и *противолюбовными*: во-первых, обращение к человеческой воле как таковой, *по мимо очевидности и любви*; во-вторых, воздействие на *чужую волю независимо от ее согласия* и, может быть, даже вопреки ее согласию; и, в-третьих, воздействие на чужую волю *через тело* понуждаемого. При этом он отмечает, что физическое понуждение и пресечение, которые могут применяться к человеку из добрых побуждений, отличаются от насилия тем, что «оно может быть и должно быть *непротиводуховным* и *непротиволюбным*». Исходя из этих утверждений философ, критикуя великого писателя, заключает: «...Благоговейный трепет перед телом злодея, не трепещущего перед лицом Божиим, противоестествен: это моральный предрассудок, духовное малодушие, безволие, сентиментальное суеверие. Этот трепет, скрывающийся каким-то психозом здоровый и верный порыв духа, ведет человека под флагом «непротивления злу насилием» к полному несопротивлению злу, т.е. духовному дезертирству, предательству, пособничеству и саморащению; если пресекается причинение любого вреда, не является «это изменою Божьему делу на земле»<sup>62</sup>.

Логичен вывод, к которому приходит философ: «Не всякое применение силы к «не-согласному» есть насилие... человек, *творящий понуждение или пресечение от лица*

<sup>58</sup> Ильин И.А. О сопротивлении злу силою. С. 403–404, 409, 410.

<sup>59</sup> Там же. С. 413.

<sup>60</sup> Там же. С. 412–413.

<sup>61</sup> Там же. С. 414.

<sup>62</sup> Там же. С. 416–417, 421–422.

духа... не делает его жертвой своего произвола», сравнивая лицо, осуществляющее понуждение и пресечение с насильником, который «...нападает; пресекающий отражает. Насильник требует покорности себе самому; понудитель требует повиновения духу и его законам... пресекающий движим не злобою и не жадностью, а справедливым предметным гневом», называя при этом и общие черты сходства насильника и пресекающего — «не уговаривают и не ласкают; оба воздействуют на человека вопреки его «согласию»; оба не останавливаются перед воздействием на его внешний состав»<sup>63</sup>.

Таким образом, Ильин сформулировал позицию, которая не во всех вопросах согласуется с мнением других ученых, разделив физическое понуждение, насилие и зло, считая, что любое воздействие на человека, причиняющее ему вред, является злым насилием. Если оно «не противодуховно и не противолубовно», а можно еще добавить — и не противоправно, например, применение наказания к лицу, совершившему преступление, которое направлено на его исправление, то оно является не насилием, а понуждением.

Рамки отдельной статьи не позволяют в полном объеме прикоснуться к научно-мировоззренческим взглядами И.А. Ильина; авторы льстят себя надеждой, с учетом доброжелательной критики и пожеланий, возвратиться к неиссякаемому источнику знаний, идей, которым является научное наследие известного юриста и философа.



## Библиография

- Антонян Ю.М. Насилие. Человек. Общество. М.: ВНИИ МВД России, 2001. 247 с.
- Афанасьева О. Понятие и содержание криминального насилия // Уголовное право. 2014. № 5. С. 13–15.
- Бойко А.И. Язык уголовного закона и его понимание: Учебно-методическое издание. Ростов н/Дону: Изд-во СКАГС, 2009. 320 с.
- Бриллиантов А. Насилие и угроза применения насилия при совершении изнасилования // Уголовное право. 2014. № 5. С. 35–38.
- Верховенство права как фактор экономики / под ред. Е.В. Новиковой и др. М.: Мысль, 2017. 673 с.
- Гертель Е.В. Соотношение понятий «насилие» и «принуждение» // Российский следователь. 2010. № 17. С. 19–20.
- Голубов И.И. Виды насилия в преступлениях против правосудия: классификация, понятие и квалификация // Российский следователь. 2012. № 24. С. 36–39.
- Голубов И.И. Юридическая оценка применения насилия при совершении преступлений против правосудия // Российская юстиция. 2015. № 1. С. 35–38.
- Зажицкий В.И. Встречи оперативного сотрудника с подозреваемым: какими они должны быть? // Российская юстиция. 2015. № 1. С. 34–38.
- Кузьмина А.В. Категория «интерес» в правовых воззрениях И.А. Ильина // История государства и права. 2011. № 9. С. 38–42.
- Мир, любовь и свобода: как жить без войн / под ред. Т. Пальмера. М.: Социум, 2015. 320 с.
- Неокантианство немецкое и русское: между теорией познания и критикой культуры / ред. С.Я. Левит. М., РОССПЭН, 2010. 567 с.
- Пычева О.В. Герменевтика уголовного закона / отв. ред. А.И. Чучаев. Ульяновск: УлГУ, 2005. 193 с.
- Тимофеев М.С. Идеи И.А. Ильина о сильном государстве // История государства и права. 2013. № 22. С. 28–31.
- Шестаков А.П. Сущность и место принуждения в системе способов совершения преступлений против правосудия // Российский судья. 2010. № 1. С. 23–25.

<sup>63</sup> Ильин И.А. Указ соч. С. 422, 423.

## I.A. Ilyin on Violence and Different Forms of Forced Exposure



**Fyodor Grebenkin**

Professor, Department of Criminal Law, Vyatka State University, Candidate of Juridical Sciences. Address: 36 Moskovskaya Str., Kirov 610000, Russian Federation. E-mail: grebenkin-fb@yandex.ru



**Leonid K. Savyuk**

Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia



### Abstract

The article reflects the topicality of the research and the history of the problem of origin and existence of violence in human society and its consequences as violence is considered to be one of the most acute ills in the world and remains one of the most dangerous phenomena against society, the scope of which cannot be measured or evaluated. Hence, the paper justifies the necessity to study the ideas of the Russian philosopher Ivan Ilyin' on this issue and examines his works on the causes and origin of the concept of violence, the balance between law and force and other forms of forced exposure: forcing, coercion, suppression and compulsion, and their delimitation; and refuting the position of Lev Tolstoy and his proponents on nonresistance to evil by force. Unfortunately, the academic legacy of Ilyin, whose ideas on the issues remain relevant in modern Russia, are frequently neglected in the works of criminal science researchers. The paper presents philosopher's opinions in particular competition and inward impulses, which is in line with the current criminal law theory. The article concludes that Ilyin expressed his view, not coinciding with the views of other scientists, as he separated physical coercion, violence and evil, believing that any human exposure causing harm is evil violence. However, if it is not illegal, it is not violence and it is necessary to refer it to other forms of forced exposure. Besides, the article presents Ilyin's criticism of the non-resistance theory, victory of the good over the evil. The limits of the paper do not enable to cover all Ilyin's philosophical views but the authors hope that after considering constructive criticism and recommendations they will return to the plentiful source of knowledge, and ideas represented by the legacy of the Russian lawyer and philosopher.



### Keywords

Ilyin Ivan Alexandrovich, violence; law and force; forcing; coercion; suppression; compulsion, preclusion.

Citation: Grebenkin F.B., Savyuk L.K. (2017) I.A. Ilyin on Violence and Different Forms of Forced Exposure. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 30–47 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.30.47



### References

- Antonyan Yu. M. (2001) *Nasilie. Chelovek. Obshchestvo* [Violence. Person. Society]. Moscow: MVD Rossii, 247 p. (in Russian)
- Afnas'eva O. (2014) Ponyatie i sodержanie kriminal'nogo nasiliya [Concept and Content of Criminal Violence]. *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 13–15.
- Boyko A.I. (2009) *Yazyk ugolovnogo zakona i ego ponimanie: Uchebno-metodicheskoe izdanie* [Language of Criminal Law and its Comprehension]. Rostov-na-Donu: SKAGS Press, 320 p. (in Russian)
- Brilliantov A. (2014) Nasilie i ugroza primeneniya nasiliya pri sovershenii iznasilovaniya [Violence and Threat of Violence in Rape]. *Ugolovnoe pravo*, no. 5, pp. 35–38.
- Gertel' E.V. (2010) Sootnoshenie ponyatiy «nasilie» i «prinuzhdenie» [Concepts of Violence and Coercion]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no. 17, pp. 19–20.
- Golubov I.I. (2012) Vidy nasiliya v prestupleniyakh protiv pravosudiya: klassifikatsiya, ponyatie i kvalifikatsiya [Violence in Crimes against justice: Classification, Concept, Qualification]. *Rossiyskiy sledovatel'*, no. 24, pp. 36–39.

- Golubov I.I. (2015) Yuridicheskaya otsenka primeneniya nasiliya pri sovershenii prestupleniy protiv pravosudiya [Legal Assessment of Applying Violence in the Crimes against Justice]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 1, pp. 35–38.
- Kuz'mina A.V. (2011) Kategoriya «interesa» v pravovykh vozzreniyakh I.A. Il'ina [Category of Interest in Ilyin's Legal Views]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no. 9, pp. 38–42.
- Levit S.Ya. (ed.) (2010) *Neokantianstvo nemetskoe i russkoe: mezhdru teoriey poznaniya i kritikoy kul'tury* [German and Russian Neo-Kantianism: between Epistemology and Criticism of Culture]. Moscow: ROSSPEN, 567 p. (in Russian)
- Novikova E.V. et al. (2017) *Verkhovinstvo prava kak faktor ekonomiki* [Rule of Law as an Economic Factor]. Moscow: Mysl', 673 p. (in Russian)
- Palmer T. (2015) *Mir, lyubov' i svoboda: kak zhit' bez voyn* [Peace, Love and Liberty]. Moscow: Sotsium, 320 p. (in Russian)
- Pycheva O.V. (2005) *Germenevtika ugovornogo zakona* [Hermeneutics of Criminal Law]. Ul'yanovsk: University, 193 p. (in Russian)
- Shestakov A.L. (2010) Sushchnost' i mesto prinuzhdeniya v sisteme sposobov soversheniya prestupleniy protiv pravosudiya [Nature and location of coercion among modus operandi against justice]. *Rossiyskiy sud'ya*, no. 1, pp. 23–25.
- Timofeev M.S. (2013) Idei I.A. Il'ina o sil'nom gosudarstve [Ilyin's Ideas about Strong State]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no. 22, pp. 28–31.
- Zazhitskiy V.I. (2015) Vstrechi operativnogo sotrudnika s podozrevaemym: kakimi oni dolzhny byt'? [Arranging Appointments between Investigator and Suspect]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 1, pp. 34–38.

# Деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые: основные идеи и результаты реформирования Гражданского Кодекса Российской Федерации

---



**О.В. Гутников**

заместитель заведующего отделом гражданского законодательства и процесса Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, кандидат юридических наук. Адрес: 117 218, Российская Федерация, Москва, Большая Черемушkinsкая ул., 34. E-mail: oleg\_gutnikov@mail.ru

---



## **Аннотация**

В результате реформирования Гражданского кодекса Российской Федерации правила о недействительных сделках существенным образом изменились. При этом новое правовое регулирование не вполне отражает идеи, которые выдвигались при разработке Концепции развития гражданского законодательства. В статье содержится анализ основных изменений правового регулирования недействительности сделок и оценка результатов реформирования Гражданского Кодекса Российской Федерации. Делается вывод о противоречивости и незавершенности новых правил, которые, с одной стороны, сближают правовые режимы ничтожных и оспоримых сделок, а, с другой стороны, сохраняют их законодательную дифференциацию. Сохранение деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые при унификации их правовых режимов порождает дополнительные проблемы их квалификации и влечет расширение возможностей для признания сделок недействительными, что не соответствует целям реформы. Новые общие нормы о недействительности сделок содержат в себе огромный негативный потенциал, использование которого недобросовестными лицами может подорвать стабильность гражданского оборота в еще большей степени, чем это было в дореформенный период. В частности, увеличено количество видов ничтожных сделок; чрезмерно широко трактуется понятие сделок, нарушающих публичный интерес; требование о признании недействительными оспоримых сделок может заявить любая сторона сделки в связи с нарушением любых требований закона и т.д. В статье предлагается отказаться от законодательного деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые, установить единый правовой режим для всех недействительных сделок (и ничтожных, и оспоримых, и несостоявшихся), основанный на презумпции действительности любой совершенной сделки, вытекающей из презумпции добросовестности и разумности любых действий участников гражданского оборота. Презумпция действительности любой сделки может быть опровергнута только в судебном порядке. Правовой режим оспаривания сделок необходимо дифференцировать не по видам их недействительности, а в зависимости от особенностей состава тех или иных недействительных сделок.

---



## **Ключевые слова**

реформа Гражданского кодекса Российской Федерации, сделки, договоры, недействительность сделок, ничтожность, оспоримость, публичные интересы, презумпция действительности.

---

Библиографическое описание: Гутников О.В. Деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые: основные идеи и результаты реформирования Гражданского кодекса Российской Федерации // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 48–67.

JEL: K12; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.48.67

## Основные идеи о реформировании недействительных сделок при разработке Концепции развития гражданского законодательства

Указом Президента Российской Федерации от 18.07.2008 № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее — ГК РФ) начата реформа гражданского законодательства, продолжающаяся до настоящего времени. Важное место в реформе занимал вопрос о недействительных сделках. Несовершенство законодательного регулирования и состояние судебной практики в сфере признания сделок недействительными давало возможность недобросовестным лицам оспаривать в суде практически любую сделку. Поэтому усилия рабочей группы при работе над Концепцией развития гражданского законодательства (далее — Концепция)<sup>1</sup> были направлены на минимизацию правовых возможностей оспаривания сделок.

Для этого обсуждалось несколько концептуальных идей:

1) полный отказ от деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые и установление в законе презумпции действительности любой сделки, которая может быть опровергнута только в судебном порядке<sup>2</sup>;

2) сближение правовых режимов ничтожных и оспоримых сделок при отказе от нормативного закрепления их дефиниций<sup>3</sup>;

3) сохранение нормативного определения ничтожных и оспоримых сделок при определенном сближении их правовых режимов<sup>4</sup>;

4) установление более строгих требований к основанию признания недействительными ничтожных сделок: вместо несоответствия сделки закону предлагалось установить, что ничтожная сделка должна либо нарушать прямо выраженный в законе запрет, либо о недействительности такой сделки должно быть прямо указано в законе<sup>5</sup>;

5) «переворот» презумпции ничтожности любой незаконной сделки на презумпцию ее оспоримости<sup>6</sup>;

6) ограничение возможности применения положений о недействительности сделок к договорам: общие положения недействительности предлагалось применять к договорным отношениям лишь в субсидиарном порядке, если иное не предусмотрено правилами об отдельных видах договоров<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А.Л. Маковского. М., 2009.

<sup>2</sup> Данная идея в ГК не получила закрепления.

<sup>3</sup> Данная идея в ГК также «не прошла».

<sup>4</sup> Данная идея была в основном воспринята при разработке поправок в ГК и получила закрепление в действующей редакции Кодекса.

<sup>5</sup> Данная идея не была воспринята при разработке поправок в ГК.

<sup>6</sup> Данная идея получила закрепление в новой редакции ст. 168 ГК.

<sup>7</sup> Данное правило вошло в п. 1 ст. 431.1 ГК.

Предлагалось еще несколько новелл, которые затруднили бы возможность оспаривать сделку. Среди них были следующие:

1) введение правила «эстоппель», запрещающего ссылаться на недействительность сделки недобросовестной стороне, которая предшествующим поведением давала основания другой стороне полагаться на действительность сделки<sup>8</sup>;

2) введение правила о последующем одобрении (подтверждении) оспоримых сделок, исключающем возможность таких лиц оспаривать сделку после такого одобрения (подтверждения)<sup>9</sup>;

3) запрет оспаривать полностью или частично исполненную сделку стороной, которая приняла исполнение по такой сделке, а сама при этом полностью или частично не исполнила своих обязательств<sup>10</sup>;

4) закрепление в законе общего правила, что оспоримая сделка может быть признана недействительной лишь если она нарушает права и законные интересы лиц, имеющих право ее оспаривать<sup>11</sup>;

5) запрет суду по собственной инициативе применять последствия ничтожной сделки, кроме случаев, когда это необходимо для защиты публичных интересов<sup>12</sup>;

6) запрет на предъявление исков о признании недействительными исполненных сделок без одновременного предъявления требования о применении последствий недействительности таких сделок<sup>13</sup>;

7) введение в ГК РФ правил о судебной санации (оздоровлении) недействительных сделок (и ничтожных, и оспоримых) в случаях, предусмотренных законом, когда в целях обеспечения стабильности гражданского оборота суд может оставить недействительную сделку в силе<sup>14</sup>.

В частности, предлагалось сохранять силу сделок, которые без ущерба для прав и законных интересов сторон могут быть переквалифицированы на иной вид сделки, если есть основания предполагать, что другая сделка отвечала бы воле сторон, если бы им было известно о недействительности первой сделки. Также санировать предполагалось сделки, если требование об их недействительности можно квалифицировать как злоупотребление правом (ст. 10 ГК РФ) в отношении сторон сделки или третьих лиц, а также сделки, признание недействительности которых является бессмысленным в силу того, что такое признание не приведет к защите чьих-либо нарушенных прав или законных интересов.

8) введение в ГК РФ правила о возложении на недобросовестную сторону недействительной сделки обязанности возмещать другой стороне в полном объеме убытки, связанные с недействительностью сделки, исходя из представлений о недействительной сделке как о правонарушении (деликте)<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> Правило включено в п. 5 ст. 166 ГК РФ.

<sup>9</sup> Правило включено в абз. 4 п. 2 ст. 166 ГК РФ, однако в уточненном виде: «Сторона, из поведения которой явствует ее воля сохранить силу сделки, не вправе оспаривать сделку по основанию, о котором эта сторона знала или должна была знать при проявлении ее воли».

<sup>10</sup> Правило включено в п. 2 ст. 431.1 ГК РФ, однако применительно не ко всем сделкам, а лишь к предпринимательским договорам.

<sup>11</sup> Правило включено в абз. 2 п. 2 ст. 166 ГК РФ.

<sup>12</sup> Соответствующее правило вошло в п. 4 ст. 166 ГК РФ.

<sup>13</sup> Данное предложение в ГК РФ не вошло.

<sup>14</sup> Правила о судебной санации недействительных сделок в ГК РФ не вошли.

<sup>15</sup> Данное правило в ГК РФ также не вошло, поскольку возобладал подход, согласно которому совершение недействительной сделки само по себе гражданским деликтом не является.

## Общие результаты реформирования положений ГК РФ о недействительных сделках

Положения ГК РФ о недействительных сделках в ходе реформы были изменены двумя законодательными актами: Федеральным законом от 7.05. 2013 № 100-ФЗ «О внесении изменений в подразделы 4 и 5 раздела I части первой и статью 1153 части третьей Гражданского Кодекса Российской Федерации»<sup>16</sup> (которым п. 2 гл. 9 ГК по сути был изложен в новой редакции), а также Федеральным законом от 8.03.2015 № 42-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского Кодекса Российской Федерации»<sup>17</sup> (которым в ГК была добавлена новая статья 431.1 о недействительности договоров).

Общий итог этих законодательных изменений — *действующий ГК РФ в результате реформы лишь частично реализовал концептуальные идеи, которые обсуждались изначально*. С одной стороны, ГК РФ действительно затруднил оспаривание сделок по отдельным основаниям, а с другой — расширил возможности оспаривания недействительных сделок в целом.

*Тем самым реформа о недействительности сделок оказалась незавершенной, а новые положения ГК РФ — внутренне противоречивыми и представляющими потенциальную опасность для стабильности гражданского оборота.*

В результате реформы создалась лишь внешняя видимость затруднения оспаривания недействительных сделок. Хотя новая редакция ГК РФ исходит из презумпции оспоримости недействительных сделок и во многом сближает правовые режимы ничтожности и оспоримости, *в целом ГК РФ не решил множества важнейших проблем, необходимых для затруднения оспаривания сделок и укрепления стабильности гражданского оборота. Возможностей признания сделок недействительными стало гораздо больше, чем раньше.*

Более того, действующий ГК РФ ввел размытые критерии ничтожных и оспоримых сделок и породил дополнительные трудности их разграничения, а, кроме того, по существу расширил возможности признания сделок недействительными, что идет вразрез с целями реформы. В прежней редакции ГК РФ разграничение ничтожных и оспоримых сделок проводилось довольно ясно: сделка, не соответствующая требованиям закона, ничтожна, если *закон не устанавливает*, что такая сделка оспорима. То есть исключения из общего правила должны быть *прямо установлены законом*.

После внесения в ГК РФ изменений, по общему правилу, противозаконная сделка является оспоримой. При этом она определяется как *сделка, нарушающая требования закона* (п. 1 ст. 168 ГК РФ), что по существу тождественно понятию сделки, не соответствующей требованиям закона. Предложения Концепции о том, чтобы сделка нарушала явно выраженные в законе запреты, ГК РФ не воспринял. Это было сделано потому, что о запретах предлагалось говорить в отношении ничтожных сделок, чтобы минимизировать случаи признания сделок ничтожными. Однако поскольку презумпция поменялась — то в отношении оспоримых сделок решено, по сути, оставить прежнюю, смягченную формулировку.

Что в результате получилось? *ГК РФ и ничтожные сделки сохранил (и не только сохранил, но и увеличил число их разновидностей), и, кроме того, расширил возможности признания оспоримых сделок недействительными*. Если раньше оспоримыми

<sup>16</sup> Вступил в силу 1.09. 2013.

<sup>17</sup> Вступил в силу 1.06. 2015.

были сделки только по тем основаниям, которые прямо указаны в законе, и оспаривать их могли только лица, указанные в законе, теперь же оспоримой является любая сделка, нарушающая любые требования закона, а оспаривать ее могут не только лица, указанные в законе, но и любая сторона сделки (п. 1 ст. 166 ГК РФ)<sup>18</sup>. Таким образом, на основании новых норм ГК РФ любая сторона любой сделки, считающая, что сделка нарушает требования закона (даже несущественные), может оспорить эту сделку в суде, если докажет, что такой сделкой нарушены ее права или законные интересы, или что сделка повлекла иные неблагоприятные для нее последствия.

**Одновременно сохранены и ничтожные сделки, но теперь их разновидностей так много, что новая презумпция «оспоримости» любой противозаконной сделки ставится под сомнение.** Ничтожными являются все сделки, которые прямо названы таковыми в законе. С квалификацией этих сделок в качестве ничтожных проблем не возникает, как не возникало их и раньше. Например, мнимые или притворные сделки, перевод долга без согласия кредитора и т.д.

Но, кроме этого, появилась категория «новых» ничтожных сделок. Они также должны нарушать требования закона, а кроме этого, отвечать хотя бы одному из новых признаков: посягать на публичные интересы либо

посягать на права и охраняемые законом интересы третьих лиц (п. 2 ст. 168 ГК РФ).

При этом в законе есть оговорка, что даже если соблюдены эти признаки, сделка является ничтожной лишь если «из закона *не следует*, что такая сделка оспорима». Окончательное решение об оспоримости или ничтожности сделки будет принимать суд, руководствуясь при этом собственным пониманием, «следует» ли из закона оспоримость сделки, что само по себе является серьезной проблемой.

## **Квалификация недействительных сделок в качестве ничтожных или оспоримых: проблемы разграничения**

В связи с сохранением в ГК РФ деления сделок на ничтожные и оспоримые вопрос об их разграничении стал еще более сложным, чем раньше. В первую очередь это свя-

---

<sup>18</sup> В литературе есть суждения, что новая редакция п. 2 ст. 166 ГК РФ предполагает, что сторона сделки может оспаривать оспоримую сделку не во всех случаях, а лишь по общему правилу. Когда закон называет субъектов оспаривания, сторона оспоримой сделки уже не имеет права ее оспаривать. Так, А.С. Райников указывает, что «если бы законодатель имел в виду возможность аннулирования оспоримой сделки ее участниками во всех случаях, группы уполномоченных на оспаривание субъектов (стороны и иные лица) перечислялись бы в п. 2 ст. 166 ГК РФ с использованием соединительного союза «и», а не разделительного «или». Употребление последнего свидетельствует о том, что в некоторых ситуациях правом на оспаривание сделки могут наделяться не ее участники, а иные лица. См.: Райников А.С. Условия оспаривания сделки в контексте поправок в ГК РФ // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 121 (сноска). Однако с таким толкованием невозможно согласиться: если бы законодатель употребил соединительный союз «и» («требование о признании оспоримой сделки недействительной может быть предъявлено стороной сделки и иным лицом, указанным в законе»), то это привело бы к абсурдному результату: тогда требование о признании оспоримой сделки недействительной по буквальному толкованию должно заявляться одновременно двумя субъектами: стороной сделки и иным лицом, указанным в законе. Употребление разделительного союза «или», наоборот, подчеркивает, что соответствующее требование может быть предъявлено любым из указанных в законе лиц: или стороной сделки, или иным лицом, указанным в законе. Тот же результат толкования, к которому стремится прийти А.С. Райников, мог быть достигнут совершенно другим способом, а именно, прямым указанием, что сторона сделки может оспаривать сделку лишь в случаях, если иное не предусмотрено законом.

зано с появлением в законе новых видов ничтожных сделок, посягающих на публичные интересы либо на права и интересы третьих лиц. В связи с этим выделяется несколько проблем, нерешенность которых оставляет чрезвычайно широкий простор судебному усмотрению.

**Первая проблема — неопределенность понятия публичных интересов**, которое законодательно нигде не определено. Признание сделок ничтожными в связи с противоречием их публичным интересам представляет собой «каучуковую» норму, которая может трактоваться и как нарушение прав публично-правового образования (государства), и как нарушение иных (абсолютно любых) общественно значимых интересов.

В научной литературе есть предположения, что к публичным интересам можно относить интересы сообщества инвесторов — участников организованных торгов на фондовом рынке, желающих приобрести акции публичного акционерного общества, интересы сообщества потребителей, другие групповые интересы (дольщиков при строительстве многоквартирных домов, абонентов-потребителей электроэнергии, пассажиров по договору перевозки и т.д.)<sup>19</sup>. Более того, публичные интересы, по мнению В.С. Ема, могут объективироваться в частном интересе отдельного субъекта, деятельность которого имеет большой вес в экономике или в котором имеется значительная доля участия государства, либо этот субъект является государственным унитарным предприятием или государственным бюджетным или казенным учреждением<sup>20</sup>. Эти и другие предложения чрезмерно расширяют трактовку понятия «публичные интересы» и поражают ничтожностью максимальный круг сделок, нарушающих те или иные интересы различных социальных групп или отдельных особо значимых в экономике субъектов. Вряд ли стоит доказывать, насколько опасен такой подход для стабильности гражданского оборота.

В связи с этим Верховный Суд Российской Федерации был вынужден разъяснить понятие публичных интересов в целях признания сделок недействительными. Во-первых, он сразу отграничил понятие публичного интереса от интереса публично-правового образования, установив, что само по себе нарушение прав публично-правового образования не может свидетельствовать о нарушении публичных интересов. Это, безусловно, правильно, поскольку иначе был бы нарушен основополагающий принцип равенства участников гражданских правоотношений: государство ставилось бы в привилегированное положение по сравнению с остальными тем, что сделки, нарушающие права государства, поражались бы ничтожностью в отличие от сделок, нарушающих права других лиц<sup>21</sup>.

Во-вторых, был приведен перечень публичных интересов:

- 1) интересы неопределенного круга лиц;
- 2) безопасность жизни и здоровья граждан;
- 3) обеспечение обороны и безопасности государства;
- 4) обеспечение охраны окружающей природной среды<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> См.: Ем В.С. О критериях ничтожности сделок в новейшем гражданском законодательстве России // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 147–148.

<sup>20</sup> Там же. С. 149–150.

<sup>21</sup> См.: п. 75 постановления Пленума Верховного Суда России от 23.06. 2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

<sup>22</sup> Там же.

В-третьих, даже указанный перечень публичных интересов является открытым, что позволяет судам в каждом случае относить к публичным и любые иные интересы, имеющие по их мнению, особо важное значение.

Наконец, в-четвертых, к посягающим на публичные интересы отнесены сделки, нарушающие явно выраженный в законе запрет (например, страхование противоправных интересов). Иными словами, то, что при разработке Концепции вполне обоснованно предлагали считать главным и единственным критерием ничтожности сделки, в нормах обновленного ГК РФ, разъясненных Верховным Судом Российской Федерации, превратилось лишь в один из видов ничтожных сделок.

В результате понятие ничтожных сделок в действующем ГК РФ стало охватывать гораздо более широкий круг сделок, чем раньше, а вопросы, которые вынужден решать суд при их квалификации, теперь включают в себя не только определение того, соответствует ли сделка закону, но и посягает ли она на публичные интересы, а также, *не следует* ли из закона, что, несмотря на признаки ничтожности, сделка все же является оспоримой.

Кроме того, появление новой категории «ничтожных» сделок, посягающих на публичные интересы, мало согласуется с оставлением в ГК РФ статьи об антисоциальных сделках (совершенных с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности (ст. 169)). По существу, антисоциальные сделки и есть сделки, нарушающие публичные интересы в их широком понимании. Так, в разъяснениях Верховного Суда о квалификации сделок, противных основам правопорядка или нравственности, приведены примеры составов, представляющих собой нарушения тех или иных запретов, установленных законом (например, сделки, направленные на производство и отчуждение объектов, ограниченных в гражданском обороте и т.д.)<sup>23</sup>. Поэтому вопрос о практической целесообразности появления в ГК РФ новой категории ничтожных сделок, посягающих на публичные интересы, остается открытым.

**Вторая проблема — квалификация сделок, посягающих на права и законные интересы третьих лиц.** В силу закона они являются ничтожными (п. 2 ст. 168 ГК РФ), если из закона *не следует*, что такая сделка оспорима или применяются другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки. Ярким примером «размытости» этого критерия является продажа чужой вещи без согласия собственника. Очевидно, что такая сделка нарушает права и законные интересы собственника вещи (третьего лица). На первый взгляд, она должна признаваться ничтожной, и так считают многие известные юристы<sup>24</sup>.

Между тем продажа чужой вещи может считаться сделкой, совершенной без необходимого в силу закона согласия третьего лица (собственника), и рассматриваться как оспоримая (ст. 173.1 ГК РФ). Однако в случаях, указанных в законе, могут наступать иные последствия отсутствия согласия, например относительная недействительность сделки: в силу закона сделка «не влечет правовых последствий для лица, управомоченного давать согласие, при отсутствии такого согласия» (п. 1 ст. 171.1 ГК РФ). Продажа чужой вещи как раз подпадает под этот случай: сделка не влечет правовых последствий для собственника вещи, но для ее сторон сохраняет силу и в полной мере порождает соответствующие правовые последствия<sup>25</sup>. Но в законе прямо об этом ничего не говорится, это «следует» из закона, а именно, из ст. 460–462 ГК РФ (правила об эвикеции).

<sup>23</sup> См.: Там же.

<sup>24</sup> См., напр.: *Скловский К.И.* Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ (Понятие и виды сделок. Недействительность сделок). М., 2015. С. 126; *Ем В.С.* Указ. соч. С. 153.

<sup>25</sup> См.: *Генкин Д.М.* Относительная недействительность сделок // *Юридический вестник.* 1913–1914. Кн. VII–VIII (III–IV). С. 215–250.

Таким образом, сделка по продаже чужой вещи вообще не является недействительной. Продавец обязан передать покупателю товар свободным от прав третьих лиц. При нарушении этой обязанности покупатель может требовать либо уменьшения цены, либо расторжения договора купли-продажи (но не признания его недействительным!). Если же товар будет изъят третьим лицом у покупателя по основаниям, возникшим до исполнения договора купли-продажи, продавец обязан возместить покупателю причиненные убытки (п. 1 ст. 461 ГК РФ). Верховный Суд России эту ситуацию учел и прямо указал, что положения ст. 167 (о реституции) в данном случае применению не подлежат<sup>26</sup>, из чего следует, что сам договор купли-продажи чужой вещи является действительным, по крайней мере, в отношении сторон сделки (продавца и покупателя).

**Третья проблема — невозможность отграничения сделок, нарушающих требования закона, от сделок, посягающих на публичные интересы или права и охраняемые законом интересы третьих лиц.** Очень многие сделки, нарушающие требования закона, могут нарушать права и законные интересы третьих лиц или публичные интересы. Более того, можно с уверенностью утверждать, что *едва ли не все сделки, нарушающие требования закона, посягают либо на публичные интересы, либо на права и законные интересы третьих, а иногда на то и на другое одновременно*. Это не удивительно, ибо любое требование закона обычно и устанавливается, чтобы защитить публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц. Нарушение такого требования всегда будет означать посягательство на публичные интересы или интересы третьих лиц. Например, сделки, совершенные с нарушением преимущественного права, нарушают одновременно запрет, установленный законом (публичный интерес), и преимущественное право третьего лица; сделки, запрещенные законом о защите конкуренции, нарушают и права третьих лиц (конкурентов и потребителей), и публичные интересы (конституционный запрет монополизации рынка). Как верно отмечается в литературе, предусмотренная ст. 168 ГК РФ «презумпция оспоримости сделки в отношении сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства, распадается абсолютно. Практически любое нарушение антимонопольного законодательства будет либо противоречить публичному порядку, либо ущемлять чьи-то права»<sup>27</sup>.

В результате «грань между противоречащими закону ничтожными и оспоримыми сделками стала менее определенной. Причем не только в силу сложного для толкования понятия публичных интересов, но и потому, что в целом идентичные по своим условиям сделки могут быть признаны, как следует из буквального текста закона, в одном случае оспоримыми, а в другом — ничтожными, если будет установлено нарушение охраняемых прав и интересов третьих лиц»<sup>28</sup>.

Не нарушают публичные интересы или права и законные интересы третьих лиц лишь некоторые традиционно оспоримые сделки (недействительность которых связана

<sup>26</sup> См.: п. 83 Постановления Пленума Верховного Суда от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации»; см. также Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда от 17.03.2015 № 306-ЭС14-929; Тузов Д.О. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 17.03.2015 № 306-ЭС14-929 // Вестник экономического правосудия. 2015. № 4. С. 4–9.

<sup>27</sup> Борзило Е.Ю. Вопросы недействительности сделок, совершенных с нарушением антимонопольного законодательства // СПС КонсультантПлюс.

<sup>28</sup> Старцева Ю.В. Общие положения недействительности сделок в свете разъяснений Верховного Суда Российской Федерации // Судья. 2015. № 10 // СПС КонсультантПлюс.

с пороками формы, несоответствием воли и волеизъявления, а также с недостатками правосубъектности). Поэтому, *несмотря на формальную презумпцию оспоримости любой противозаконной сделки, в ГК РФ фактически действует презумпция ничтожности любой сделки, нарушающей закон*<sup>29</sup>.

Таким образом, следовало бы установить, что *ничтожная сделка — это сделка, нарушающая выраженные в законе запреты, последствием нарушения которых прямо установлена ничтожность либо целью которых является поражение нарушающих их сделок ничтожностью*<sup>30</sup>. Все остальные «ничтожные» сделки, нарушающие публичные и частные интересы или интересы третьих лиц, следовало бы относить к оспоримым, и тогда презумпция оспоримости имела бы смысл. При этом для установления ничтожности должно быть совершенно не важно, в чьих интересах запрет установлен — в интересах стороны сделки, третьего лица или в публичных интересах. Важным должно быть только одно: имел ли законодатель в виду поражение сделки (или ее части) гражданской ничтожностью в случае нарушения такого запрета или нет.

Критерий нарушенного интереса здесь не играет роли, ведь поражение сделки действительностью имеет значение для частного права, для которого абсолютно не значимо, какую императивную норму (охраняющую публичный или частный интерес) нарушает сделка. Главное — рассматривает ли закон нарушение данной нормы как достаточное основание ничтожности сделки в частных отношениях или нет. Более того, можно сказать, что в политико-правовом плане, по общему правилу, как раз нарушение сделкой публичных интересов должно влечь не гражданско-правовую недействительность сделки, а иные, публично-правовые санкции (уголовные, административные и т.п.)<sup>31</sup>. И, наоборот, нарушение императивных норм, охраняющих частный интерес сторон сделки или третьих лиц, должно влечь недействительность сделки.

Вопрос лишь в том, как идентифицировать те нормы права, несоблюдение которых влечет по замыслу законодателя ничтожность всей сделки или отдельных ее условий. Оптимальным вариантом здесь является сочетание текстуальной ничтожности (т.е. прямое указание в законе о ничтожности сделки как последствии нарушения запрета) и «телеологической» ничтожности, но не в смысле характера нарушенного сделкой интереса (публичного, частного, третьих лиц), а в смысле выявления судами цели установления конкретного запрета: установлен ли запрет в целях поражения сделки ничтожностью при его нарушении или нет.

**Четвертая проблема — включение злоупотребления правом в число оснований недействительности сделок.** Действующий ГК РФ не называет злоупотребление правом в качестве основания признания сделки недействительной. Более того, последствием злоупотребления правом является отказ в защите соответствующего права (п. 2 ст. 10). Между тем арбитражная практика, руководствуясь соображениями практической це-

<sup>29</sup> Критическая оценка введения общего правила об оспоримости не соответствующих закону сделок дана в обстоятельной статье: *Карпатов А.Г., Тузов Д.О.* Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 14–67.

<sup>30</sup> Похожее регулирование см. в ст. 87 Закона Эстонии «Об Общей части Гражданского кодекса» (2002): «Сделка, противоречащая вытекающему из закона запрету, является ничтожной, если смыслом запрета является то, что нарушение запрета повлечет за собой ничтожность сделки, в первую очередь в случае, если законом установлено, что определенные последствия не должны наступить»

<sup>31</sup> Можно здесь вспомнить процесс Аль Капоне, который оказался в тюрьме за неуплату налогов, а не за совершение незаконных сделок, действительность которых никем не оспаривалась.

лесообразности, уже давно рассматривает злоупотребление правом как основание недействительности сделки. Такой подход не вытекает из закона и вызывает большие сомнения<sup>32</sup>. Следуя одной логике, такие сделки всегда должны считаться ничтожными, так как они нарушают прямо установленный законом запрет злоупотреблять правом (п. 1 ст. 10, п. 2 ст. 168 ГК РФ), а, следовательно, посягают на публичный интерес<sup>33</sup>. Но, с другой стороны, всем очевидно, что само по себе злоупотребление правом — это крайне сложно определяемая категория, и объявлять такие сделки ничтожными крайне опасно. В связи с этим Верховный Суд России разъяснил, что «если совершение сделки нарушает запрет, установленный пунктом 1 статьи 10 ГК РФ, в зависимости от обстоятельств дела такая сделка может быть признана судом недействительной (пункты 1 или 2 статьи 168 ГК РФ)», т.е. она может быть признана либо ничтожной, либо оспоримой. Однако вопросы квалификации таких сделок в качестве ничтожных или оспоримых по указанному основанию, безусловно, остаются.

**Пятая проблема — расширение судебной практикой ничтожных сделок за счет сделок, не предусмотренных законом.** Эта проблема связана с тем, что российская судебная практика пытается включить в круг ничтожных сделок и те, ничтожность которых из закона прямо не следует. Есть круг сделок, не нарушающих требований закона и не обладающих признаками ничтожных (они не указаны в законе как ничтожные, не посягают на публичные интересы и не затрагивают прав и законных интересов третьих лиц). Вся «противозаконность» таких сделок заключается по сути лишь в том, что они «не вписываются» в рамки тех видов сделок, которые предусмотрены законом.

Например, Верховный Суд России высказался о таких сделках следующим образом: «Договор, условия которого противоречат существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательства, *может быть* квалифицирован как ничтожный полностью или в соответствующей части, даже если в законе не содержится указания на его ничтожность»<sup>34</sup>. В качестве примера приводится ничтожность условия договора доверительного управления имуществом, устанавливающее, что по истечении срока договора переданное имущество переходит в собственность доверительного управляющего.

Однако условие договора доверительного управления о переходе права собственности на имущество к доверительному управляющему по истечении срока управления по своей конструкции мало чем отличается от условия договора аренды с выкупом о переходе права собственности на имущество к арендатору по истечении срока аренды. Вся разница между ними состоит лишь в том, что в аренде условие о выкупе прямо предусмотрено законом, а в доверительном управлении — нет. Безусловно, условие о выкупе в договоре аренды также противоречит существу законодательного регулирования аренды, но такое условие прямо предусмотрено законом в отличие от условия о переходе права собственности в доверительном управлении, которое законом не предусмотрено. И лишь на этом основании соответствующее условие в договоре доверительного управления объявляется ничтожным. Возникает вопрос, почему это условие

<sup>32</sup> В научной литературе встречается крайне негативная оценка самой возможности признания злоупотребления правом одним из оснований недействительности сделок. См. например: Ванюкова Е.М. Может ли злоупотребление правом быть основанием для признания сделки недействительной? // Закон. 2013. № 6. С. 131–140.

<sup>33</sup> См.: п. 75 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>34</sup> Там же. П. 74.

должно становится ничтожным, если стороны так решили? Только потому, что такая возможность прямо не предусмотрена законом? Почему ничтожное условие договора лишь «может быть» признано недействительным, а не должно признаваться недействительным? По существу, речь идет о том, что противозаконными объявляются сделки, не предусмотренные законом, что вступает в явное противоречие с принципом свободы договора и грубо этот принцип нарушает.

Очевидно, что такой подход крайне опасен стабильности гражданского оборота и увеличивает риски признания различных сделок или их условий недействительными. Особенно это касается так называемых смешанных договоров, которые содержат элементы договоров различных видов, а также условия, не предусмотренные законодательством — всегда есть вероятность толкования таких договоров (или их отдельных условий) как противоречащих существу законодательного регулирования и риск признания их ничтожными в нарушение принципа свободы договора.

### **Неоправданное сохранение в ГК РФ деления сделок на ничтожные и оспоримые**

ГК РФ сохраняет деление сделок на ничтожные и оспоримые, однако правовой режим этих сделок в настоящее время максимально сближен:

прямо допускается предъявление требований о признании недействительной ничтожной сделки, если лицо, заявляющее такое требование, имеет законный интерес в признании сделки недействительной (абз. 2 п. 3 ст. 166);

одинаково ограничен круг лиц, которые могут применять последствия недействительности ничтожных и оспоримых сделок: требования о признании недействительными оспоримых сделок и о применении последствий недействительности ничтожных сделок могут быть предъявлены одними и теми же лицами — стороной сделки или иным лицом, указанным в законе (абз. 1 п. 2 ст. 166, абз. 1 п. 3 ст. 166);

запрещено требовать признания недействительным предпринимательского договора (и ничтожного, и оспоримого) для стороны, которая приняла исполнение по договору, а сама при этом не исполнила своих обязательств (п. 2 ст. 431.1);

введено правило «эстоппель» в отношении любой недействительной сделки (и ничтожной, и оспоримой) (п. 5 ст. 166);

введено правило о праве суда не применять последствий недействительности любой сделки, если их применение будет противоречить основам правопорядка или нравственности (п. 4 ст. 167);

исковая давность распространяется не только на требования о признании недействительной оспоримой сделки, но и на требования о признании недействительной ничтожной сделки (ст. 181).

Практически единственная существенная разница между оспоримыми и ничтожными сделками<sup>35</sup> в настоящее время сводится лишь к тому, что оспоримая сделка имеет «материальный» состав и может быть признана недействительной лишь в случае, если нарушает права и законные интересы лица, оспаривающего сделку, или третьего лица, в интересах которого она оспаривается (абз. 2 и 3 п. 2 ст. 166)<sup>36</sup>. Ничтожная сделка имеет «формальный

<sup>35</sup> Если не считать разграничения ничтожных и оспоримых сделок по формальному критерию наличия или отсутствия необходимости судебного оспаривания (п. 1 ст. 166 ГК РФ).

<sup>36</sup> Или повлекла иные неблагоприятные последствия.

состав» и признается недействительной независимо от того, повлекла ли она негативные последствия в виде нарушения прав и законных интересов чьих-либо лиц. Таким нарушением признается сам факт совершения ничтожной сделки, посягающей на правопорядок в целом, общественный интерес и волю государства (или публичный порядок).

Ранее нами было предложено, что материальным критерием разграничения недействительных сделок на ничтожные и оспоримые является *нарушение оспоримой сделки воли определенного лица, а ничтожной сделкой — воли государства*. Отсюда вытекают и формальные признаки оспоримой сделки: она может быть оспорена только лицами, чья воля нарушена при совершении сделки, поскольку судить о нарушении воли могут только они. Поэтому вторым материальным критерием, который лежит в основе деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые, являлся, с нашей точки зрения, указанный выше «материальный состав». Однако следует признать, что и этот критерий является спорным, поскольку существуют веские аргументы в пользу того, что и ничтожные сделки должны поражаться недействительностью лишь постольку, поскольку они также нарушают чьи-либо права и законные интересы (включая публичный интерес). «Материальный» критерий не выдерживает критики, поскольку признание любой сделки недействительной — это один из способов защиты гражданских прав, который может быть реализован только в результате их нарушения. Без нарушения права или законного интереса вообще не может быть речи о признании недействительной даже ничтожной сделки (поскольку она не нарушает чье-то право или законный интерес). Это подтверждается нормами процессуального законодательства. В соответствии с п. 1 ст. 11 ГК РФ суд осуществляет защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав. Согласно п. 1 ст. 4 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ) заинтересованное лицо вправе обратиться в арбитражный суд за защитой своих нарушенных или оспариваемых прав и законных интересов. Аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 3 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ). В соответствии с пп. 4 п. 2 ст. 131 ГПК РФ в исковом заявлении должно быть указано, в чем заключается нарушение или угроза нарушения прав, свобод или законных интересов истца. Поэтому недействительная сделка — это любая сделка, которая нарушает права и законные интересы<sup>37</sup>.

Более того, о необходимости нарушения законных интересов истца, в том числе и ничтожной сделкой в настоящее время, по сути, говорит и ГК РФ. Так, согласно п. 3 ст. 166 «требование о признании действительной *ничтожной* сделки независимо от применения последствий ее недействительности может быть удовлетворено, если лицо, предъявляющее такое требование, *имеет охраняемый законом интерес в признании этой сделки действительной*» (курсив мой. — О.Г.). Несмотря на редакционные отличия, по существу правила п. 3 (о ничтожных сделках) и п. 2 (об оспоримых сделках) ст. 166 одинаковы: в обоих случаях для признания сделки недействительной требуется нарушение охраняемого законом интереса истца.

Таким образом, ***смысл разграничения ничтожных и оспоримых сделок при сближении их правовых режимов во многом утрачен, однако пореформенный ГК РФ сохраняет это деление без каких-либо видимых практических потребностей.***

Вопрос о недействительности любой сделки попадает в правовую плоскость лишь тогда, когда возникает спор между участниками гражданских правоотношений. При отсутствии спора, когда никто не сомневается в действительности (или недействительно-

<sup>37</sup> См., напр.: *Артемов В.* Недействительность сделок и их последствия: отдельные аспекты // *Хозяйство и право.* 2002. № 9. С. 117, 120.

сти) заключенной сделки, нет никаких причин обсуждать эти вопросы. Лишь при наличии спора возникает правовая неопределенность в вопросе о действительности сделки, разрешить которую способен и полномочен только суд.

Вообще оставленное в ГК РФ (п. 1 ст. 166) разграничение ничтожных и оспоримых сделок в зависимости от необходимости судебного решения для признания сделки действительной абсолютно не учитывает, что суд осуществляет защиту любых прав и законных интересов, возникающих из любых правоотношений. Признание сделки действительной и применение последствий ее недействительности — это всего лишь один из способов судебной защиты нарушенных гражданских прав. Однако для других правоотношений никому в голову не приходит писать в законе, что, например, договор купли-продажи признается куплей-продажей в силу признания его таковым судом. Любое спорное правоотношение находит свое признание и подтверждение только в суде, однако это не является основанием для включения в законодательство оговорок о необходимости судебного признания того или иного правоотношения. Поэтому любая недействительная сделка, если она объективно существует, — это всегда «нечто» и юридический факт<sup>38</sup>, и с этим «нечто» при наличии спора приходится считаться.

Любая совершенная сделка представляет собой выраженное вовне волеизъявление, направленное на возникновение гражданско-правовых последствий, объективно существует как правовое «нечто» и при отсутствии о том спора сторон *должна предполагаться действительной*, пока иное не будет установлено решением суда. Таким образом, нужно вести речь о *презумпции действительности любой совершенной сделки*. Данная презумпция прямо вытекает из общегражданской презумпции добросовестности и разумности любых действий участников гражданского оборота (п. 5 ст. 10 ГК РФ): совершая гражданско-правовую сделку, ее стороны предположительно действуют добросовестно и разумно, исходя из законности сделки и желая создать присущие данной сделке правовые последствия, полагаясь на ее действительность. Опровергнуть эту презумпцию возможно только при наличии спора в судебном порядке.

Даже если сделка нарушает закон или публичные интересы либо интересы третьих лиц, речь идет о *частноправовой сделке*, договоре. Государство вправе «вторгаться» в оспаривание этой сделки не иначе, как по инициативе лиц, чьи права и законные интересы нарушены (в том числе и по инициативе уполномоченных государственных органов). Как весьма точно отмечал Д.И. Мейер, «ничтожество поражает эти сделки только при соприкосновении их с общественной властью, а независимо от того они существуют точно так же, как и сделки законные, и нередко встречаются в действительности»<sup>39</sup>.

Более того, и незаключенная (несостоявшаяся) сделка — это разновидность недействительной сделки постольку, поскольку она представляет собой «нечто», т.е. когда речь идет о том, что сделка фактически существует и подписана сторонами, но в силу несоблюдения обязательных требований к форме, условиям сделки и т.д. она юридически не состоялась, не вызывает юридических последствий, хотя кто-то (одна из сторон, например) ее рассматривает как совершенную и состоявшуюся<sup>40</sup>. Если же сделка фактически не состоялась (т.е. ее нет в природе), то о ней можно вовсе не говорить. Те дел-

<sup>38</sup> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 250; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 21; Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 67.

<sup>39</sup> Мейер Д.И. Русское гражданское право (репр. 1902 г.). М., 1997. Ч. 1. С. 179.

<sup>40</sup> См. напр.: Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967. С. 90–92.

ки, которые в реальности существуют, и относительно природы которых (действительность, недействительность, незаключенность) возникает спор, нуждаются в судебном признании, тем более, что последствия недействительности всегда применяются лишь в судебном порядке. Возможные опасения, что при таком подходе участники гражданского оборота и государственные органы всякий раз будут вынуждены обращаться в суд в целях оспаривания очевидно незаконных сделок вместо того, чтобы не считаться с ними как с ничтожными, совершенно беспочвенны.

Во-первых, для некоторых, особенно важных с точки зрения правопорядка сделок (например, с недвижимостью) можно устанавливать требование о необходимости их государственной регистрации и проверки законности сделки на стадии такой регистрации. При отсутствии регистрации сделка просто не будет считаться заключенной и вопроса об ее оспаривании не возникнет.

Во-вторых, если одна из сторон заключенной сделки считает ее недействительной, она в порядке самозащиты своих гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) может и без обращения в суд заявить другой стороне об этом и о нежелании ее исполнять<sup>41</sup>. Если другая сторона будет требовать через суд исполнения этой сделки, то заявляющая о недействительности сделки сторона может подать встречный иск о признании сделки недействительной. Так же и государственные органы даже при наличии презумпции действительности любой сделки не лишены фактической возможности не считаться с очевидно незаконными сделками, а при наличии соответствующего спора (например, при обжаловании соответствующих действий сторонами сделки) требовать судебного признания сделки недействительной<sup>42</sup>. Очевидно, что при таком подходе разграничение ничтожных и оспоримых сделок совершенно излишне.

Безусловно, в зависимости от серьезности того или иного нарушения закона и иных обстоятельств, сопровождающих совершение сделки, процесс признания сделки недействительной может иметь особенности. В одних случаях, когда нарушения имеют наиболее очевидный характер, признание сделки недействительной должно быть максимально упрощено, а в других случаях — затруднено. Однако по большому счету это не является причиной введения в законодательство деления всех сделок на категории ничтожных и оспоримых, или незаключенных (несостоявшихся), тем более, что жизнь гораздо многообразнее, и по степени сложности установления недействительности тех или иных сделок может быть множество градаций, которые выходят далеко за рамки их деления на «черное», «белое», или «серое» — ничтожных, оспоримых или несостоявшихся.

Поэтому сохранение в ГК РФ деления сделок на ничтожные и оспоримые — это лишнее практического смысла легальное закрепление схоластических рассуждений, особенно в той части, которая касается «действительности» оспоримой сделки до момента ее оспаривания и изначальной «недействительности» ничтожной сделки. Любая недействительная сделка недействительна с момента ее совершения, суд лишь устанавливает это и при наличии оснований ***опровергает презумпцию действительности любой сделки и устанавливает ее недействительность или подтверждает действительность сделки.***

<sup>41</sup> Это актуально для всех составов недействительных сделок, в том числе для тех, которые сегодня считаются «оспоримыми»: например, нет никаких разумных причин исполнять сделку, заключенную под влиянием насилия или угрозы, или предъявлять в суд иск о признании ее недействительной.

<sup>42</sup> Интересно, что никого не смущает фактическая возможность не исполнять вполне законную и действительную сделку, а при наличии спора — обращаться в суд с требованием о ее принудительном исполнении. В таких случаях окончательное решение о наличии долга и о принудительном исполнении (равно как и о наличии самой сделки и ее действительности) принимает только суд.

## Негативные последствия, вызванные сохранением в ГК РФ деления сделок на ничтожные и оспоримые

Сохранение деления сделок на ничтожные и оспоримые помимо совершенно ненужных трудностей квалификации еще и приносит практический вред. Даже когда режимы этих сделок по новому законодательству абсолютно идентичны, судебная практика и юристы продолжают пытаться эти режимы разделить, что никак не согласуется с теми задачами, которые ставились при разработке и принятии новых норм ГК РФ.

Наглядный пример — ограничение круга лиц, которые могут предъявлять требование о применении последствий недействительности ничтожной и оспоримой сделок. Согласно пп. 2 и 3 ст. 166 ГК РФ и для ничтожных, и для оспоримых сделок такое требование может предъявить либо сторона сделки, либо лицо, указанное в законе. Тем самым, по мысли законодателя, исключена возможность заявлять требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки неограниченным кругом заинтересованных лиц, что дает повод надеяться на устранение конкуренции между реституцией и виндикацией в спорах собственника с лицом, владеющим вещью, перешедшей по цепочке недействительных сделок.

Однако действующий ГК РФ дает основание и для иного толкования, которое было поддержано Верховным Судом России. В частности, требование о применении последствий недействительности ничтожной сделки по п. 1 ст. 166 вправе предъявить сторона сделки или иное лицо, указанное в законе. Но есть п. 2 ст. 168, по которому ничтожной является сделка, посягающая на права и законные интересы третьих лиц. Соответственно, это третье лицо может предъявлять требование о признании сделки ничтожной. Согласно абз. 2 п. 3 ст. 168, требование о признании недействительной *ничтожной* сделки независимо от применения последствий ее недействительности может быть удовлетворено, если лицо, предъявляющее такое требование, имеет охраняемый законом интерес в признании этой сделки недействительной. Как следствие, возможно предъявление и требований о применении последствий ничтожной сделки таким лицом.

Это подтвердил Верховный Суд Российской Федерации: «Исходя из системного толкования пункта 1 статьи 1, пункта 3 статьи 166 и пункта 2 статьи 168 ГК РФ иск лица, не являющегося стороной ничтожной сделки, о применении последствий ее недействительности может также быть удовлетворен, если гражданским законодательством не установлен иной способ защиты права этого лица и его защита возможна лишь путем применения последствий недействительности ничтожной сделки. [...] В исковом заявлении такого лица должно быть указано право (законный интерес), защита которого будет обеспечена в результате возврата каждой из сторон всего полученного по сделке. Отсутствие этого указания в исковом заявлении является основанием для оставления его без движения (статья 136 ГПК РФ, статья 128 АПК РФ)»<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> П. 78 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23.06.2015 № 25. Например, в одном из дел признано возможным предъявление иска о признании сделки недействительной и применении последствий недействительности лицом, которое являлось кредитором компании, продавшей долю в размере 100% в уставном капитале. См.: Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 15.12.2014 № 309-ЭС14-923 (включено в Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 2 (2015), утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 26.06.2015). [Электронный ресурс] : // URL: <http://www.vsrfr.ru/second.php> (дата обращения: 10.02.2017)

Существуют, однако, опасения, что данное разъяснение будет в полной мере использоваться для заявления требований о применении последствий ничтожной сделки произвольным кругом третьих лиц, не имеющих к сделке никакого отношения, в том числе собственником при предъявлении требований к последнему владельцу, у которого имущество оказалось в результате исполнения «цепочки» недействительных сделок, в том числе в обход правил о защите добросовестного приобретателя при виндикации<sup>44</sup>. А также в обход постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 21.04.2003 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 ст. 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О.М. Мариничевой, А.В. Немировской, З.А. Скляновой и В.М. Ширяева».

## **Перспективы отказа от деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые**

Чтобы исключить указанные проблемы, следовало бы вообще отказаться от деления недействительных сделок на ничтожные, оспоримые, а также несостоявшиеся. Правовой режим оспаривания сделок следует дифференцировать в зависимости от особенностей состава тех или иных недействительных сделок. Деление сделок на ничтожные и оспоримые можно проводить только в доктрине, и разница между ними сводится лишь к тому, что круг субъектов, которые могут требовать признания ничтожных сделок недействительными, будет шире, чем для оспоримых сделок. Но и те, и другие должны признаваться недействительными только судом именно потому, что вопрос о недействительности всегда разрешается только посредством судебного спора. При этом у любого заинтересованного лица сохраняется возможность фактически игнорировать любую недействительную сделку без судебного решения в порядке самозащиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ).

Поэтому в отношении недействительных сделок в законе можно ничего не указывать о необходимости их признания таковыми судом, а нужно лишь установить, что любые сделки *могут быть* признаны недействительными, если они нарушают требования закона (явно выраженные в законе запреты) или по иным указанным в законе основаниям (имея в виду, что оспоримые сделки нарушают волю определенного лица). При этом ни для ничтожных, ни для оспоримых сделок не должно быть обязательного признания их недействительными, они именно *могут быть* признаны недействительными, а могут быть и оставлены в силе, если не нарушают ничьих прав и законных интересов. Это относится и к так называемым несостоявшимся сделкам. В России судебная практика давно исходит из того, что если несостоявшаяся сделка исполнена (например, в которой отсутствует условие о предмете договора), то считается, что стороны своим последующим поведением путем исполнения определили предмет сделки, и она «исцелилась»<sup>45</sup>. Это может быть применено практически к любой недействительной сделке (и ничтожной, и оспоримой, и несостоявшейся<sup>46</sup>).

<sup>44</sup> Данные опасения разделяются многими авторами. См., напр.: Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М., 2016. С. 135–136.

<sup>45</sup> См., напр.: п. 7 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.02. 2014 № 165 «Обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>46</sup> В настоящее время в ГК РФ установлен прямой запрет требовать признания договора незаключенным стороной, принявшей от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо

Судебное решение или подтверждает действительность *любой* сделки в случае отказа в иске о признании ее недействительной, или опровергает презумпцию действительности сделки путем установления ее недействительности в случае удовлетворения такого иска. В целом правовое регулирование ничтожных и оспоримых сделок должно быть абсолютно идентичным: они должны признаваться недействительными лишь в случае, если нарушают чьи-либо права и законные интересы (не важно, сторон сделки или третьих лиц либо публичные интересы).

**В законодательстве должна действовать презумпция действительности любой сделки, вытекающая из презумпции добросовестности и разумности любых действий участников гражданского оборота.** Опровергнуть эту презумпцию можно только в судебном порядке путем предъявления требования о признании сделки недействительной в связи с нарушением ею прав и охраняемых законом интересов (сторон сделки, публичных интересов или третьих лиц).

## Фактические результаты реформы

В результате реформы гражданского законодательства количество судебных споров о признании сделок недействительными в России продолжает сокращаться. Так, по данным Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации, количество дел о признании договоров недействительными в системе арбитражных судов в 2014 г. составляло 11 316, в 2015 г. — 9 168 (из них 4 642 — в первом полугодии 2015 г.), а в первом полугодии 2016 г. — 3 864<sup>47</sup>.

Сокращение количества судебных споров о признании договоров недействительными в арбитражных судах во многом связано с точечными поправками, которые затрудняют оспаривание сделок (пп. 2 и 5 ст. 166 ГК РФ), и особенно с нормой п. 2 ст. 431.1 ГК РФ, согласно которой сторона, которая приняла от контрагента исполнение по договору, связанному с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, и при этом полностью или частично не исполнила свое обязательство, не вправе требовать признания договора недействительным.

Однако в целом рано говорить, что цели реформы достигнуты и правила оспаривания недействительных сделок, установленные в обновленном ГК РФ, способствуют стабильности гражданского оборота. Наоборот, сохранение деления недействительных сделок на ничтожные и оспоримые, расширение возможностей признания недействительными ничтожных и оспоримых сделок, а также проблемы их квалификации, освещенные в настоящей статье, свидетельствуют лишь, что новые общие нормы о недействительности сделок содержат огромный негативный потенциал, использование которого недобросовестными лицами может подорвать стабильность гражданского оборота в еще большей степени, чем это было в дореформенный период. Судебная практика, пока имеющая тенденцию к укреплению силы сделок, может в любой момент измениться в зависимости от экономической конъюнктуры и политико-правовых соотношений, чему способствуют новые положения ГК РФ. В конечном итоге гражданский оборот в условиях действующих норм остается пока заложником свободного судебного усмотрения. Исправить сложившееся положение вещей способна только законода-

---

тельным образом подтвердившей действие договора, если с учетом конкретных обстоятельств такое требование будет противоречить принципу добросовестности (п. 3 ст. 432 ГК РФ).

<sup>47</sup> См. сайт Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации: [Электронный ресурс]: URL: // <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 10.02.2017)

тельная корректировка положений ГК РФ о недействительности сделок, направленная на отказ от нормативного деления их на ничтожные и оспоримые и установление презумпции действительности любой сделки.



### Библиография

Артемов В. Недействительность сделок и их последствия: отдельные аспекты // Хозяйство и право. 2002. № 9. С. 114–120.

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. 682 с.

Ванюкова Е.М. Может ли злоупотребление правом быть основанием для признания сделки недействительной? // Закон. 2013. № 6. С. 131–140.

Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. М.: Статут, 2016. 431 с.

Генкин Д.М. Относительная недействительность сделок // Юридический вестник. 1913–1914. Кн. VII–VIII. С. 215–250.

Ем В.С. О критериях ничтожности сделок в новейшем гражданском законодательстве России // Вестник гражданского права. 2014. № 6. С. 140–165.

Карапетов А.Г., Тузов Д.О. Сделки, совершенные в противоречии с императивными нормами закона, в контексте новой редакции ст. 168 ГК РФ // Вестник гражданского права. 2016. № 5. С. 14–67.

Мейер Д.И. Русское гражданское право (по изд. 1902 г.). Ч. 1. М.: Статут, 1997. 290 с.

Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М.: Госюриздат, 1954. 247 с.

Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. 171 с.

Райников А.С. Условия оспаривание сделки в контексте поправок в ГК РФ // Вестник гражданского права. 2015. № 2. С. 116–141.

Скловский К.И. Сделка и ее действие. Комментарий главы 9 ГК РФ (Понятие и виды сделок. Недействительность сделок). М.: Статут, 2015. 176 с.

Старцева Ю.В. Общие положения недействительности сделок в свете разъяснений Верховного суда Российской Федерации / СПС КонсультантПлюс.

Тузов Д.О. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 17.03.2015 г. № 306-ЭС14-929 // Вестник экономического правосудия. 2015. № 4. С. 4–9.

Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1967. 311 с.

---

## Division of Invalid Transactions into Null and Voidable in Civil Law: Ideas and Results of the Russian Civil Code Reform



**Oleg V. Gutnikov**

Deputy Head, Department of Civil Legislation and Procedure, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bolshaya Cheremushkinskaya Str., Moscow 117218, Russian Federation. E-mail: oleg\_gutnikov@mail.ru



### Abstract

As a result of the reform of the Russian Civil Code the rules on the invalidity of transactions were significantly changed. The new legal regulation does not fully reflect the ideas that were put forward in the development of the Concept of development of civil law. The article analyzes the main changes in the legal regulation of the invalidity of transactions and gives assessment of the results of the Civil Code reform. It concludes about inconsistency and incompleteness of the new rules, which, on the one hand,

bring together legal regimes of null and voidable transactions, and on the other retain their legal differentiation. Preserving division of invalid transactions into the null and voidable at unifying their legal regimes creates additional problems of their qualification and involves the expansion of opportunities for invalidation of transactions that are not consistent with the purposes of reform. The new common rules on invalidity of transactions contain a huge negative potential, the use of which by dishonest persons could undermine the stability of civil turnover even more than it was in the pre-reform period. In particular, the number of kinds of null transactions increased; too broadly interpreted concept of transactions which violate the public interest; the requirement to invalidate voidable transactions may declare any party to the transaction in connection with violation of any legal requirements, etc. The article proposes to refuse legal division of invalid transactions into the null and voidable. It is proposed to establish a single legal regime for all invalid transactions (null, voidable, failed ones), based on the presumption of the validity of any of the transaction resulting from the presumption of good faith and reasonableness of any actions of the participants of civil turnover. The presumption of the validity of any transaction can be rebutted only by a court. The legal regime of contesting transactions should be differentiated not by type of invalidity, but in accordance with the particular composition of certain invalid transactions.



### Keywords

reform of the Civil Code; transactions; contracts; invalidity of transactions; nullity; voidability; public interest; presumption of the validity.

Citation: Gutnikov O.V. (2017) Division of Invalid Contractions into Null and Voidable in Civil Law: Ideas and Results of the Russian Civil Code Reform. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 48–67 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.48.67



### References

- Artemov V. (2002) Nedeystvitel'nost' sdelok i ikh posledstviya: otdel'nyie aspekty [Invalidity of Transactions and their Effects: Some Aspects]. *Khozyaistvo i pravo*, no. 9, pp. 114–120.
- Braginskiy M.I., Vitryanskiy V.V. (1997) *Dogovornoye pravo: Obschie polozheniya* [Contract Law: General Provisions]. Moscow: Statut, 682 p. (in Russian)
- Genkin D.M. (1913-1914) Otnositel'nayanedeystvitel'nost' sdelok [Relative Invalidity of Transactions] *Yuridicheskiy Vestnik*, vol. VII-VIII, pp. 215–250.
- Karapetov A.G., Tuzov D.O. (2016) Sdelki, sovershennyie v protivorechii s imperativnymi normami zakona, v kontekste novoi redactsii st. 168 GK RF [Transactions Made in Contravention of Mandatory Rules of Law in the Context of the New Version of the Article 168 of the Russian Federation Civil Code]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no. 5, pp. 14–67.
- Kontseptsiya razvitiya grazhdanskogo zakonodatel'stva Rossiyskoy Federatsii (2009) [The Concept of Development of Civil Legislation of the Russian Federation]. Moscow: Statut, 160 p. (in Russian)
- Meyer D.I. (1997) *Russkoye grazhdanskoye pravo. Ch. 1* [Russian Civil Law. Part 1. Reprint]. Moscow: Statut, 290 p. (in Russian)
- Novitskiy I.B. (1954) *Sdelki. Iskovaya davnost'* [Transactions. Limitation of Actions]. Moscow: Gosyurizdat, 247 p. (in Russian)
- Raynikov A.S. (2015) Usloviyaosparivaniyasdelki v kontekstepopравоk v GK RF [Conditions of Contesting of the Transaction in the Context of Amendments to the Civil Code]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no. 2, pp. 116–141
- Shakhmatov V.P. (1967) *Sostavy protivopravnykh sdelok I obuslovlennyye imi posledstviya* [Compositions of Illegal Transactions and its Consequences]. Tomsk: University, 311 p. (in Russian)
- Sklovskiy K.I. (2015) *Sdelka i eyo deystviye. Kommentariy glavy 9 GK RF (Ponyatiye i vidy sdelok. Nedeystvitel'nost' sdelok)* [Transaction and its Effects. A Comment to Chapter 9 of the Civil Code (Concept and Types of Transactions. Invalidity of Transactions)]. Moscow: Statut, 176 p. (in Russian)
- Startseva Yu. V. (2014) *Obshniye polozheniya nedeystvitel'nosti sdelok v svete raz'yasneniy Verkhovnogogo Suda Rossiyskoy Federatsii* [General Provisions of Invalidity of Transactions in the Light of the Explanations of the Supreme Court of Russia]. SPS Konsul'tant Plyus

Tuzov D.O. (2015) Kommentariy k opredeleniyu Sudebnoy kollegii po ekonomicheskim sporam ot 17.03.2015 № 306-ES14-929 [Comment to Decision of the Judicial Board on Economic Disputes of the Supreme Court of 03.17.2015 №306-ES14-929]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiya*, no. 4, pp. 4–9.

Vanyukova E.M. (2013) Mozhet li zloupotrebleniye pravom byt' osnovaniyem priznaniya sdelki nedeystvitel'noy? [Can the Abuse of the Right to be a Ground for Invalidation of the Transaction?] *Zakon*, no 6, pp. 131–140.

Vitryanskiy V.V. (2016) Reforma rossiyskogo grazhdanskogo zakonodatel'stva: promezhutochnye itogi [Reform of Russian Civil Law: Preliminary Results]. Moscow: Statut, 431 p. (in Russian)

Yem V.S. (2014) O kriteriyakh nichtozhnosti sdelok v noveyshem grazhdanskom zakonodatel'stve Rossii [Criteria for the Nullity of Transactions in the Recent Russian Civil Legislation]. *Vestnik grazhdanskogo prava*, no. 6, pp. 140–165.

# Понятие инвестиционного фонда и инвестиционного юридического лица

---



**А.И. Фридман**

аспирант МГИМО (У), ведущий эксперт Отдела правоприменения Департамента рынка ценных бумаг и товарного рынка Центрального банка Российской Федерации. Адрес: 107016, Российская Федерация, Москва, Неглинная ул., 12. E-mail: fridmananton@gmail.com

---



## Аннотация

Целью статьи является определение понятий инвестиционного фонда и инвестиционного юридического лица. Исследуются в том числе определение понятия инвестиционного фонда в российском праве; правовая природа отношений между пайщиками и паевыми инвестиционными фондами, пайщиками и управляющими компаниями паевых инвестиционных фондов; управляющими компаниями, правовая природа отношений между негосударственными пенсионными фондами и лицами, уплачивающими пенсионные взносы в фонд или которым должны производиться или производятся выплаты негосударственной пенсии. Исследованы точки зрения российских ученых, российское законодательство и подзаконные нормативные акты. На основе указанных источников сделаны следующие выводы: определение инвестиционного фонда, установленное российским законодательством, не является полным; пайщики паевых инвестиционных фондов не обладают правом собственности на имущество инвестиционного фонда; отношения, складывающиеся между управляющей компанией паевого инвестиционного фонда и пайщиками паевого инвестиционного фонда, невозможно охарактеризовать как отношения доверительного управления имуществом; договор, в соответствии с которым управляющая компания паевого инвестиционного фонда осуществляет управление имуществом такого фонда, не является договором доверительного управления имуществом. Предлагается внести следующие изменения в действующее законодательство и подзаконные нормативно-правовые акты: отказаться от характеристики правоотношений, складывающихся между управляющей компанией паевого инвестиционного фонда и пайщика паевого инвестиционного фонда, в качестве отношений по доверительному управлению имуществом; отказаться от законодательного закрепления права общей долевой собственности пайщиков паевого инвестиционного фонда на имущество, составляющее паевой инвестиционный фонд; изменить определение понятия инвестиционного фонда; определить в законодательстве понятие инвестиционного юридического лица. Мнение автора носит частный характер и не может рассматриваться как отражающее позицию Центрального банка Российской Федерации.

---



## Ключевые слова

инвестиция, инвестиционная деятельность, пайщик, паевой инвестиционный фонд, управляющая компания, инвестиционное юридическое лицо.

---

Библиографическое описание: Фридман А.И. Понятие инвестиционного фонда и инвестиционного юридического лица // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 68–79.

JEL: K1; УДК: 347

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.68.79

## Часть 1

Сложность разработки точного определения понятий «инвестиционный фонд» и «инвестиционное юридическое лицо» связана с рядом причин. Наиболее важной причиной можно назвать неопределенность понятия «инвестиция». Есть различные точки зрения на определение понятия инвестиция. При этом данное понятие остается больше экономическим, чем юридическим и в малой части разрабатывается представителями юридической науки. Одним из традиционных определений инвестиций является следующее: инвестиции — это вложения физических и юридических лиц, государства и муниципальных образований, направленное на увеличение их активов<sup>1</sup>. В законодательстве можно встретить определения понятий «инвестиция» и «инвестиционная деятельность». Последнее, полагаем, должно быть понимаемо таким же образом, что и «инвестирование» в силу правил словообразования русского языка. Так, ст. 1 Федерального закона от 25.02.1999 № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» устанавливает следующее: «инвестиции — денежные средства, ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права, иные права, имеющие денежную оценку, вкладываемые в объекты предпринимательской и (или) иной деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта; инвестиционная деятельность — вложение инвестиций и осуществление практических действий в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта».

Инвестиционные фонды в широком понимании (пул активов, созданный с целью инвестирования денежных средств) есть у страховых компаний; у банковских кредитных организаций (примером могут являться трейдинговые отделы, существующие в некоторых банках<sup>2</sup>); у небанковских кредитных организаций; у некоммерческих организаций, у инвестиционных компаний, которые в соответствии с российским правом не являются инвестиционными фондами, но фактически живут за счет инвестиционной деятельности (например, ОАО АФК «Система»). Важно также упомянуть о существовании суверенных инвестиционных фондов (например, Фонд национального благосостояния, принадлежащий Норвегии). Необходимо также помнить о появившихся в результате процессов глобализации трансграничных инвестиционных фондах, которые М.В. Кауракова определяет в качестве коммерческой организации, наделенной исключительной правоспособностью в сфере коллективного инвестирования, деятельность которой по привлечению и вложению прямых и портфельных иностранных инвестиций затрагивает интересы двух и более государств, в каждом из которых она (организация) рассматривается в качестве иностранного инвестора либо предприятия с иностранными инвестициями<sup>3</sup>. Примером таких инвестиционных фондов могут являться инвестиционные фонды, расположенные в оффшорных юрисдикциях, например, на Каймановых островах или Британских Виргинских островах.

<sup>1</sup> Иванова Е.В. Гражданско-правовое положение паевых инвестиционных фондов: вопросы теории и практики: дис... к.ю.н. М., 2009. С. 18; Организация управления инвестиционным процессом в новых условиях хозяйствования в строительстве: Материалы семинара. М., 1991. С. 22–31; Экономическая энциклопедия / гл. ред. Л.И. Абалкин. М., 1999. С. 221; Тарасевич Е.И. Анализ инвестиций в недвижимость. СПб., 2000. С. 16.

<sup>2</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 75; Stowell D. Investment Banks, Hedge Funds, and Private Equity. N.Y., 2017.

<sup>3</sup> Кауракова М.В. Трансграничный инвестиционный фонд как субъект инвестиционных отношений: автореф. дис... к.ю.н. М., 2014. С. 11.

В России деятельность инвестиционных фондов в смысле Федерального закона от 29.11.2001 № 156-ФЗ «Об инвестиционных фондах» (далее — ФЗ «Об инвестиционных фондах») регулируется следующими нормативно-правовыми актами: Конституцией Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), ФЗ «Об инвестиционных фондах», подзаконными нормативными актами ФСФР России, подзаконными нормативными актами Центрального банка Российской Федерации.

В соответствии со ст. 1 ФЗ «Об инвестиционных фондах», инвестиционным фондом является находящийся в собственности акционерного общества либо в общей долевой собственности физических и юридических лиц имущественный комплекс, пользование и распоряжение которым осуществляются управляющей компанией исключительно в интересах акционеров этого акционерного общества или учредителей доверительного управления. Также ФЗ «Об инвестиционных фондах» дает определения понятий акционерных и паевых инвестиционных фондов.

В соответствии со ст. 2 ФЗ «Об инвестиционных фондах» акционерным инвестиционным фондом является акционерное общество, исключительным предметом деятельности которого является инвестирование имущества в ценные бумаги и иные объекты, предусмотренные ФЗ «Об инвестиционных фондах», и фирменное наименование которого содержит слова «акционерный инвестиционный фонд» или «инвестиционный фонд». Важно сказать, что в соответствии с той же статьей акционерные инвестиционные фонды обладают исключительной правоспособностью и не могут осуществлять деятельность без получения лицензии.

Структура управления акционерным инвестиционным фондом аналогична структуре управления обычного акционерного общества, установленной Федеральным законом от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах». Инвесторы такого фонда являются его акционерами. Важным отличием акционерного инвестиционного фонда от обычного акционерного общества является запрет на размещение акционерным инвестиционным фондом иных ценных бумаг кроме обыкновенных именных акций, установленный п. 1 ст. 4 ФЗ «Об инвестиционных фондах». Из этого следует, что инвестор такого фонда будет являться в большинстве случаев его же акционером. Акции акционерного инвестиционного фонда учитываются регистратором в соответствии с п. 2 ст. 149 ГК РФ и п. 1 ст. 8 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» (далее — ФЗ «О рынке ценных бумаг»). При этом в акционерном инвестиционном фонде существуют следующие органы управления: общее собрание акционеров, совет директоров (может не существовать), единоличный исполнительный орган, коллегиальный исполнительный орган (последний может не существовать).

Важно отметить, что российское законодательство не определяет понятий «инвестиционная компания», «инвестиционное юридическое лицо», при этом включая понятие «акционерный инвестиционный фонд» в понятие «инвестиционный фонд».

ФЗ «Об инвестиционных фондах» также определяет понятие паевых инвестиционных фондов. Данное определение можно обнаружить в ст. 10 ФЗ «Об инвестиционных фондах». В соответствии с положениями данной статьи, паевым инвестиционным фондом является обособленный имущественный комплекс, состоящий из имущества, переданного в доверительное управление управляющей компании учредителем (учредителями) доверительного управления с условием объединения этого имущества с имуществом иных учредителей доверительного управления, и из имущества, полученного в процессе такого управления, доля в праве собственности на которое удостоверяется ценной бумагой, выдаваемой управляющей компанией. В статье присутствует прямое

указание, что паевой инвестиционный фонд не является юридическим лицом; указание является излишним, так как из приведенного выше определения паевого инвестиционного фонда прямо вытекает, что паевой инвестиционный фонд таким лицом не является. Возможно, включение данного положения объясняется заботой законодателя о понятности законодательных актов.

При этом определение паевого инвестиционного фонда не содержит указания, что целью создания такого инвестиционного фонда является осуществление инвестиционной деятельности.

Существуют такие инвестиционные фонды во взаимосвязи с пайщиками, управляющей компанией, регистратором, специализированным депозитарием, аудитором и агентами (которых может не быть). Пайщики инвестиционного фонда являются его инвесторами и становятся таковыми с момента приобретения инвестиционного пая.

Более того, в российском законодательстве есть и другие определения инвестиционных фондов, не попадающие в сферу инвестиционных фондов, ограниченную акционерными и паевыми инвестиционными фондами. Так в соответствии со ст. 179<sup>2</sup> Бюджетного кодекса Российской Федерации (далее — БК РФ) инвестиционным фондом является часть средств бюджета, подлежащая использованию в целях реализации инвестиционных проектов, осуществляемых на принципах государственно-частного партнерства. При этом в соответствии с БК РФ к инвестиционным фондам относятся Инвестиционный фонд Российской Федерации и инвестиционные фонды ее субъектов.

## Часть 2

Обращаясь к российской юридической доктрине для исследования взглядов на сущность понятия «инвестиционный фонд», можно также встретить мнения различных юристов о том, что понятие инвестиционного фонда, установленного ФЗ «Об инвестиционных фондах», не охватывает всей совокупности существующих инвестиционных фондов. Так, например, П. Хуснитдинов пишет, что в большинстве случаев инвестиционный фонд понимается как фонд, аккумулирующий средства от частных лиц и компаний с последующим размещением их на фондовом рынке<sup>4</sup>. Фонд, аккумулирующий средства от частных лиц и компаний с последующим размещением их на фондовом рынке, может существовать и вне формы инвестиционного фонда, определенного ФЗ «Об инвестиционных фондах».

При определении сущности инвестиционного фонда невозможно обойти широко развернувшуюся в юридической литературе дискуссию, посвященную следующим важнейшим вопросам: является ли паевой инвестиционный фонд имущественным комплексом или нет; принадлежит ли имущество паевого инвестиционного фонда на праве собственности пайщикам или нет. С одной стороны, в соответствии с определением паевого инвестиционного фонда, паевой инвестиционный фонд является имущественным комплексом, при этом он принадлежит на праве собственности пайщикам (ст. 10 ФЗ «Об инвестиционных фондах»).

В то же время существует достаточно причин, по которым паевой инвестиционный фонд некорректно называть имущественным комплексом. Решение данного вопроса затрудняется отсутствием легальных определений понятий имущественного комплек-

<sup>4</sup> Хуснитдинов П. Инвестиционные фонды в Европейском Союзе // Зарубежные финансовые рынки. 2007. № 19 (346). С. 66–67.

са и имущества в российском праве. Относительно имущества анализ норм ГК РФ не позволяет определить, какие именно объекты включаются в состав имущества путем строгого формального толкования; при этом нормы иных законодательных актов также не дают однозначного перечня включаемых в состав имущества объектов<sup>5</sup>.

Некоторые ученые (С.А. Степанов) раскрывают содержание понятия имущества посредством видов объектов гражданского права<sup>6</sup>. Одно из наиболее распространенных употреблений термина «имущество» относят к понятию имущества лишь вещи<sup>7</sup>. Другие исследователи выступают категорически против отнесения к объектам права собственности обязательственных прав. Так, В.А. Дозорцеву принадлежит следующее мнение: «Провозглашение объектом права собственности обязательственных прав и обязанностей или даже распространение на них хотя бы в какой-то части правового режима объекта права собственности, безусловно, ошибочно и способно вызвать лишь недоразумения на практике»<sup>8</sup>. Существует в доктрине и иная позиция: Л. Лапач отмечает, что практика Европейского Суда по правам человека отражает точку зрения, в соответствии с которой в понятие имущества включаются все права, которые способен доказать заявитель<sup>9</sup>. Более того из содержания некоторых норм российского законодательства вытекает, что объектом права собственности может являться обязательственное право<sup>10</sup>.

Т.Т. Оксюк писал: «...представляется невозможным с точки зрения классических конструкций отечественного гражданского законодательства и вообще институтов континентальной системы права квалифицировать паевой инвестиционный фонд как имущественный комплекс»<sup>11</sup>. В качестве обоснования своей позиции он приводит следующие аргументы:

- 1) некоторые паевые инвестиционные фонды на стадии формирования состоят только из денежных средств;
- 2) некоторые паевые инвестиционные фонды могут состоять полностью из обязательственных прав;
- 3) имущественные права не могут быть объектом вещных прав.

При этом большое количество инвестиционных фондов инвестируют денежные средства в имущественные права, такие как акции, облигации, являющиеся ценными бумагами. Необходимо также указать, что в стадии формирования инвестиционный фонд может состоять целиком из безналичных денежных средств, которые являются правами требования к кредитной организации, а не вещами. Более того, существуют инвестиционные фонды, инвестирующие денежные средства в недвижимость, заключая договоры долевого строительства. Так, инвестиционная декларация Закрытого пае-

<sup>5</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 75.

<sup>6</sup> Степанов С.А. Имущественные комплексы в российском гражданском праве. М., 2002. С. 77.

<sup>7</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 75.

<sup>8</sup> Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе России / Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. М., 1998. С. 232–233.

<sup>9</sup> Лапач Л. Понятие «имущество» в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Российская юстиция. 2003. №1. С. 19.

<sup>10</sup> П. 1 ст. 860<sup>1</sup>, п. 2 ст. 1018 ГК РФ, ст. 2 и п. 1 ст. 3 Федерального закона от 11.11.2003 № 152-ФЗ «Об ипотечных ценных бумагах», п. 3 ст. 3 Федерального закона от 22.04.1996 № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Оксюк Т.Т. Гражданско-правовое регулирование доверительного управления паевым инвестиционным фондом: дис... к.ю.н. М., 2005. С. 138.

вого инвестиционного фонда недвижимости «Жилищная программа» предусматривает возможность инвестирования имущества фонда в имущественные права из договоров участия в долевом строительстве объектов недвижимого имущества, заключенных в соответствии с Федеральным законом от 30.12.2004 № 214-ФЗ «Об участии в долевом строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости и о внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации».

Е.В. Иванова пишет: «Такое имущество не должно считаться единым имущественным комплексом, поскольку это имущество не отвечает основному признаку имущественного комплекса — отсутствует связь объектов гражданского права, в имущественном комплексе составляющих одно целое. Кроме того, не всегда в доверительном управлении находится именно имущественный комплекс»<sup>12</sup>. Ниже в своей работе она пишет, что «имущество, составляющее паевой инвестиционный фонд, не обладает качеством имущественного комплекса», кроме того, паевой инвестиционный фонд не может являться объектом вещных прав, так как в его состав могут входить не только вещи, но и права требования, и доли в уставном капитале<sup>13</sup>.

К сожалению, сегодня российское законодательство не позволяет сделать точного вывода о том, что обязательственные права не могут являться объектом вещных прав. Более того, некоторые обязательственные права могут являться объектом вещных прав в силу прямого указания законов и подзаконных нормативно-правовых актов. Так, бездокументарные ценные бумаги являются совокупностью обязательственных и/или иных прав<sup>14</sup>. В то же время к бездокументарным ценным бумагам применяются правила об именных документарных ценных бумагах, если иное не установлено законом или не вытекает из особенностей фиксации прав на бездокументарные ценные бумаги<sup>15</sup>.

Полагаем, что признание паевого инвестиционного фонда имущественным комплексом противоречит доктринальным положениям о том, что обязательственное право не может быть объектом вещного права. Большая часть нашего законодательства, по нашему мнению, исходит из этого доктринального положения. Доказательством последнего может служить ряд правовых институтов российского права, например, институт финансирования под уступку денежного требования, институт цессии. Умозаключение о том, что обязательственные права могут являться объектами вещных прав, логически сводится к признанию излишними указанных выше правовых институтов, так как функции данных правовых институтов смогут быть выполнены институтом купли-продажи.

Е.В. Иванова приходит к выводу, что паевой инвестиционный фонд может быть объектом только обязательственных прав<sup>16</sup>. Тем самым она фактически не соглашается с положениями п. 1 ст. 10 ФЗ «Об инвестиционных фондах».

Действительно, можно привести ряд аргументов в пользу точки зрения, отрицающей право собственности пайщиков на имущество и обязательства, входящие в состав паевого инвестиционного фонда. Дополнительным аргументом против признания права собственности пайщиков на имущество паевого инвестиционного фонда является существование у некоторых из них права требовать погашения инвестиционного пая.

<sup>12</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 89.

<sup>13</sup> Там же. С. 91.

<sup>14</sup> П. 1 ст. 142 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.

<sup>15</sup> П. 6 ст. 143 ГК РФ // СПС КонсультантПлюс.

<sup>16</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 92.

Использование такого права влечет за собой распоряжение имуществом фонда, например, продажу части имущества без согласия других пайщиков, что является нарушением п. 1 ст. 246 ГК РФ.

При этом возможность паевого инвестиционного фонда быть объектом только обязательных прав введет к необходимости признания неверным заключения договора доверительного управления имуществом в отношении фонда, так как доверительный управляющий по договору доверительного управления получает вещные права на передаваемое имущество, а обязательство не может быть предметом вещного права. В то же время необходимо заметить, что некоторые цивилисты высказывают мнение о возможности иметь вещное право на обязательства (например, И. Гумаров, Н. Федоренко, Л. Лапач<sup>17</sup>) и об отсутствии у доверительного управляющего вещных прав в отношении имущества, находящегося у него в доверительном управлении (например, Л.Ю. Михеева, Л.Г. Ефимова, В.А. Дозорцев<sup>18</sup>).

Проанализируем правовое положение имущества негосударственного пенсионного фонда, так как экономическая суть отношений между пайщиком и паевым инвестиционным фондом, между вкладчиком (физическое или юридическое лицо, являющееся стороной пенсионного договора и уплачивающее пенсионные взносы в фонд) или участником (физическое лицо, которому в соответствии с заключенным между вкладчиком и фондом пенсионным договором производятся выплаты негосударственной пенсии)<sup>19</sup> и негосударственным пенсионным фондом аналогична, несмотря на ряд различий.

Имущество негосударственного пенсионного фонда принадлежит на праве собственности самому фонду. Данный вывод можно сделать из словосочетания, встречающегося в Федеральном законе от 07.05.1998 № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» (далее — ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах»): «имущество фонда». Данный вывод также следует из отсутствия правоотношений, вытекающих из договора доверительного управления имуществом, между негосударственным пенсионным фондом и участником фонда и наличия между ними правоотношений обязательственного характера<sup>20</sup>. Несмотря на разные правовые конструкции, регулирующие правоотношения между пайщиками и паевыми инвестиционными фондами и управляющими компаниями таких инвестиционных фондов, между «пенсионерами» и негосударственными пенсионными фондами, права пайщиков и «пенсионеров» очень схожи. Так, пайщики вправе требовать погашения инвестиционного пая в соответствии с правилами доверительного управления. В то же время «пенсионеры» вправе получать негосударственную пенсию, требовать от фонда выплаты выкупных сумм, получать накопительную пенсию и (или) срочную пенсионную выплату. При этом свобода «пенсионеров» в выборе момента получения денежных средств заметно ограничена в сравнении с той

<sup>17</sup> Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // Хозяйство и право. 2000. № 3. С. 84.; Федоренко Н., Лапач Л. Особенности оборота имущественных прав // Хозяйство и право. 2001. № 11. С. 14.

<sup>18</sup> Федулова Д.В. Гражданско-правовая сущность доверительного управления // Вестник Том. гос. ун-та. 2010. № 332. С.114; Михеева Л.Ю. Доверительное управление имуществом / Комментарий законодательства // СПС КонсультантПлюс, 2001; Дозорцев В.А. Доверительное управление имуществом (глава 53) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая / под ред. А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М., 1996. С. 535.

<sup>19</sup> ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» (ст. 3) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>20</sup> ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» (п. 1, ст. 14.1) // СПС КонсультантПлюс.

свободой, которой обладают пайщики паевых инвестиционных фондов, в том числе и пайщики закрытых паевых инвестиционных фондов.

Фактически единственным существенным отличием между правами, которыми обладают пайщики в отношении паевого инвестиционного фонда и участники (застрахованные лица) в отношении негосударственного пенсионного фонда является возможность осуществления лицом своего права на получение денежных средств от управляющей компании инвестиционным фондом или, соответственно, от негосударственного пенсионного фонда. При этом ни пайщики, ни участники (застрахованные лица) не вправе исполнить ни одного из трех правомочий собственника в отношении имущества, составляющего имущество паевого инвестиционного или, соответственно, имущества негосударственного пенсионного фонда.

Полагаю, что различие периода времени возможного осуществления права на получение выплат от управляющей компании пайщиком или от негосударственного пенсионного фонда участником (застрахованным лицом) не является достаточным основанием, чтобы обоснованно сказать, что имущество паевого инвестиционного фонда принадлежит пайщику на праве собственности, а отношения, связанные с получением выплат участником (застрахованным лицом) от негосударственного пенсионного фонда, носят обязательно-правовой характер. Фактически в данном случае все отличие в экономическом плане можно свести к отличию инвестиционного горизонта и права бенефициара его изменить.

В подтверждение данной точки зрения приведем слова Е.В. Ивановой, которая пишет, что «никакого общего имущества инвесторов, паевого инвестиционного фонда нет, а, следовательно, не может существовать никакого сообщества собственников такого имущества. По своему правовому статусу они скорее напоминают вкладчиков банка, нежели собственников общего имущества...»<sup>21</sup>; «главным правом владельца инвестиционного пая является право требования от управляющей компании погашения инвестиционного пая и выплаты в связи с этим денежной компенсации, соразмерно приходящейся на него доле в праве общей собственности на имущество, составляющее этот паевой инвестиционный фонд»<sup>22</sup>.

Она также высказывается в пользу точки зрения, что имущество инвестиционного фонда не принадлежит на праве собственности пайщикам такого фонда. В подтверждение приводятся следующие аргументы:

отсутствие у инвесторов права преимущественной покупки доли (инвестиционного пая) в общем имуществе паевого инвестиционного фонда нарушает основополагающий принцип права общей собственности; собственники паевого инвестиционного фонда не представляют собой никакой общности<sup>23</sup>;

собственность — это отношения в статике, где объект присутствует в наличии, а в случае с паевыми инвестиционными фондами имущественные отношения предстают в динамике, поэтому объект общей собственности не может присутствовать в наличии<sup>24</sup>;

<sup>21</sup> *Иванова Е.В.* Указ. соч. С. 107.

<sup>22</sup> Там же. С. 94.

<sup>23</sup> Там же. С. 96; *Макарчук З.В.* Инвестиционные фонды России и США: анализ законодательства и практики правового регулирования. М., 2001. С. 129.

<sup>24</sup> *Иванова Е.В.* Указ. соч. С. 98; *Степанов Д.И.* «Пост-эмиссионные» ценные бумаги // *Хозяйство и право.* 2004. № 11. С. 60–61.

«...право общей долевой собственности может принадлежать пайщикам только в отношении вещей, входящих в состав паевого инвестиционного фонда, другие же объекты, хотя и принадлежат пайщикам сообща, не являются их общей собственностью»<sup>25</sup>;

«отношения между владельцами паев существуют исключительно на бумаге в форме договора»<sup>26</sup>;

пайщики открытых и интервальных паевых инвестиционных фондов не вправе определять пределы полномочий управляющего в отношении их собственности<sup>27</sup>. Фактически единственная правовая возможность пайщиков таких паевых инвестиционных фондов повлиять на управляющего фондом — это продажа или погашение паев.

Следует отметить, что выделение отдельного регулирования для инвестиционных фондов оправдано, так как отношения, возникающие в процессе формирования паевого или акционерного инвестиционного фонда, негосударственного пенсионного фонда, суверенного инвестиционного фонда, инвестиционного фонда страховых компаний, имеют специфику. Более того, вышеуказанные фонды часто имеют разные приоритетные цели инвестирования, которые не закреплены в праве, но должны учитываться при правовом регулировании деятельности таких институтов. Так, очевидна разница между главными целями инвестирования денежных средств паевого инвестиционного фонда акций и, к примеру, негосударственного пенсионного фонда. Паевой инвестиционный фонд акций отличается от негосударственного пенсионного фонда заметно более высоким уровнем риска, так как главной его целью обычно является получение относительно высокой доходности, в то время как главной целью инвестирования денежных средств негосударственного пенсионного фонда является сохранение денежных средств, переданных в управление такому фонду. Также несомненно, что разного уровня защиты требуют клиенты негосударственных пенсионных фондов, которыми, в том числе являются и физические лица с низким уровнем финансовых знаний, и юридические лица, основным видом деятельности которых является инвестирование собственных и заемных денежных средств. В то же время полагаю, что принятие закона, регулирующего все типы частных инвестиционных фондов, которые управляются не самими собственниками имущества, составляющего инвестиционные фонды, было бы полезно.

Полагаю, что в таком законе могло бы фигурировать следующие определения инвестиционного юридического лица и инвестиционного фонда: «Инвестиционным фондом признается: обособленное имущество (в том числе имущественные права), используемое для вложений в уставный капитал корпораций (в том числе иностранных) и/или в имущественные обязательственные права других лиц, и/или в недвижимость, и/или в художественные ценности, и/или в драгоценные металлы и камни, и/или в биржевые товары.

Инвестиционным юридическим лицом признаются:

1. юридические лица (за исключением кредитных организаций) основной целью деятельности которых является вложение имущества (в том числе имущественных прав) в уставный капитал корпораций (в том числе иностранных) и/или в имущественные обязательственные права других лиц, и/или в недвижимость, и/или в художественные ценности, и/или в драгоценные металлы и камни, и/или в биржевые товары;

<sup>25</sup> Иванова Е.В. Указ. соч. С. 99.

<sup>26</sup> Там же. С. 100.

<sup>27</sup> Там же. С. 101.

2. юридические лица (за исключением кредитных организаций) средневзвешенные активы которых по данным бухгалтерского учета в течение предыдущих четырех кварталов на 40 или более процентов состояли из вложений в уставный капитал корпораций (в том числе иностранных) и/или в имущественные обязательственные права других лиц, и/или в недвижимость, и/или в художественные ценности, и/или в драгоценные металлы и камни, и/или в биржевые товары».

Преимуществами такого определения являлись бы:

его «честность» — под определение инвестиционного юридического лица подпадает большее количество юридических лиц, занимающихся инвестиционной деятельностью, включая управляющие компании негосударственных пенсионных фондов;

удаление из определения инвестиционного фонда неверного положения о наличии у пайщиков долевого права собственности на имущество, составляющие паевой инвестиционный фонд;

устранение из определения инвестиционного фонда неверного положения об управлении инвестиционным фондом на основании договора доверительного управления имуществом;

невозможность избежать правового регулирования только осуществляя инвестиционную деятельность без создания акционерного инвестиционного фонда или паевого инвестиционного фонда;

возможность однообразного регулирования похожих правоотношений, складывающихся в процессе управления имуществом различных субъектов права, что будет соответствовать принципу «закон един для всех»;

систематизация нормативно-правовых актов и уменьшение их объема;

упрощение правового регулирования и облегчение его понимания населением, что может повысить эффективность такого регулирования.

Недостатками такого определения являются необходимость изменения большого количества нормативно-правовых актов в силу широты определения, а также необходимость несения субъектами экономической деятельности краткосрочных издержек, связанных с изменением регулирования.



## Библиография

Гумаров И. Понятие вещи в современном гражданском праве России // *Хозяйство и право*. 2000. № 3. С. 80–84.

Джабаева А. С. Имущественное право как объект гражданского оборота // *Сибирский юридический вестник*. 2003. № 3 С. 30–34.

Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе России / *Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика*. М.: МЦФЭР, 1998. 231 с.

Дозорцев В.А. Доверительное управление имуществом (глава 53) // *Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель* / под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. М.: МЦФЭР, 1996. 758 с.

Иванова Е.В. Гражданско-правовое положение паевых инвестиционных фондов: вопросы теории и практики: дис... к.ю.н. М., 2009. 192 с.

Кауракова М.В. Трансграничный инвестиционный фонд как субъект инвестиционных отношений: автореф. дис... к.ю.н. М., 2014. 22 с.

Лапач Л. Понятие «имущество» в российском праве и в Конвенции о защите прав человека и основных свобод // *Российская юстиция*. 2003. № 1. С. 18–20.

Макарчук З.В. Инвестиционные фонды России и США: анализ законодательства и практики правового регулирования. М.: Эконинформ, 2001. 156 с.

Оксюк Т.Т. Гражданско-правовое регулирование доверительного управления паевым инвестиционным фондом: дис... к.ю.н. М., 2005. 212 с.

Степанов Д.И. «Пост-эмиссионные» ценные бумаги // Хозяйство и право. 2004. № 11. С. 49–65.

Степанов С.А. Имущественные комплексы в российском гражданском праве. М.: Норма, 2002. 176 с.

Федоренко Н., Лапач Л. Особенности оборота имущественных прав // Хозяйство и право. 2001. № 11. С. 12–16.

Федулова Д.В. Гражданско-правовая сущность доверительного управления // Вестник Томского гос. ун-та. 2010. № 332. С. 113–116.

Хуснитдинов П. Инвестиционные фонды в Европейском Союзе // Зарубежные финансовые рынки. 2007. № 19 (346). С. 66–70.

Тарасевич Е.И. Анализ инвестиций в недвижимость. СПб.: МКС, 2000. 432 с.

---

## Concepts of Investment Fund and Investment Legal Entity



**Anton I. Fridman**

Postgraduate Student, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO), Expert, Central Bank of the Russian Federation. Address: 12 Neglinnaya Str., Moscow 107016, Russian Federation. E-mail: fridmananton@gmail.com



### Abstract

The aim of the article is to define the terms *investment fund* and *investment legal entity*. To obtain this aim, the research studies inter alia the definition of the term investment fund provided by Russian federal legislation; the legal nature of legal relations between investors and management companies of investment funds, the legal relations between investors and investment funds; the legal relations between private pension funds and persons, who pay pension contributions to private pension funds or to whom private pensions funds are obliged to pay pension amounts. The paper studied the views of Russian researchers, Russian legislation and normative acts. On the basis of the sources and research literature the author makes the following conclusions: the definition of the term investment fund provided by Russian federal legislation is incomplete; investors have no right in property on assets, which are part of investment fund; it is incorrect to characterize the relations between investors and management company of investment fund as trust relations; it is incorrect to characterize the contract, according to which the management company of investment fund manage investment fund, as a trust contract. The author proposes the following: to amend the provisions of law according to which relations between management company of investment fund and investor are trust relations; to amend the provisions of law according to which investors of investment fund have the right in property on assets, which are the part of investment fund; to amend the definition of the term investment fund; to elaborate definition of the term *investment legal entity*. Besides, the author notes that the opinion expressed in the article is his personal opinion and should not be considered as the opinion of the Russian Federation Central Bank.



### Keywords

investment, investment activity, shareholder, mutual fund, asset management company, investment legal entity.

Citation: Fridman A.I. (2017) Concepts of Investment Fund and Investment Legal Entity. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 68–79 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.68.79



### References

Dzhabaeva A.S. (2003) Imushchestvennoe pravo kak ob"ekt grazhdanskogo oborota [Property Law as Part of Civil Circulation]. *Sibirskiy yuridicheskiy vestnik*, no. 3, pp. 30–34.

- Dozortsev V.A. (1998) Printsipial'nye cherty prava sobstvennosti v Grazhdanskom kodekse Rossii [Principal Features of Property Right in Russian Civil Code]. *Grazhdanskiy kodeks Rossii. Problemy. Teoriya. Praktika*. Moscow: Statut, 231 p. (in Russian)
- Dozortsev V.A. (1996) Doveritel'noe upravlenie imushchestvom (glava 53) [Property trust (Chapter 53)]. *Grazhdanskiy kodeks Rossiyskoy Federatsii. Chast' vtoraya. Tekst, kommentarii, ukazatel'* [RF Civil Code. Part 2. Text, comments, index]. O.M. Kozyr' et al. (eds.). Moscow: Statut, 758 p.
- Fedorenko N., Lapach L. (2001) Osobennosti oborota imushchestvennykh prav [Circulation of Property Rights]. *Khozyaystvo i pravo*, no. 11, pp. 12–16.
- Fedulova D.V. (2010) Grazhdansko-pravovaya sushchnost' doveritel'nogo upravleniya [Civil Law Nature of Trust]. *Vestnik Tomskogo universiteta*, no. 332, pp. 113–116.
- Gumarov I. (2000) Ponyatie veshchi v sovremennom grazhdanskom prave Rossii [Concept of Thing in Modern Russian Civil Law]. *Khozyaystvo i pravo*, no. 3, pp. 80–84.
- Ivanova E.V. (2009) Grazhdansko-pravovoe polozhenie paevykh investitsionnykh fondov: voprosy teorii i praktiki. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Mutual Funds and Civil Law: Theory and Practice. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 192 p.
- Kaurakova M.V. (2014) Transgranichnyy investitsionnyy fond kak sub'ekt investitsionnykh otnosheniy. Avtoref. Diss. Kand. Jurid. Nauk [Transborder Investment Fund and Investment Relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 22 p.
- Khusnitdinov P. (2007) Investitsionnye fondy v Evropeyskom Soyuze [Investment funds in the EU]. *Zarubezhnye finansovye rynki*, no. 19 (346), pp. 66–70.
- Lapach L. (2003) Ponyatie «imushchestvo» v rossiyskom prave i v Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod [Concept of Property in Russian Law and ECHR]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 1, pp. 18–20.
- Makarchuk Z.V. (2001) *Investitsionnye fondy Rossii i SShA: analiz zakonodatel'stva i praktiki pravovogo regulirovaniya* [Investment Funds in Russia and USA: Analysis of Legislation and Practice of Legal Regulation]. Moscow: Ekoninform, 156 p. (in Russian)
- Oksyuk T.T. (2005) Grazhdansko-pravovoe regulirovanie doveritel'nogo upravleniya paevym investitsionnym fondom: Diss. Kand. Yurid. Nauk [Civil Law Regulation of Trust by Investment Fund. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 212 p.
- Stepanov D.I. (2004) Post-emissionnye tsennye bumagi [Post-Emission Securities]. *Khozyaystvo i pravo*, no. 11, pp. 49–65.
- Stepanov S.A. (2002) *Imushchestvennyye komplekсы v rossiyskom grazhdanskom prave* [Property Portfolios in Russian Civil Law]. Moscow: Norma, 176 p. (in Russian)
- Tarasevich E.I. (2000) *Analiz investitsiy v nedvizhimost'* [Analysis of Real Estate Investment]. Saint Petersburg: MKS Press, 432 p. (in Russian)

# Особенности правового регулирования биометрических персональных данных

---

---



**М.С. Кривогин**

аспирант Международной лаборатории по праву информационных технологий и интеллектуальной собственности Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: mkrivogin@yandex.ru

---



## Аннотация

В статье анализируется соотношение правового регулирования специальной и биометрической категорий персональных данных. Выявляется ряд отличительных критериев, на основе которых строится разграничение между названными категориями. Рассматривается проблема осуществления обработки биометрических персональных данных, сделанных общедоступными субъектом персональных данных. Проведено исследование российской и зарубежной доктрины, нормативно-правовых актов, отечественной судебной практики в области правового регулирования различных категорий персональных данных. Сравниваются перечни сведений, составляющих содержание специальной и биометрической категорий персональных данных и возможность обработки таких сведений без согласия субъекта персональных данных. Анализ показывает, что, несмотря на наличие в доктрине и законах многих стран множественности подходов к регулированию биометрических персональных данных, выделение в российском законодательстве биометрической информации в отдельную категорию персональных данных является целесообразным и обоснованным. Основным отличием биометрической категории от специальной категории персональных данных, помимо различных целей их введения в законодательство — запрета дискриминации и ограничения возможности идентификации субъекта, также является и перечень случаев, при которых обработка персональных данных может осуществляться без согласия гражданина. Недопустимость обработки биометрических персональных данных, сделанных общедоступными субъектом персональных данных без его согласия в письменной форме, позволяет обеспечить защиту сведений, контроль над распространением которых субъектом проблематичен. Биометрические персональные данные являются единственным исключением из объективного подхода, который используется при отношении информации к категории персональных данных. Использование субъективного подхода при обработке биометрических персональных данных позволяет более точно произвести разделение между различными категориями персональных данных. Информация о гражданине будет признана биометрическими персональными данными, если она используется оператором для установления личности субъекта персональных данных. Применение данного подхода в настоящее время позволяет учитывать как интересы субъекта, так и оператора персональных данных.

---



## Ключевые слова

персональные данные, категории персональных данных, биометрические, специальные, общедоступные, Европейский Союз, субъективный подход, объективный подход.

---

---

Библиографическое описание: Кривогин М.С. Особенности правового регулирования биометрических персональных данных // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 80–89.

JEL: K 24; УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.80.89

Широкое распространение биометрических технологий пришлось на начало первого десятилетия XXI века и было связано с возрастающей угрозой проведения террористических актов во многих странах мира<sup>1</sup>. Биометрические технологии используются для идентификации субъектов по таким физиологическим, биологическим и поведенческим характеристикам, как геометрия лица, отпечатки пальцев, ДНК, манера ходьбы<sup>2</sup>. Названные характеристики непосредственно относятся к физическим лицам и в большинстве случаев являются персональными данными, при обработке которых применяются положения соответствующего законодательства.

Ко времени массового распространения биометрических технологий в большинство стран Совета Европы уже ратифицировало Конвенцию № 108 «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» (1981)<sup>3</sup>, а страны, входящие в Европейский Союз — Директиву 95/46/ЕС от 24.10.1995 «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных»<sup>4</sup>. Их принятие было направлено на защиту прав граждан при обработке персональных данных, которые в зависимости от степени чувствительности подразделяются на две категории — обычные и специальные. Такое разделение в дальнейшем было воспринято многими странами мира и стало использоваться в национальных нормативно-правовых актах как образец надлежащего учета интересов субъектов персональных данных.

Только несколько стран, включая Италию (2003)<sup>5</sup>, Словению (2004)<sup>6</sup> и Россию (2006)<sup>7</sup>, внесли в законодательство обособленное регулирование для биометрических персональных данных еще до появления судебной практики в данной сфере.

Необходимость и целесообразность введения специального регулирования новых категорий персональных данных зачастую вызывает обоснованные сомнения в научной литературе. По мнению канадского исследователя Ю. Лиу, такое выделение не является целесообразным, поскольку существующее регулирование обработки персональных данных обеспечивает адекватную защиту прав субъектов<sup>8</sup>. В европейской доктрине, наоборот, существует тенденция к повышению уровня защиты прав граждан в сфере обработки персональных данных. Так, в рекомендательных документах рабочей группы ЕС в сфере защиты прав граждан при обработке персональных данных указано на допустимость внесения в законодательство дополнительных категорий персональных данных после надлежащего определения предмета регулирования в данной сфере<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Kittichaisaree K. Public International Law of Cyberspace. Bern, 2017. P. 65.

<sup>2</sup> Mordini E. Second Generation Biometrics: The Ethical, Legal and Social Context. N.Y., 2012. P. 130.

<sup>3</sup> Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (заключена в Страсбурге 28.01.1981) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>4</sup> Директива N 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных» (принята в Люксембурге 24.10.1995) (с изм. и доп. от 29.09.2003) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>5</sup> Data Protection Code — Legislative Decree no. 196/2003 [Электронный ресурс]: // URL: <http://194.242.234.211/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4814258> (дата обращения: 18.07.2016)

<sup>6</sup> Personal Data Protection Act of the Republic of Slovenia No. 001-22-148/04 [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/National%20laws/SLOVENIA\\_DP\\_LAW.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/National%20laws/SLOVENIA_DP_LAW.pdf) (дата обращения: 19.07.2016)

<sup>7</sup> Федеральный закон от 27.07.2006 №152-ФЗ «О персональных данных» // СЗ РФ. № 31. Ст. 3451.

<sup>8</sup> Yue Liu N. Bio-Privacy: Privacy Regulations and the Challenge of Biometrics. N. Y., 2012. P. 151.

<sup>9</sup> Advice Paper on Special Categories of Data («Sensitive Data»). [Электронный ресурс]: // URL: [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/others/2011\\_04\\_20\\_letter\\_artwp\\_mme\\_le\\_bail\\_directive\\_9546ec\\_annex1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/others/2011_04_20_letter_artwp_mme_le_bail_directive_9546ec_annex1_en.pdf) (дата обращения: 19.07.2016)

Е. Киндт, автор одного из немногочисленных исследований в сфере правового регулирования обработки биометрических персональных данных в ЕС, указывает на необходимость скорейшего выделения дополнительных категорий, поскольку при отнесении биометрической информации к обычной категории персональных данных не происходит учета особенностей данного вида сведений, создаются существенные угрозы нарушения прав субъектов<sup>10</sup>.

В отечественных научных работах не существует единства мнений по вопросу выделения биометрической информации из специальной категории персональных данных. Е. Покаместова считает, что наличие специальных норм, регулирующих обработку биометрических персональных данных в российском законодательстве не может считаться обоснованным, поскольку «представляется более логичным относить биометрические персональные данные к одному из видов специальных категорий персональных данных»<sup>11</sup>. И. Вельдер, наоборот, ссылаясь на активное использование биометрических персональных данных, говорит о необходимости правового регулирования порядка их сбора и обработки<sup>12</sup>. Также иногда происходит смешение понятия специальной и биометрической категорий персональных данных. Например, в учебнике информационного права под редакцией И.М. Рассолова биометрические персональные данные рассматриваются в качестве входящих в специальную категорию персональных данных<sup>13</sup>.

Таким образом, как в российской, так и зарубежной доктрине не существует однозначной позиции о целесообразности выделения биометрической информации в отдельную категорию персональных данных. Несмотря на то, что в российском законодательстве существует отдельная статья, регламентирующая особенности обработки биометрических персональных данных, в нее было внесено множество поправок<sup>14</sup>, и новые законопроекты продолжают поступать<sup>15</sup>.

Причины закрепления в законодательстве о персональных данных специальных и биометрических категорий различны. Перечень информации, относящейся к специальной категории персональных данных во многом совпадает со ст. 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950): раса, религия, политические и иные убеждения, национальное происхождение<sup>16</sup>. Основной целью включения такой информации в список чувствительных персональных данных изначально (в рамках

<sup>10</sup> Kindt E. *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications*. Leyden, 2013. P. 745.

<sup>11</sup> Покаместова Е.Ю. *Правовая защита конфиденциальности персональных данных несовершеннолетних*: дис. ... к.ю.н. Воронеж, 2006. С. 51.

<sup>12</sup> Вельдер И.А. *Система правовой защиты персональных данных в Европейском Союзе*: дис. ... к.ю.н. Казань, 2006. С. 131.

<sup>13</sup> Рассолов И.М. *Информационное право*. М.: Юрайт, 2012. С. 165–166.

<sup>14</sup> Федеральный закон от 25.11.2009 № 266-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных» по вопросам реализации международных договоров Российской Федерации о реадмиссии» // СЗ РФ. № 48. Ст. 5716; Федеральный закон от 25.07.2011 № 261-ФЗ «О внесении изменений в федеральный закон «О персональных данных» // СЗ РФ. № 31. Ст. 4701; Федеральный закон от 04.06.2014 № 142-ФЗ «О внесении изменений в статьи 6 и 30 Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. № 23. Ст. 2927.

<sup>15</sup> Законопроект № 416052-6 о внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных» и статью 28.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. [Электронный ресурс]: // URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(Spravka\)?OpenAgent&RN=416052-6&11](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(Spravka)?OpenAgent&RN=416052-6&11) (дата обращения: 15.07.2016)

<sup>16</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод (заключена в Риме 04.11.1950) // СПС КонсультантПлюс.

Конвенции Совета Европы № 108 «О защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», а также в ФЗ Российской Федерации от 27.07.2006 «О персональных данных») было предоставление гражданам дополнительных гарантий от дискриминации в условиях применения информационных технологий при обработке информации. Это зачастую обуславливалось печальным опытом использования таких сведений и технологий их обработки в тоталитарных государствах<sup>17</sup>. В дальнейшем с появлением Интернета, происходит частичное изменение сущности такой информации; помимо запрета дискриминации также важную роль начинает играть режим конфиденциальности информации, когда доступ к таким сведениям третьих лиц помимо воли субъекта уже означает существенное нарушение его прав<sup>18</sup>.

Биометрические сведения также могут использоваться в целях дискриминации; например, информация, содержащаяся в ДНК, позволяет установить предрасположенность индивида к определенным заболеваниям, что впоследствии может быть использовано в сфере трудоустройства, страхования и т.п.<sup>19</sup> Однако указанные сведения уже отнесены к специальной категории персональных данных, а именно, к информации о здоровье. Аналогичное регулирование применяется и при автоматизированной обработке информации о расовой принадлежности субъекта, и, несмотря на то, что в такой ситуации могут использоваться биометрические технологии, обработка указанных данных будет также относиться к положениям о защите информации, относящейся к специальной категории персональных данных.

В данном случае чувствительность биометрических персональных данных обуславливается их свойствами. Во-первых, биометрические характеристики являются уникальными и универсальными например, ДНК, отпечатки пальцев, геометрия лица (в большинстве случаев) присущи исключительно одному человеку, что позволяет осуществить идентификацию физического лица и существенно ограничивать право на неприкосновенность частной жизни. Во-вторых, такая информация, а также содержащие ее материальные носители становятся доступны для сбора и анализа другим лицам в процессе повседневной активности субъекта, независимо от его воли, что дает возможность производить накопление и обработку таких сведений скрытно, без уведомления субъекта. В-третьих, в отличие от других персональных данных, например, фамилии, имени, которые присваиваются другими субъектами или государством и могут быть в дальнейшем изменены, биометрические характеристики являются практически неизменяемыми, что может привести к негативным последствиям в случае неправомерного их использования третьими лицами. Аналогично использование биометрических данных в криминалистических целях, их распространенность и трудность доказывания невиновности в случае обнаружения на месте преступления отпечатков пальцев или биологического материала подозреваемого также говорит о чувствительности данных сведений<sup>20</sup>.

В связи с этим права, которые гарантированы законодательством в сфере защиты персональных данных, например, право субъекта на доступ к своим персональным

<sup>17</sup> Black E. IBM and Holocaust: Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation. N. Y., 2012. P. 15.

<sup>18</sup> Kindt E. Op. cit. P. 132.

<sup>19</sup> Gkoulalas-Divanis A. Medical Data Privacy Handbook. Berlin, 2015. P. 619.

<sup>20</sup> Горелишвили Д. Постатейный комментарий к проекту Закона России «О персональных данных». [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.kongord.ru/Index/A\\_tma\\_05/DGorpersdatcom.html](http://www.kongord.ru/Index/A_tma_05/DGorpersdatcom.html) (дата обращения: 16.07.2016)

данным, возможность получения информации об операторе и уведомления о начале обработки не всегда могут быть осуществлены, что также делает декларативным право субъекта на возражение против использования его персональных данных.

Приведенные выше обстоятельства позволяют рассматривать биометрические персональные данные в качестве чувствительной информации, обработка которой должна регулироваться специальными нормами. Это подтверждается также и моделями зарубежного законодательства, где биометрическая информация рассматривается в качестве чувствительных сведений в рамках законодательства о защите персональных данных Чехии<sup>21</sup>, Италии<sup>22</sup>, Эстонии<sup>23</sup>, Франции<sup>24</sup>.

Несмотря на то, что биометрические персональные данные относятся к чувствительной информации, что предполагает специальные правила их обработки, применяемое регулирование может не соответствовать особенностям данной информации, и поэтому выделение «сверхчувствительных» сведений в отдельную категорию персональных данных будет являться целесообразным. Такое разделение в настоящее время существует в российском законодательстве. Необходимость внесения в законодательство дополнительной категории персональных данных также определяется отсутствием внутреннего единства в существующих категориях персональных данных, а также высокой вероятностью нарушения прав граждан и их законных интересов при применении общего правового регулирования.

Если рассматривать правовое регулирование сведений, касающихся расовой, национальной принадлежности, политических взглядов, религиозных или философских убеждений, состояния здоровья, интимной жизни субъекта в рамках специальной категории персональных данных, можно заметить сомнительность применения некоторых положений, касающихся возможности обработки таких сведений без согласия субъекта для указанных видов персональных данных.

Например, обработка информации о политических взглядах гражданина может осуществляться без его согласия в медико-профилактических целях, или в целях установления медицинского диагноза. Аналогично можно сказать и про сведения, касающиеся расовой принадлежности субъекта либо его философских убеждений, и про обработку таких данных, осуществляемой в соответствии с пенсионным или страховым законодательством. Список приведенных примеров не является исчерпывающим, его можно продолжить, однако в этом нет необходимости, поскольку цель таких примеров — показать отсутствие единства между всей совокупностью сведений, входящих в специальную категорию персональных данных и коллизиями при обработке указанных сведений без согласия субъекта персональных данных. Исходя из этого, тезис о том, что отдельные положения, которые применимы к специальным категориям персональных данных, могут не полностью соответствовать характеру биометрической информации,

---

<sup>21</sup> Act No. 101/2000 Coll. On the Protection of Personal Data. Czech Republic. [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.uoou.cz/en/vismo/zobraz\\_dok.asp?id\\_ktg=1107](https://www.uoou.cz/en/vismo/zobraz_dok.asp?id_ktg=1107) (дата обращения: 18.07.2016)

<sup>22</sup> Data Protection Code — Legislative Decree of Italy No. 196/2003. [Электронный ресурс]: // URL: <http://194.242.234.211/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/4814258> (дата обращения: 18.07.2016)

<sup>23</sup> Personal Data Protection Act No RT 127 of 15 February 2007 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.riigitataja.ee/en/eli/ee/529012015008/consolide/current> (дата обращения: 18.07.2016)

<sup>24</sup> Act No 78-17 of 6 January 1978 On Information Technology, Data Files and Civil Liberties. [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Act78-17VA.pdf> (дата обращения: 18.07.2016)

не находит подтверждения, поскольку даже в категории специальных персональных данных отсутствует внутреннее единство насчет критерия возможности обработки персональных данных без согласия субъекта.

Однако если специальные категории не обладают внутренним единством, то включение в их состав биометрической информации существенным образом ни на что не повлияет. В то же время из сопоставления примеров разрешенного использования персональных данных, относящихся к биометрической или специальной категории без согласия субъекта, можно выделить два существенных отличия. Во-первых, это обработка персональных данных, которые были сделаны общедоступными субъектом персональных данных, во-вторых, это обработка персональных данных, которая необходима для защиты жизни, здоровья или иных жизненно важных интересов субъекта персональных данных либо жизни, здоровья или иных жизненно важных интересов других лиц, получение же согласия субъекта персональных данных невозможно.

Наиболее значимым в контексте биометрии является первый фактор, когда независимо от того, были ли сделаны биометрические персональные данные публичными, оператор должен получить от субъекта согласие на их обработку. Несмотря на то, что данная норма существовала в первой редакции ФЗ «О персональных данных» еще в 2006 году, она опередила свое время, и сегодня, с учетом технического прогресса, особенно в сфере распознавания изображений, является весьма актуальной.

В 2006 году социальные сети не имели столь широкого охвата аудитории, который они имеют в настоящее время: в глобальном масштабе количество пользователей Facebook составляло 12 млн. человек<sup>25</sup>, Vkontakte — несколько тысяч<sup>26</sup>. В дальнейшем в социальных сетях многократно увеличивается число пользователей и количество загружаемых данных, которые в большинстве представлены фотографиями физических лиц.

Практически все социальные сети устанавливают правила обработки персональных данных, с которыми пользователь соглашается при регистрации, где ввиду отсутствия ограничений в настройках конфиденциальности на доступ к данным сведениям третьих лиц, персональные данные будут считаться сделанными общедоступными субъектом персональных данных с позиции п. 10 ч. 1 ст. 6 и п. 2 ч. 2 ст. 10 ФЗ «О персональных данных»<sup>27</sup>.

Поскольку изображение на странице пользователя является персональными данными, которые были сделаны общедоступными, другие лица могут обрабатывать соответствующую информацию без согласия субъекта. В большинстве случаев такая обработка сводится к размещению фотографии на других страницах социальной сети или других сайтах в Интернете. Однако применение такого варианта регулирования к биометрическим персональным данным применение такого регулирования могло бы оказать негативное влияние на права субъекта. Делая собственные персональные данные общедоступными, субъект не может предвидеть, что новые информационные технологии будут изменять самую суть использования такой информации: вместо распространения — возможность автоматизированной идентификации человека любыми субъектами, когда лицо становится универсальным идентификатором.

<sup>25</sup> Gregory M. Security and the Networked Society. London, 2013. P. 248.

<sup>26</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [https://ru.wikipedia.org/В\\_Контакте](https://ru.wikipedia.org/В_Контакте) (дата обращения: 17.07.2016)

<sup>27</sup> Правила защиты информации о пользователях сайта VK.com17. [Электронный ресурс]: // URL: <https://new.vk.com/privacy> (дата обращения 17.07.2016); Что считается общедоступной информацией? [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.facebook.com/help/203805466323736> (дата обращения 17.07.2016)

Даже если субъект придает важное значение распространяемой о себе информации в Интернете, не размещая ее в общедоступных источниках персональных данных, либо не делая ее общедоступной, тем не менее он не в состоянии полностью ограничить ее обработку. Например, обнародование изображения гражданина в Интернете допускается без его согласия, если оно было получено в открытых для свободного посещения местах и не является основным объектом использования (пп. 2 п. 1 ст. 152.1 ГК РФ).

Приведенные обстоятельства существенно уменьшают возможность контроля субъекта над использованием его персональных данных, поэтому рациональным шагом было установление дополнительных ограничений для других лиц при использовании ими персональных данных, которые были сделаны общедоступными субъектом. Однако это не означает, что обработка сведений, сделанных общедоступными субъектом персональных данных, должна быть полностью запрещена, — для того, чтобы она была легитимной, необходимо согласие субъекта, которое должно выражать его волю, в данном случае именно на обработку биометрических персональных данных. Таким образом, с учетом свойств биометрической информации, а также возможных негативных последствий для субъекта персональных данных происходит изменение в регулировании общедоступных персональных данных — вместо свободы обработки по умолчанию на необходимость получить согласие гражданина.

В связи с развитием информационных технологий, увеличением количества обрабатываемых о гражданах сведений, а также различным идентифицирующим потенциалом данной информации в научной литературе возникает спор о необходимости использования объективного или субъективного подхода при обработке персональных данных<sup>28</sup>. Объективный подход предполагает, что информация признается персональными данными независимо от наличия у оператора возможности произвести идентификацию субъекта<sup>29</sup>. Субъективный подход предполагает, что оператор должен иметь разумную возможность идентифицировать субъекта на основании имеющихся у него дополнительных сведений или той информации, которую он может получить от других лиц<sup>30</sup>.

Применительно к специальной и биометрической категориям персональных данных данный подход трансформируется в необходимость установления цели обработки оператором соответствующих сведений. При обработке персональных данных субъекта, например, его фотографии, если исходить из буквального толкования закона, оператор также будет обрабатывать и сведения, относящиеся к специальной категории персональных данных, поскольку изображение лица характеризует расу субъекта, а также может отражать его состояние здоровья. Такой формальный подход подвергся обоснованной критике рядом авторов ввиду отсутствия у оператора знания того, обработку какого типа персональных данных он производит<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> CJEU Decision on Dynamic IP Addresses Touches Fundamental DP Law Questions. [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2016/global/cjeu-decision-on-dynamic-ip-addresses-touches-fundamental-dp-law-questions> (дата обращения: 15.01.2017)

<sup>29</sup> Cooper D. Re-defining «Personal Data» — Can the Opinion Live up to the Hype? // Data Protection Ireland. 2016. Vol. 3. Issue 6. P. 7.

<sup>30</sup> Vermeulen G., De Bondt V. Justice, Home Affairs and Security: European and International Institutional and Policy Development. Utrecht, 2017. P. 101.

<sup>31</sup> Simits S. Revisiting Sensitive Data [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report\\_Simits\\_1999.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report_Simits_1999.pdf) (дата обращения: 17.07.2016); McCullagh K. Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum // Journal of International Commercial Law and Technology. 2007. Issue 4. P. 197.

Биометрические персональные данные являются единственным исключением из объективного подхода к обработке персональных данных в российском законодательстве — они будут относиться к данной категории только если происходит их использование оператором в целях определения личности субъекта.

В отечественном законодательстве более пяти лет существовал объективный подход в отношении обработки биометрических персональных данных, чтобы сведения могли относиться к биометрическим данным, было достаточно, чтобы сведения характеризовали физиологические особенности человека и на основании их можно было установить личность субъекта. Однако применение объективного подхода показало нецелесообразность, поскольку большей частью к обработке биометрических персональных данных относилось либо хранение бумажных копий паспортов клиентов или сотрудников организации<sup>32</sup>, либо размещенные материалы с фотографией лица на сайте в Интернете, где данное регулирование в большей степени использовалось для ограничения свободы слова<sup>33</sup>. С внесением поправок в ФЗ «О персональных данных» в 2011 году<sup>34</sup> названные недостатки законодательства были исправлены, и для биометрической категории персональных данных был установлен субъективный подход, т.е. персональные данные будут считаться биометрическими только в случае наличия цели у оператора осуществлять их обработку для идентификации граждан.

Целесообразность применения данного регулирования подтверждается и аналогичными разработками в рамках Общеввропейского регламента о персональных данных № 2016/679 (который заменит национальные нормативно-правовые акты стран ЕС в данной сфере), где также используется субъективный подход для правового регулирования биометрических персональных данных, — биометрические персональные данные будут относиться к специальной категории только при условии, если они используются оператором в целях идентификации физических лиц (ч. 1 ст. 9)<sup>35</sup>. Схожие нормы содержатся и в Директиве ЕС № 2016/680, положения которой применяются в сфере обработки персональных данных компетентными государственными органами в целях предотвращения и расследования преступлений (ст. 10)<sup>36</sup>.

Таким образом, выделение биометрической информации в отдельную категорию персональных данных позволяет учесть ее свойства и особенности, а также установить правовое регулирование, учитывающее как интересы субъекта, так и оператора персональных данных.



## Библиография

Вельдер И.А. Система правовой защиты персональных данных в Европейском Союзе: дис. ... к.ю.н. Казань, 2006. 165 с.

<sup>32</sup> Постановление Фрунзенского районного суда Владивостока от 17.10.2011 по делу 5-143/11; Постановление Ленинского районного суда Тюмени от 15.05.2013 по делу № 5-3642.

<sup>33</sup> Решение по административному делу г. Суджи от 3 02 2014 по делу № 5-25/2014.

<sup>34</sup> Федеральный закон от 25.07.2011 № 261-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных» // СЗ РФ. 2011. № 31. Ст. 4701.

<sup>35</sup> General Data Protection Regulation № 2016/679 // URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5419-2016-INIT/en/pdf> (дата обращения: 18.02.2017).

<sup>36</sup> Directive № 2016/680 // URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN> (дата обращения 18.02.2017)

- Горелишвили Д. Постатейный комментарий к проекту Закона России «О персональных данных» // URL: [http://www.kongord.ru/Index/A\\_tma\\_05/DGorpersdatcom.html](http://www.kongord.ru/Index/A_tma_05/DGorpersdatcom.html) (дата обращения: 16.07.2016)
- Покаместова Е.Ю. Правовая защита конфиденциальности персональных данных несовершеннолетних: дис. ... к.ю.н. Воронеж, 2006. 204 с.
- Рассолов И.М. Информационное право: учебник для магистров. М.: Юрайт, 2012. 444 с.
- Cooper D. Re-defining «personal data» — can the opinion live up to the hype? // *Data Protection Ireland*. 2016. Vol. 10, issue 6, pp. 7–10.
- Gkoulalas-Divanis A. *Medical Data Privacy Handbook*. Berlin: Springer, 2015. 832 p.
- Gregory M. *Security and the Networked Society*. London: Springer, 2013. 289 p.
- Black E. *IBM and the Holocaust: the Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*. New York: Dialog Press, 2012. 532 p.
- Kindt E. *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications*. Netherlands: Springer, 2013. 975 p.
- Kittichaisaree K. *Public International Law of Cyberspace*. Bern: Springer, 2017. 376 p.
- McCullagh K. Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum // *Journal of International Commercial Law and Technology*. 2007. Vol. 2. Issue 4. P. 197–201.
- Mordini E. *Second Generation Biometrics: The Ethical, Legal and Social Context*. New York: Springer, 2012. 354 p.
- Simits S. Revisiting Sensitive Data // URL: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report\\_Simitis\\_1999.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report_Simitis_1999.pdf) (дата обращения: 17.07.2016)
- Yue Liu N. *Bio-Privacy: Privacy Regulations and the Challenge of Biometrics*. New York: Routledge, 2012. 292 p.
- Vermeulen G., De Bondt V. *Justice, Home Affairs and Security: European and International Institutional and Policy Development*. Utrecht: Maklu Publishers, 2017. 298 p.
- 

## Peculiarities of Legal Regulating Biometric Personal Data



**Maxim Krivogin**

Postgraduate Student, International Laboratory for Information Technology and Intellectual Property Law, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnienskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: [mkrivogin@yandex.ru](mailto:mkrivogin@yandex.ru).



### **Abstract**

Article analyzes the problem of correlation of legal regulation of biometric and sensitive categories of personal data. The author proposes a number of distinctive criteria, enabling to distinct between the categories. The paper also presents the problem of possibility of processing biometric personal data which was made publicly available by data subject. The author analyzes Russian and foreign legal doctrine, statutory acts, Russian decrees of the court in the field of legal regulation of special and biometric categories of personal data. A comparison is made between the list of information contained in special and biometric category of personal data and the possibility of processing such data without data subject's knowledge. The analysis shows that although there are many approaches in legal doctrine and legislation of foreign countries of regulation of biometric personal data, introduction to the Russian legislation special regulation of this type of personal data is expedient. The main distinction between biometric and special category of personal data, in addition to various preconditions of their introduction to the legislation — prohibition of discrimination and restriction of identification of data subject, it is also a list of cases, when data controller is able to process personal data without subject's consent. Inadmissibility of the processing of biometric personal data which were made publicly available provides the possibility to protect information which spread couldn't be exercised in appropriate way. Introduction of subjective (goal) approach of biometric personal data processing provides possibility to make more appropriate distinction between different types of personal data. Information about person would be treated as biometric personal data if it is used by the data controller for the identification of person. Application of such approach nowadays allows to take into consideration interests of subject and controller of personal data.



## Keywords

personal data; types of personal data; biometric; special; publicly available; European Union, subjective approach, objective approach.

Citation: Krivogin M.S. (2017) Peculiarities of Legal Regulating Biometric Personal Data. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 80–89 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.80.89



## References

Black E. (2012) *IBM and Holocaust: Strategic Alliance between Nazi Germany and America's Most Powerful Corporation*. N.Y.: Dialog Press, 532 p.

Cooper D. (2016) Re-defining Personal Data — Can the Opinion Live up to the Hype? *Data Protection Ireland*, vol. 3, issue 6, pp. 7–10.

Gkoulalas-Divanis A. (2015) *Medical Data Privacy Handbook*. Berlin: Springer, 832 p.

Goreshvili D. (2016) Postateynny kommentariy k proyektu Zakona Rossii «O personalnykh dannykh [Commentary to the Law on Personal Data]. Available at: [http://www.kongord.ru/Index/A\\_tma\\_05/DGorpersdatcom.html](http://www.kongord.ru/Index/A_tma_05/DGorpersdatcom.html) (accessed: 16.07.2016)

Gregory M. (2013) *Security and the Networked Society*. London: Springer, 289 p.

Kindt E. (2012) *Privacy and Data Protection Issues of Biometric Applications*. Leyden: Springer, 975 p.

Kittichaisaree K. (2017) *Public International Law of Cyberspace*. Bern: Springer, 2017. 376 p.

McCullagh K. (2007) Data Sensitivity: Proposals for Resolving the Conundrum. *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, issue 4, pp. 197–201.

Mordini E. (2012) *Second Generation Biometrics: The Ethical, Legal and Social Context*. New York: Norton, 354 p.

Pokamestova E. (2006) *Pravovaya zashchita konfidentsialnosti personalnykh dannykh nesovershennoletnikh*: Diss. Cand. Yurid. Nauk [Legal Protection of Confidentiality of Personal Data Covering Minors. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Voronezh, 204 p.

Rassolov I. (2012) *Informatsionnoe pravo: uchebnik* [Information Law: Textbook]. Moscow: Yurayt, 444 p. (in Russian).

Simitis S. Revisiting Sensitive Data (1999). Available at: [https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report\\_Simitis\\_1999.pdf](https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Reports/Report_Simitis_1999.pdf) (accessed: 17.07.2016)

Velder I. (2006) *Sistema pravovoy zashchity personalnykh dannykh v Evropeyskom Soyuze*: Diss. Cand. Yurid. Nauk [System of Legal Protection of Personal Data in the European Union. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Kazan, 165 p. (in Russian)

Vermeulen G., De Bondt V. (2017) *Justice, Home Affairs and Security: European and International Institutional and Policy Development*. Utrecht: Maklu Publishers, 298 p.

Yue Liu N. (2012) *Bio-Privacy: Privacy Regulations and the Challenge of Biometrics*. N.Y.: Routledge, 292 p.

# Ответственность по трудовому праву России: о новой концепции института

---



**А.Я. Петров**

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

---



## Аннотация

В науке трудового права недостаточно разработана доктрина ответственности. Кроме того, отсутствует концептуальная модель института ответственности по трудовому праву и по Трудовому кодексу Российской Федерации (далее — ТК РФ). Автором предпринята попытка восполнить этот пробел. Методологической основой статьи являются учение о праве как фундаментальном регуляторе общественных отношений и доктринальная концепция института ответственности в трудовом праве России. Впервые в науке трудового права дана критическая оценка подходов, сужающих категорию ответственности по трудовому праву до дисциплинарной и материальной и исключающих такие виды ответственности, как возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей; возмещение морального вреда. Характерным для современного трудового законодательства является разброс норм об ответственности по различным разделам и главам ТК РФ. Его структура не отличается последовательностью и обоснованностью. В целях систематизации трудового законодательства и повышения эффективности его применения целесообразно все нормы ТК РФ, регулирующие ответственность, свести в раздел: «Ответственность по трудовому законодательству», что придаст бы целостность, определенность и последовательность структуре ТК РФ и всей системе российского трудового законодательства. В раздел целесообразно включить главы и нормы о дисциплинарной ответственности работников; материальной ответственности сторон трудового договора; возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей; возмещении морального вреда. В связи с этим законодатель следовало бы решить вопрос о закреплении в ст. 1–2 ТК РФ о целях, задачах и принципах трудового законодательства норм об «Ответственности по трудовому законодательству» (вместо норм о материальной ответственности работодателей и работников в сфере труда; возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работника в связи с исполнением трудовых обязанностей). Как следствие, все правовые доктрины (советские и российские) об ответственности по российскому трудовому праву, очевидно, придется пересмотреть.

---



## Ключевые слова

Трудовой кодекс Российской Федерации, дисциплинарная ответственность работников, материальная ответственность сторон трудового договора, возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью работника, компенсация морального вреда.

---

Библиографическое описание: Петров А.Я. Ответственность по трудовому праву России: о новой концепции института // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 90–101.

JEL: K31; УДК: 349

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.90.101

Ответственность — одна из фундаментальных правовых категорий. Ответственность играет важную роль при поддержании правопорядка, законности и дисциплины. Анализ суждений по вопросу юридической ответственности приводит к выводу, что большинство современных ученых-правоведов понимает юридическую ответственность как меру государственного принуждения либо отождествляет ее с наказанием за совершенное правонарушение. Другие ученые трактуют юридическую ответственность как охранительное правоотношение, специфическую юридическую обязанность, реализацию правовых санкций и т.д.

Юридическая ответственность — это обязанность: 1) при правомерном поведении — соблюдать и исполнять предписанные правовые нормы; 2) в случае нарушения правовых норм — претерпеть неблагоприятные последствия. Юридическая ответственность — это мера принуждения (в том числе государственного), применяемая к лицу, совершившему правонарушение. Все виды юридической ответственности имеют ретроспективный характер, так как ответственность наступает за противоправное деяние, а не за намерение совершить правонарушение. Согласно ст. 54 Конституции Российской Федерации никто не может нести ответственность за деяние, которое в момент его совершения не признавалось правонарушением.

Юридическая ответственность непременно ретроспективна. Это ответственность за правонарушение, отрицательная реакция государства (суда, прокурора и т.д.) на совершение правонарушения, характеризующаяся осуждением как самого правонарушения, так и его субъекта. Применение ответственности любой отрасли российского права есть умаление личного блага правонарушителя — его чести и достоинства. Это социальное и юридическое осуждение его поведения (деяния). Основанием наступления юридической ответственности является правонарушение — виновное противоправное деяние, совершенное дееспособным лицом и причинившее вред другим субъектам. Правонарушение как основание наступления юридической ответственности является юридическим фактом.

Условия юридической ответственности — это обстоятельства, от которых зависит наступление юридической ответственности. Условиями наступления юридической ответственности являются:

- противоправные действия (бездействие) правонарушителя;
- вина правонарушителя в форме умысла или по неосторожности;
- вред, причиненный противоправными виновными действиями (бездействием) правонарушителя;
- причинная связь между противоправными виновными действиями (бездействием) правонарушителя и причиненным им вредом.

Общим правилом юридической ответственности является *не привлечение дважды за одно и то же нарушение* (*non bis in idem*). В практическом смысле категория «юридическая ответственность» не существует, а проявляется только в конкретных видах.

В литературе отсутствуют единые подходы к определению видов юридической ответственности в отраслях права. Представляется, что по отраслевому критерию юридическую ответственность можно подразделить на четыре основных вида: 1) административную ответственность; 2) гражданско-правовую ответственность; 3) уголовную ответственность; 4) ответственность по трудовому праву. При этом ответственность как правовая категория, очевидно, должна рассматриваться в отраслевом аспекте в качестве единого понятия, естественно, с подразделением на определенные виды (подвиды).

К сожалению, вплоть до настоящего времени в науке нет концепции ответственности по трудовому праву как вида юридической ответственности. Вместе с тем обосно-

ванное и правильное теоретическое решение этой проблемы во многом бы определило позитивную деятельность правоприменителя и законодателя. Современное исследование проблем ответственности по российскому трудовому праву сводится лишь к рассмотрению дисциплинарной и материальной ответственности<sup>1</sup>.

С учетом разработок юридической науки, доктрины трудового права, трудового законодательства и практики его применения целесообразно предложить следующее определение трудового правонарушения. Это виновное, противоправное неисполнение или ненадлежащее исполнение сторонами трудового договора своих обязанностей, за совершение которого работник и/или работодатель (его представитель) может либо должен быть привлечен к ответственности по нормам трудового права.

Остаются дискуссионными вопросы о месте ответственности в сфере трудового права. Нормы, регулирующие ответственность, рассредоточены по всему Трудовому кодексу Российской Федерации (далее — ТК РФ), что порождает трудности при применении их на практике. В трудовом праве существует институт ответственности, а ТК РФ содержит главу 62 об ответственности за нарушение трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, включающих (помимо трудовых) целый комплекс уголовных, административных и гражданских нормативных правовых норм, которые носят бланкетный характер.

Статья 1 ТК РФ, предусматривающая, что одной из основных задач трудового законодательства является правовое регулирование отношений по материальной ответственности работодателей и работников в сфере труда, тем самым существенно сужает категорию ответственности сторон трудового договора и других субъектов трудового права. В данном контексте еще в большей мере вызывает возражение формулировка основного принципа правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений — это обязательность возмещения вреда, причиненного работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей (ст. 2 ТК).

Вместе с тем в ст. 6 ТК РФ закреплено, что к ведению федеральных органов государственной власти в сфере трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений относится принятие обязательных для применения на всей территории Российской Федерации федеральных законов и иных нормативных правовых актов, устанавливающих:

порядок и условия материальной ответственности сторон трудового договора, в том числе порядок возмещения вреда жизни и здоровью работника, причиненного ему в связи с исполнением им трудовых обязанностей;

виды дисциплинарных взысканий и порядок их применения.

Следовательно, ст. 6 ТК РФ отражает в основном обоснованный концептуальный подход к ответственности по российскому трудовому праву, но за определенным исключением, — нет указания на правовое регулирование отношений по возмещению (компенсации) морального вреда.

Несколько в ином аспекте закреплены основные права и обязанности работника и работодателя. Так, в соответствии со ст. 21 ТК РФ работник имеет право на возмещение вреда, причиненного ему в связи с исполнением трудовых обязанностей, и компенсацию морального вреда в порядке, установленном ТК РФ, иными федеральными закона-

<sup>1</sup> См.: Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по российскому трудовому праву. М., 2008; Актуальные проблемы трудового права: /отв. ред. Н.Л. Лютов. М., 2017 (автор главы — М.Э. Дзарасов). С. 391–413.

ми. В связи с этим закономерен вопрос: почему не предусмотрена норма о праве работника на возмещение материального ущерба работодателем?!

Согласно ст. 22 ТК РФ работодатель имеет право:

привлекать работников к дисциплинарной и материальной ответственности в порядке, установленном Кодексом, иными федеральными законами;

работодатель обязан возмещать вред, причиненный работникам в связи с исполнением ими трудовых обязанностей, а также компенсировать моральный вред в порядке и на условиях, которые установлены ТК РФ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Представляется, что и основные обязанности работодателя также сформулированы не совсем логично и правильно, ибо в данной правовой регламентации есть пробел: не закреплена его обязанность по возмещению материального ущерба, причиненного работнику.

Характерным для современного трудового законодательства (особенно это касается ТК РФ) является разбросанность норм об ответственности по трудовому праву, а именно:

лица, считающие, что они подверглись дискриминации в сфере труда, вправе обратиться в суд с заявлением о восстановлении нарушенных прав, возмещении материального вреда и компенсации морального вреда (ст. 3);

основным принципом социального партнерства является ответственность сторон, их представителей за невыполнение по их вине коллективных договоров, соглашений (ст. 24);

участники коллективных переговоров, другие лица, связанные с ведением коллективных переговоров, не должны разглашать полученные сведения, если эти сведения относятся к охраняемой законом тайне (государственной, служебной, коммерческой и иной). Лица, разгласившие указанные сведения, привлекаются к дисциплинарной, административной, гражданско-правовой, уголовной ответственности в порядке, установленном настоящим Кодексом и иными федеральными законами (ст. 37);

представители работников, участвующие в коллективных переговорах, в период их ведения не могут быть без предварительного согласия органа, уполномочившего их на представительство, подвергнуты дисциплинарному взысканию, переведены на другую работу или уволены по инициативе работодателя, за исключением случаев расторжения трудового договора за совершение проступка, за который в соответствии с Кодексом, иными федеральными законами предусмотрено увольнение с работы (ст. 39);

в коллективный договор могут включаться обязательства работников и работодателя по вопросам ответственности сторон (ст. 41);

глава 9 «Ответственность сторон социального партнерства» (ст. 54–55);

ст. 67.1 в главе 11 «Заключение трудового договора»: «Работник, осуществивший фактическое допущение к работе, не будучи уполномоченным на это работодателем, привлекается к ответственности, в том числе материальной, в порядке, установленном настоящим Кодексом и иными федеральными законами»;

ст. 90 в главе 14 «Ответственность за нарушение норм, регулирующих обработку и защиту персональных данных работника»;

в систему основных государственных гарантий по оплате труда работников включается ответственность работодателей за нарушение требований, установленных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективными договорами, соглашениями (ст. 130);

ст. 184 в главе 28 «Другие гарантии и компенсации»: «При повреждении здоровья или в случае смерти работника вследствие несчастного случая на производстве либо профессионального заболевания работнику (его семье) возмещаются его утраченный заработок (доход), а также связанные с повреждением здоровья дополнительные расходы на медицинскую, социальную и профессиональную реабилитацию. Виды, объемы и условия предоставления работникам гарантий и компенсаций в указанных случаях определяются федеральными законами»;

если ученик по окончании ученичества без уважительных причин не выполняет свои обязательства по договору, в том числе не приступает к работе, он по требованию работодателя возвращает ему полученную за время ученичества стипендию, а также возмещает другие понесенные работодателем расходы в связи с ученичеством (ст. 207);

ст. 220 в главе 36 «Обеспечение прав работников на охрану труда»: «Отказ работника от выполнения работ в случае возникновения опасности для его жизни и здоровья вследствие нарушения требований охраны труда либо от выполнения работ с вредными и (или) опасными условиями труда, не предусмотренных трудовым договором, не влечет за собой привлечения его к дисциплинарной ответственности». В случае причинения вреда жизни и здоровью работника при исполнении им трудовых обязанностей возмещение указанного вреда осуществляется в соответствии с федеральным законом;

ст. 237 в главе 38 «Материальная ответственность работодателя перед работником»: «Моральный вред, причиненный работнику неправомерными действиями или бездействием работодателя, возмещается работнику в денежной форме в размерах, определяемых соглашением сторон трудового договора.

В случае возникновения спора факт причинения работнику морального вреда и размеры его возмещения определяются судом независимо от подлежащего возмещению имущественного ущерба»;

ст. 356 в главе 57: федеральная инспекция труда реализует следующее основное полномочие: подготовку материалов (документов) о привлечении виновных к ответственности в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации;

к основным правам государственных инспекторов труда ТК РФ относит: составлять протоколы и рассматривать дела об административных правонарушениях в пределах полномочий, готовить и направлять в правоохранительные органы и в суд другие материалы (документы) о привлечении виновных к ответственности в соответствии с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации; выступать в качестве экспертов в суде по искам о нарушении трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, о возмещении вреда, причиненного здоровью работников на производстве (ст. 357);

ст. 362 «Ответственность за нарушение трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права» предусматривает, что руководители и иные должностные лица организаций, а также работодатели — физические лица, виновные в нарушении трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, несут ответственность в случаях и порядке, которые установлены Кодексом и иными федеральными законами;

ст. 363 «Ответственность за воспрепятствование деятельности государственных инспекторов труда»: «Лица, препятствующие осуществлению федерального государственного надзора за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных

правовых актов, содержащих нормы трудового права, не исполняющие предъявленные им предписания, применяющие угрозы насилия или насильственные действия по отношению к государственным инспекторам труда, членам их семей и их имуществу, несут ответственность, установленную федеральными законами»;

за противоправные действия или бездействие государственные инспекторы труда несут ответственность, установленную федеральными законами (ст. 364);

ст. 370 в главе 58 — право профессиональных союзов защищать права и законные интересы членов профессионального союза по вопросам возмещения вреда, причиненного их здоровью на производстве (работе); обращаться в соответствующие органы с требованием о привлечении к ответственности лиц, виновных в нарушении трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, сокрытии фактов несчастных случаев на производстве;

ст. 378 «Ответственность за нарушение прав профессиональных союзов»: «Лица, нарушающие права и гарантии деятельности профессиональных союзов, несут ответственность в соответствии с ТК РФ и иными федеральными законами»;

ст. 405 в главе 61 — участвующие в разрешении коллективного трудового спора представители работников, их объединений не могут быть в период разрешения коллективного трудового спора подвергнуты дисциплинарному взысканию, переведены на другую работу или уволены по инициативе работодателя без предварительного согласия уполномочившего их на представительство органа;

ст. 409 — лица, принуждающие работников к участию или отказу от участия в забастовке, несут дисциплинарную, административную, уголовную ответственность в порядке, установленном Кодексом, иными федеральными законами;

ст. 414 — участие работника в забастовке не может рассматриваться в качестве нарушения трудовой дисциплины и основания для расторжения трудового договора, за исключением случаев неисполнения обязанности прекратить забастовку в соответствии с частью шестой ст. 413 ТК РФ. Запрещается применять к работникам, участвующим в забастовке, меры дисциплинарной ответственности, за исключением случаев, предусмотренных частью шестой ст. 413 ТК РФ;

ответственность за уклонение от участия в примирительных процедурах, невыполнение соглашения, достигнутого в результате примирительной процедуры, неисполнение либо отказ от исполнения решения трудового арбитража (ст. 416);

ответственность работников за незаконные забастовки (ст. 417);

название раздела XIII ТК РФ «...ответственность за нарушение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права» и глава 62 Кодекса с аналогичным названием.

Кроме отмеченных общих (фундаментальных) положений рассмотрим конкретно содержание отдельных норм ТК РФ. Неудачно в ТК РФ сформулированы нормы об ответственности в разделе II «Социальное партнерство в сфере труда». В частности, в ст. 24 указана в качестве основного принципа социального партнерства ответственность сторон, их представителей за невыполнение по их вине коллективных договоров, соглашений. Вместе с тем глава 9 ТК РФ называется «Ответственность сторон социального партнерства», т.е. ответственность представителей сторон исключена.

В ст. 54 этой главы предусмотрена ответственность за уклонение от участия в коллективных переговорах, непредоставление информации, необходимой для ведения коллективных переговоров и осуществления контроля за соблюдением коллективного договора, соглашения. Представители сторон, уклоняющиеся от участия в коллектив-

ных переговорах по заключению, изменению коллективного договора, соглашения или неправоммерно отказавшиеся от подписания согласованного коллективного договора, соглашения, подвергаются штрафу в размере и порядке, которые установлены федеральным законом. Лица, виновные в непредоставлении информации, необходимой для ведения коллективных переговоров и осуществления контроля за соблюдением коллективного договора, соглашения, подвергаются штрафу в размере и порядке, которые установлены федеральным законом. Таким образом, ответственность несут и представители сторон социального партнерства.

Согласно ст. 55 ТК РФ, лица, представляющие работодателя либо представляющие работников, виновные в нарушении или невыполнении обязательств, предусмотренных коллективным договором, соглашением, подвергаются штрафу в размере и порядке, которые установлены федеральным законом, т.е. ст. 55 ТК РФ исключает ответственность сторон социального партнерства (вопреки названию главы 9).

Статьи 54–55 ТК РФ имеют отсылочный характер. В данной ситуации следует применять соответствующие статьи Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), однако он закрепляет несколько иные нормы (правила). Так, в соответствии со ст. 5.28. КоАП уклонение работодателя или лица, его представляющего, от участия в переговорах о заключении, об изменении или о дополнении коллективного договора, соглашения либо нарушение установленного законом срока проведения переговоров, а равно необеспечение работы комиссии по заключению коллективного договора, соглашения в определенные сторонами сроки влечет предупреждение или наложение административного штрафа в размере от одной тысячи до трех тысяч рублей.

В ст. 5.30 КоАП РФ предусмотрена следующая норма — необоснованный отказ работодателя или лица, его представляющего, от заключения коллективного договора, соглашения влечет предупреждение или наложение административного штрафа в размере от трех тысяч до пяти тысяч рублей. В ст. 5.31. КоАП РФ закреплено, что нарушение или невыполнение работодателем или лицом, его представляющим, обязательств по коллективному договору, соглашению влечет предупреждение или наложение административного штрафа в размере от трех тысяч до пяти тысяч рублей.

Итак, заметно несоответствие ст. 54–55 ТК и ст. 5.28, 5.30–5.31. КоАП РФ.

Требует уточнения и поправок целый ряд норм ТК РФ. Так, согласно его ст. 90, лица, виновные в нарушении положений федерального законодательства в области персональных данных при обработке персональных данных работника, привлекаются к дисциплинарной и материальной ответственности в порядке, установленном настоящим Кодексом и иными федеральными законами, а также привлекаются к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности в порядке, установленном федеральными законами. Логично и целесообразно исключить из данной статьи ТК РФ правило о привлечении к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности в порядке, установленном федеральными законами, как не относящиеся к предмету трудового права (ст. 1).

Статья 142 ТК РФ «Ответственность работодателя за нарушение сроков выплаты заработной платы и иных сумм, причитающихся работнику» только в ч. 1 устанавливает норму об ответственности работодателя. Правила других частей данной статьи к ответственности не относятся, в частности, «в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней работник имеет право, известив работодателя в письменной форме, приостановить работу на весь период до выплаты задержанной суммы.

В период приостановления работы работник имеет право в рабочее время отсутствовать на рабочем месте. Работник, отсутствовавший в свое рабочее время на рабочем месте в период приостановления работы, обязан выйти на работу не позднее следующего рабочего дня после получения письменного уведомления от работодателя о готовности произвести выплату задержанной заработной платы в день выхода работника на работу».

В принципиальном смысле ст. 142 ТК РФ вряд ли уместна в разделе VI «Оплата и нормирование труда» главы 21 «Заработная плата», так как она противоречит научно обоснованной и общепризнанной концепции «Система трудового права России». Кроме того, часть 1 ст. 142 ТК РФ не содержит конкретной нормы об ответственности работодателя, а отсылает правоприменителя (суд, контрольно-надзорные организации и т.д.) к Трудовому кодексу, очевидно к его ст. 236, и к иным федеральным законам.

Согласно ст. 192 ТК РФ, к дисциплинарным взысканиям, в частности, относится увольнение работника по основаниям, предусмотренным п. 5, 6, 9 или п. 10 ч. 1 ст. 81, п. 1 ст. 336 или ст. 348.11, а также п. 7, 7.1 или п. ч. 1 ст. 81 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. Не риторический вопрос: почему в данном случае не указан п. 11 ч. 1 ст. 81 ТК, предусматривающий такое основание увольнения, как предоставление работником работодателю подложных документов при заключении трудового договора?!

Другой важный аспект — в ст. 192 ТК РФ предусмотрено, что при наложении дисциплинарного взыскания должны учитываться тяжесть совершенного проступка и обстоятельства, при которых он был совершен. В п. 53 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» (в ред. от 24.11.2015 № 52) говорится о необходимости учитывать предшествующую работу и поведение работника (ранее это закреплялось в ст. 135 КЗоТ и поддержано наукой трудового права).

Статья 195 ТК РФ называется: «Привлечение к дисциплинарной ответственности руководителя организации, руководителя структурного подразделения организации, их заместителей по требованию представительного органа работников». По содержанию данной статьи «работодатель обязан рассмотреть заявление представительного органа работников о нарушении руководителем организации, руководителем структурного подразделения организации, их заместителями трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, условий коллективного договора, соглашения и сообщить о результатах его рассмотрения в представительный орган работников. Если факт нарушения подтвердился, работодатель обязан применить к руководителю организации, руководителю структурного подразделения организации, их заместителям дисциплинарное взыскание вплоть до увольнения».

Следовательно, содержание ст. 195 ТК РФ в должной мере не соответствует ее названию, так как в нем по сути нет нормы о привлечении к дисциплинарной ответственности указанных категорий работников.

Определенная коллизия между названием и содержанием существует и в ст. 277 ТК РФ «Материальная ответственность руководителя организации». Согласно ее содержанию «руководитель организации несет полную материальную ответственность за прямой действительный ущерб, причиненный организации. В случаях, предусмотренных федеральными законами, руководитель организации возмещает организации убытки, причиненные его виновными действиями. При этом расчет убытков осуществляется в

соответствии с нормами, предусмотренными гражданским законодательством», т.е. содержание статьи существенно шире ее названия.

Однако парадоксально то, что руководитель организации как ее работник и сторона трудового правоотношения может нести имущественную ответственность в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации.

Статья 416 ТК РФ предусматривает, что представители работодателя (работодателей), уклоняющиеся от получения требований работников и участия в примирительных процедурах, в том числе не предоставляющие помещения для собрания (конференции) по выдвижению требований, объявлению забастовки или препятствующие его (ее) проведению, привлекаются к дисциплинарной ответственности в соответствии с Кодексом или административной ответственности в порядке, который установлен законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Представители работодателя (работодателей) и работников, виновные в невыполнении обязательств по соглашениям, достигнутым в результате примирительной процедуры, а также виновные в неисполнении либо отказывающиеся от исполнения решения трудового арбитража, привлекаются к административной ответственности в порядке, который установлен законодательством Российской Федерации об административных правонарушениях.

Нельзя не подчеркнуть, что в данном случае нет ссылки на федеральные законы, а закрепляется вопреки отраслевой принадлежности (да и логике) административная ответственность.

Согласно ст. 417 ТК РФ, работники, приступившие к проведению забастовки или не прекратившие ее на следующий рабочий день после доведения до органа, возглавляющего забастовку, вступившего в законную силу решения суда о признании забастовки незаконной либо об отсрочке или о приостановке забастовки, могут быть подвергнуты дисциплинарному взысканию за нарушение трудовой дисциплины. Представительный орган работников, объявивший забастовку и не прекративший ее после ее признания незаконной, обязан возместить убытки, причиненные работодателю незаконной забастовкой, за счет своих средств в размере, определенном судом.

Не совсем обосновано закрепление в ст. 417 ТК РФ части 2, предусматривающей вместо материальной ответственности гражданско-правовую ответственность<sup>2</sup>.

Вопреки научно обоснованной системе российского трудового права и системе трудового законодательства в раздел XIII ТК РФ вместе с институтами защиты трудовых прав и свобод, рассмотрением и разрешением трудовых споров включены нормы об ответственности за нарушение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права. В главе 62 «Ответственность за нарушение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права» закреплена единственная ст. 419 — «Виды ответственности за нарушение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права», которая предусматривает, что лица, виновные в нарушении трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, привлекаются к дисциплинарной и материальной ответственности в порядке, установленном ТК РФ и иными федеральными законами, а также привлекают-

<sup>2</sup> Поэтому трудно согласиться с предложением закрепить ч. 2 ст. 417 ТК РФ в следующей редакции: «Представительный орган работников, объявивший и не прекративший забастовку после признания ее незаконной, обязан возместить убытки, причиненные работодателю незаконной забастовкой за счет своих средств в порядке, установленном гражданским законодательством Российской Федерации». См.: Буланова Н.В. Субъекты трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений: гражданско-правовая ответственность: автореф. дис...к. ю. н. Пермь, 2006.

ся к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности в порядке, установленном федеральными законами.

И вновь закономерен вопрос: на каком основании ТК РФ (как классический образец системы трудового законодательства) содержит нормы о привлечении «к гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности»?!

Кроме того, ст. 419 ТК РФ во многом дублирует ст. 362 ТК РФ.

В целях систематизации трудового законодательства и повышения эффективности его применения на практике целесообразно все нормы ТК РФ, регулирующие ответственность, объединить в единый раздел: «Ответственность по трудовому законодательству» (другой вариант — «Ответственность работников и работодателей»), что придало бы целостность, определенность и последовательность структуре ТК РФ и всей системе российского трудового законодательства. В этот раздел целесообразно было бы включить главы и нормы о:

дисциплинарной ответственности работников;

материальной ответственности сторон трудового договора;

возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей;

возмещении (компенсации) морального вреда.

Таким образом, соответствующему разделу ТК РФ необходимо придать качественно иное содержание.

В связи с этим федеральному законодателю следовало бы в ближайшей перспективе решить вопрос о закреплении в основополагающих ст. 1–2 ТК РФ о целях, задачах и основных принципах трудового законодательства норм об «Ответственности по трудовому законодательству» (вместо норм о материальной ответственности работодателей и работников; возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью работника в связи с исполнением им трудовых обязанностей).

Как следствие, все правовые доктрины (советские и российские) об ответственности по российскому трудовому праву, очевидно, придется пересмотреть.



## Библиография

Актуальные проблемы трудового права: учебник для магистров / отв. ред. Н.Л. Лютов. М.: Проспект, 2017. 688 с.

Буланова Н.В. Субъекты трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений: гражданско-правовая ответственность: автореф. дис... к. ю. н. Пермь, 2006. 28 с.

Гусов К.Н., Полетаев Ю.Н. Ответственность по российскому трудовому праву. М.: Проспект, 2008. 281 с.

Ковалев В.А. Ответственность в трудовом праве: теоретические аспекты: автореф. дис... к.ю.н. М., 2012. 26 с.

Колосовский А.В. Эффективность правового регулирования дисциплинарной и материальной ответственности: автореф. дис... к.ю.н. Екатеринбург, 2010. 30 с.

Коробов А.Е. Юридическая ответственность в сфере общественного труда: проблемы теории: автореф. дис... к.ю.н. СПб., 2009. 22 с.

Кузнецов Ю.А. Трудоправовая ответственность: понятие, виды: автореф. дис... к.ю.н. Пермь, 2005. 27 с.

Липинский Д.А. Проблемы юридической ответственности. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 387 с.

Маленко Т.В. Правовые проблемы возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью граждан: автореф. дис... к.ю.н. М., 2006. 27 с.

Проблемы ответственности в сфере труда. Материалы научно-практической конференции (Москва, 17 ноября 2006 г.) / отв. ред. Г.С. Скачкова. М.: Проспект, 2007. 205 с.

Скобелкин В.Н. Дисциплинарная и материальная ответственность рабочих и служащих. Воронеж: Центрально-Черноземное книжное изд-во, 1990. 221 с.

Смирнова О.Г. Ответственность работника по трудовому праву: современное состояние и перспективы развития: автореф. дис... к.ю.н. СПб., 2002. 25 с.

Созанова М.В. Предупреждение несчастных случаев на производстве и ответственность работодателя при их наступлении: автореф. дис... к.ю.н. М., 2005. 27 с.

Строгович М.С. Сущность юридической ответственности // Советское государство и право. 1979. № 4. С. 72–78.

Сыроватская Л.А. Ответственность по трудовому праву: автореф. дис... д.ю.н. М., 1991. 41 с.

---

## Liability under Russian Labour Law: New Concept of the Institute



**Alexey Y. Petrov**

Professor, Department of Labour Law and Social Security Law, 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 doctrine of liability is still not quite elaborated in the Russian science of labour law. Besides, its conceptual model is missing under the Russian Federation labour law. The author attempts to bridge the lacuna in legal science. Methodologically, the paper is based on legal theory as a fundamental regulator of social relations and the doctrinal conception of the institute of liability in Russian labour law. The paper proposes the first in the science of labour law critical evaluation of theoretical approaches reducing the liability category under labour law to disciplinary and material and excepting other liabilities, such as indemnity for harm caused to life and health due to performing labour duties, redress for the non-pecuniary damage. Scattered norms on liability are indicative of labour legislation especially for Russian Federation Labour Code. The structure of the latter is inconsistent. To systematize the labour legislation and improve the efficiency of its application, it deems relevant to incorporate all the norms on liability of the Labour code into the section under the title *Liability under Labour Legislation or Liability of Employees and Employers*, which would promote to integrity and consistency the RF Labour Code and the entire system of Russian labour legislation either as the section requires upgraded content. The section may need the additional chapters and norms on disciplinary liability of employees, material liability of the parties to labour agreement, indemnifying for harm caused to life and health due to performing labour duties, redress (compensation) for the non-pecuniary damage. Due to this, the federal legislators should consider the issue on specifying in Articles 1 and 2 of the Code covering objectives and principles of labour legislation on the Liability on Labour Legislation (instead of the norms on material liability of employers and employees in the area of labour: indemnification for harm caused to life and health due to performing labour duties). Hence, the whole legal doctrines (both Soviet and modern Russian one) on liability under labour law require evident revision.



### Keywords

RF Labour Code, disciplinary liability of employees, material liability of the parties, labour agreement, indemnity for harm caused to life and health due to performing labour duties, moral harm compensation

Citation: Petrov A. Ya. (2017) Liability under Russian Labour Law: New Concept of the Institute. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 90–101 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.90.101



## References

- Bulanova N. V. (2006) *Sub'ekty trudovykh i inykh neposredstvenno svyazannykh s nimi otnosheniy: grazhdansko-pravovaya otvetstvennost'*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Subjects of Labour and Adjacent Relations. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Perm', 28 p.
- Gusov K.N., Poletaev Yu.N. (2008) *Otvetstvennost' po rossiyskomu trudovomu pravu* [Liability under Russian Labour Law]. Moscow: Prospect, 281 p. (in Russian)
- Kolosovskiy A.V. (2010) *Effektivnost' pravovogo regulirovaniya distsiplinarnoy i material'noy otvetstvennosti*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Efficiency of Legal Regulation as to Disciplinary and Material Liability. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Ekaterinburg, 30 p.
- Korobov A.E. (2009) *Yuridicheskaya otvetstvennost' v sfere obshchestvennogo truda: problemy teorii*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Legal Liability in Public Labour: Theoretical Issues. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Saint Petersburg, 22 p.
- Kovalev V.A. (2012) *Otvetstvennost' v trudovom prave: teoreticheskie aspekty*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Liability in Labour Law: Theoretical Aspects. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 26 p.
- Kuznetsov Yu. A. (2005) *Trudopravovaya otvetstvennost': ponyatie, vidy*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Labour Law Liability: Concept, Types. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Perm', 27 p.
- Lipinskiy D.A. (2003) *Problemy yuridicheskoy otvetstvennosti* [Issues of Legal Liability]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 387 p. (in Russian)
- Lytov N.L. (ed.) (2017) *Aktual'nye problemy trudovogo prava* [Issues of Labour Law]. Moscow: Prospekt, 688 p. (in Russian)
- Malenko T.V. (2006) *Pravovye problemy vozmeshcheniya vreda zhizni i zdoroviu cheloveka*. Avtoref. Diss. Cand. Jurid. Nauk [Legal Issues of Compensation for the Harm to Life and Health of Human Person. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 27 p.
- Skachkova G.S. (ed.) (2007) *Problemy otvetstvennosti v sfere truda* [Liability in the Sphere of Labour]. Materialy konferentsii. Moscow: Prospect, 205 p.
- Skobelkin V.H. (1990) *Distsiplinarnaya i material'naya otvetstvennost' rabochikh i sluzhashchikh* [Disciplinary and Material Liability of Workers and Employees]. Voronezh: Tsentralno-Chernozemnoye Press, 221 p. (in Russian)
- Smirnova O.G. (2002) *Otvetstvennost' rabotnika po trudovomu pravu: sovremennoe sostoyanie i perspektivy razvitiya*. Avtoref. Diss. Kand. Yurid. Nauk [Liability of Employee under Labour Law: Current Situation and Perspectives. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Saint Petersburg, 25 p.
- Sozanova M.V. (2005) *Preduprezhdenie neschastnykh sluchaev na proizvodstve and otvetstvennost' rabotodatelia pri ih nastuplenii*. Avtoref. Diss. Cand. Jurid. Nauk [Prevention of Accidents at Workplace and Employer Liability. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 27 p.
- Strogovich M.S. (1979) *Sushchnost' yuridicheskoy otvetstvennosti* [Nature of Juridical Liability]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 4, pp. 72–78.
- Syrovatskaya L.A. (1991) *Otvetstvennost' po trudovomu pravu*. Avtoref. Diss. Doct. Yurid. Nauk [Liability under Labour Law. Doctor of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 41 p.

# Противодействие nepoтизму в трудовых отношениях: правовое регулирование и проблемы правоприменения

---



**Д.Е. Зайков**

начальник юридической службы НИИ химмотологии Министерства обороны России, кандидат юридических наук. Адрес: 121467, Российская Федерация, Москва, Молодоговардейская ул., 10/25. E-mail: joburist@yandex.ru

---



## **Аннотация**

Непотизм представляет собой одну из форм проявления коррупции, при которой личные интересы лица, основанные на его родственных связях (свойстве), противопоставляются общественным, государственным и иным интересам посредством злоупотребления должностным (служебным) положением. Негативное влияние родственных отношений на объективность и беспристрастность и качество выполнения трудовых обязанностей, а также конфликт интересов и его разрешение с участием работников являются причинами, обусловившими необходимость правового регулирования противодействия nepoтизму в трудовых отношениях. Указанный правовой институт имел длительную историю. Однако он с введением в действие в 2002 году Трудового кодекса Российской Федерации был ликвидирован. При этом nepoтизм продолжал развиваться в отношениях, связанных с прохождением государственной и муниципальной службы, что и явилось правовой основой насущной потребности в восстановлении института противодействия nepoтизму в трудовых отношениях. Актуальность указанного правового института обусловлена, с одной стороны, повсеместным распространением коррупционных правонарушений, в связи с чем все сферы общественных отношений, в том числе и трудовые отношения подвержены коррупции и требуют принятия соответствующих мер по ее профилактике и противодействию. С другой стороны, именно в рамках трудовых отношений имеются объективные предпосылки возникновения и развития nepoтизма как одной из форм проявления коррупции. Вместе с тем правовое регулирование института противодействия nepoтизму в трудовых отношениях на сегодняшний день является фрагментарным, противоречивым и коллизионным, что создает предпосылки для отказа от его применения в практической деятельности. Указанные обстоятельства негативно сказываются не только на эффективности противодействия nepoтизму в трудовых отношениях, но и на качестве и результативности борьбы с коррупцией в целом. Исследование позволяет прийти к выводу о несовершенстве законодательства в указанной сфере отношений и о необходимости его совершенствования.

---



## **Ключевые слова**

nepoтизм, противодействие коррупции, работники, конфликт интересов, персональный интерес, родственные отношения, злоупотребление служебным положением.

---

Библиографическое описание: Зайков Д.Е. Противодействие nepoтизму в трудовых отношениях: правовое регулирование и проблемы правоприменения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 102–115.

Коррупция — явление правовой действительности, которое в зависимости от сферы его действия, правового регулирования, участвующих субъектов и иных обстоятельств приобретает различные формы. Одной из наиболее распространенных форм проявления коррупции является nepoтизм<sup>1</sup> (кумовство), заключающийся в негативном влиянии родственных связей на служебные (трудовые) отношения служащих (работников) и на качество их служебной (трудовой) деятельности, в возможном злоупотреблении служебным (должностным) положением в интересах родственников.

Даже у высококлассных профессионалов-управленцев наряду с выработанными годами такими качествами, как объективность и беспристрастность, будут все равно присутствовать эмоциональные составляющие, симпатии и антипатии, частные интересы, которые могут негативно сказываться на результатах их труда. Здесь возможно возникновение конфликта между двумя противоречивыми интересами: 1) публичным интересом качественно выполнить работу, заслужить уважение коллег и руководства, добиться высоких результатов деятельности и 2) интересом удовлетворить личные потребности, получить личную выгоду, «сделать шаг» в направлении лучшей жизни себя самого или своих близких<sup>2</sup>.

Наибольшую опасность nepoтизм представляет в публичной сфере: на государственной (муниципальной) службе, в государственных и муниципальных учреждениях и унитарных предприятиях. Исследование института противодействия nepoтизму в трудовых отношениях особенно интересно, так как данная сфера общественных отношений в указанном разрезе является малоизученной<sup>3</sup>, что обусловлено в том числе относительно недавним отнесением работников, замещающих на основании трудового договора коррупционно-опасные должности<sup>4</sup> (далее — работники), к субъектам антикоррупционных отношений.

Кроме того, необходимо учитывать и то обстоятельство, что количество работников в различных организациях (при равной численности персонала) может существенно различаться. Наиболее ярко данная проблема проявляется в правовом регулировании противодействия коррупции с участием работников организаций, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами. Так, например, в организациях, подведомственным рядом федеральных государственных органов, к работникам отнесены только руководитель, заместитель руководителя и главный бухгалтер<sup>5</sup>, что предопределяет ничтожную численность лиц с особым правовым статусом.

<sup>1</sup> Nepoтизм (лат. *nepos* (*nepotis*) — внук, племянник): 1) раздача римскими папами ради укрепления своей власти доходных должностей, высших церковных званий, земель родственникам для укрепления собственной власти; был широко распространен в XV — XVI вв.; 2) кумовство, служебное покровительство родне. См.: Новый словарь иностранных слов. Минск, 2006. С. 620.

<sup>2</sup> См.: Глухов Е.А., Корякин В.М. Nepoтизм как форма проявления коррупции в системе военной службы // Право в Вооруженных Силах — военно-правовое обозрение. 2016. № 5. С. 2.

<sup>3</sup> Исследования правоведов сосредоточены на государственных (муниципальных) служащих и отношениях по поводу прохождения государственной (муниципальной) службы.

<sup>4</sup> Коррупционно-опасные должности работников определяются либо самой организацией (государственная корпорация, Пенсионный фонд, Центральный банк и др.) либо федеральным государственным органом, в ведомственном подчинении которого находится соответствующая организация.

<sup>5</sup> См., напр.: Приказ Министерства культуры от 29.12.2015 № 3430 «Об утверждении перечней должностей, замещение которых влечет за собой размещение сведений о доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера федеральных государственных гражданских служащих

Напротив, в организациях, подведомственным другим федеральным государственным органам, к работникам отнесены лица, замещающие практически все руководящие должности (руководитель, заместитель руководителя, главный бухгалтер, начальники служб, отделов, отделений, центров, инспекций, частей, комплексов, бюро, складов и др.) и должности специалистов (юрисконсульт, бухгалтер, экономист, инспектор-ревизор, преподаватель, инспектор по охране труда и технике безопасности и др.)<sup>6</sup>. Это приводит к наделению значительной части персонала особым правовым статусом<sup>7</sup> и, соответственно, к актуальности и масштабности обуславливаемых этим проблем.

Проблема противодействия nepoтизму в трудовых отношениях остро стояла и в советское время. Декретом ВЦИК РСФСР от 21.12.1922 были утверждены Временные правила о службе в государственных учреждениях и предприятиях, которыми был введен запрет состоять на службе в одном государственном учреждении (предприятии) «лицам, соединенным между собою близким родством или свойством»<sup>8</sup> (имелись в виду: родители, супруги, братья, сестры, сыновья, дочери, а равно братья, сестры, родители и дети супругов), если одновременное состояние их на службе связано с подчиненностью или подконтрольностью одного другому»<sup>9</sup>. Виновное в нарушении данного запрета лицо подлежало уголовной ответственности.

Указанный правовой институт получил развитие в ст. 20 Кодекса законов о труде<sup>10</sup>, которая запрещала совместную службу на одном и том же государственном или муниципальном предприятии, в учреждении, организации лиц, состоящих между собой в близком родстве или свойстве (родители, супруги, братья, сестры, сыновья, дочери, а также братья, сестры, родители и дети супругов), если их служба связана с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому. Но закон предусматривал исключения из указанного правила, которые были реализовано в Перечне работников предприятий, учреждений и организаций, в отношении которых могут допускаться исключения из правила об ограничении совместной службы родственников, предусмотренного ст. 20 Кодекса законов о труде РСФСР, утвержденном

---

Министерства культуры Российской Федерации, его территориальных органов, подведомственных федеральных агентств и работников организаций, созданных для выполнения задач, поставленных перед Министерством культуры Российской Федерации, а также сведений о доходах, расходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера их супруг (супругов) и несовершеннолетних детей на официальном сайте Министерства культуры Российской Федерации» // СПС «Гарант».

<sup>6</sup> См., напр.: Приказ Министра обороны от 4.04.2016 № 175 «О Перечне воинских должностей, должностей федеральной государственной гражданской службы в Министерстве обороны Российской Федерации, должностей в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед Министерством обороны Российской Федерации, при замещении которых военнослужащие, федеральные государственные гражданские служащие, работники, а также граждане при назначении на должности в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед Министерством обороны Российской Федерации, обязаны представлять сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей» // СПС «Гарант».

<sup>7</sup> Например, в организациях, подведомственных Минобороны, численность указанной категории лиц в 2015 году составила 81 460 человек.

<sup>8</sup> Указанный запрет не распространялся на лиц, занимающих подчиненные или подконтрольные должности по выборам.

<sup>9</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.libussr.ru/doc\\_ussr/ussr\\_1464.htm](http://www.libussr.ru/doc_ussr/ussr_1464.htm) (дата обращения: 21.02.2017)

<sup>10</sup> Утвержден и введен в действие с 1.04.1972 Законом РСФСР от 9.12. 1971. Утратил силу с 1.02.2002.

Постановлением Совета Министров РСФСР от 21.08.1972 № 510 «Об изъятиях из правила об ограничении совместной службы родственников».

Исключения касались большого количества работников, что обуславливалось различными факторами: ограниченностью трудовых ресурсов в соответствующих местностях, особым режимом работы, спецификой выполняемой трудовой функции, преемственностью поколений в отдельных сферах общественной жизни и другими обстоятельствами. Среди таких лиц были, например:

работники, занимающие непосредственно подчиненные или подконтрольные должности по выборам;

артисты, художники и музыканты государственных театров, художественных коллективов и студий;

педагогические работники, преподаватели, библиографы и библиотекари во всех учебных и воспитательных учреждениях;

врачи лечебно-профилактических и санитарно-профилактических учреждений здравоохранения;

специалисты лесного и водного хозяйства, работники просвещения, медицинские работники, работники культурно-просветительных учреждений, работники предприятий розничной торговли и общественного питания потребительской кооперации, работающие в сельской местности<sup>11</sup>.

Трудовой кодекс Российской Федерации 2002 г. (далее — ТК РФ) ограничений трудовой деятельности уже не предусматривал. Данное обстоятельство было связано с установленным законодателем приоритетом правового регулирования трудовых отношений в частном секторе экономики, где указанная проблема не имеет ярко выраженной актуальности, так как ее разрешение должно осуществляться на уровне собственника организации или ее исполнительных органов. Однако п. 5 ч. 1 ст. 16 Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»<sup>12</sup> (далее — Закон о гражданской службе) установил для федеральных государственных гражданских служащих (далее — гражданские служащие) ограничение, в силу которого гражданин не может быть принят на гражданскую службу, а гражданский служащий не может находиться на гражданской службе при близком родстве или свойстве (родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители, дети супругов и супруги детей) с гражданским служащим, если замещение должности гражданской службы связано с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому<sup>13</sup>.

Первым шагом на пути ограничения трудовой деятельности работников явилась ст. 12.4 Закона о противодействии коррупции<sup>14</sup>, которая установила, что на работников в порядке, определяемом нормативными правовыми актами России, распространяются

<sup>11</sup> Стоит указать, что в ряде категорий работников предусматривалась оговорка о нераспространении исключения на главных бухгалтеров и кассиров соответствующих организаций.

<sup>12</sup> СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

<sup>13</sup> Практически идентичная норма была предусмотрена и ч. 3 ст. 21 Федерального закона от 31.07.1995 № 119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 31. Ст. 2990 (утратил силу с 1.02. 2005). Указанный правовой акт, в отличие от Закона о государственной службе, не предусматривал в качестве субъектов рассматриваемого ограничения супругов детей.

<sup>14</sup> Введена Федеральным законом от 21.02. 2011 № 329-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции» // СЗ РФ. 2011. № 48. Ст. 6730.

с учетом особенностей, обусловленных их правовым статусом, ограничения, запреты и обязанности, установленные в отношении лиц, замещающих должности федеральной государственной службы, Законом о противодействии коррупции и ст. 17, 18 и 20 Закона о гражданской службе. Несмотря на то, что прямой ссылки на применение к работникам ограничения, предусмотренного п. 5 ч. 1 ст. 16 Закона о гражданской службе, данная норма не устанавливала, п. 6 ч. 1 ст. 18 указанного акта содержит обязанность гражданского служащего соблюдать ограничения, установленные федеральными законами (к которым относится, в том числе п. 5 ч. 1 ст. 16 Закона о гражданской службе)<sup>15</sup>. Тем самым законодателем опосредованно была предусмотрена возможность применения к работникам ограничения трудовой деятельности по родственным признакам (далее — ограничение трудовой деятельности).

Указанное обстоятельство было принято во внимание отдельными федеральными государственными органами и обращено к реализации. Однако такой подход являлся незаконным, нарушающим требования как Закона о противодействии коррупции, так и ТК РФ.

Согласно ст. 12.4 Закона о противодействии коррупции ограничения, запреты и обязанности, установленные в отношении лиц, замещающих должности федеральной государственной службы, подлежат применению к работникам *в порядке, определяемом нормативными правовыми актами Российской Федерации с учетом особенностей, обусловленных их правовым статусом (здесь и далее выделено авт. — Д.З.)*. Таким образом, законодатель установил два условия применимости указанной нормы права в отношении работников:

учет правового статуса работников;

определение порядка реализации ограничения трудовой деятельности.

Выполнение первого из указанных условий обусловлено необходимостью соблюдения трудового законодательства. Так, в силу ч. 3–5 ст. 5 ТК РФ нормы трудового права, содержащиеся в иных федеральных законах, должны соответствовать Трудовому кодексу. В случае противоречий между ТК РФ и иным федеральным законом, содержащим нормы трудового права, применяется Трудовой кодекс. Если вновь принятый федеральный закон, содержащий нормы трудового права, противоречит ТК РФ, то применению подлежит федеральный закон при условии внесения соответствующих изменений в Трудовой кодекс. Таким образом, до внесения в ТК РФ изменений, корреспондирующих ст. 12.4 Закона о противодействии коррупции, правовых оснований для применения к работникам ограничений, запретов и обязанностей, установленных в отношении лиц, замещающих должности федеральной государственной службы, не имелось<sup>16</sup>.

Указанный пробел был устранен с 1.01.2013 посредством дополнения ТК РФ ст. 349.2, которая установила, что на работников Пенсионного фонда, Фонда социального страхования, Федерального фонда обязательного медицинского страхования, иных организаций, созданных Российской Федерацией на основании федеральных законов, организаций, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами, *в случаях и порядке, которые установлены Правительством Российской Федерации, распространяются ограничения, запреты и обязанности,*

<sup>15</sup> Ст. 16 Закона о гражданской службе имеет название «Ограничения, связанные с гражданской службой».

<sup>16</sup> Однако в практической деятельности указанный вывод был игнорирован.

установленные Законом о противодействии коррупции и другими федеральными законами в целях противодействия коррупции<sup>17</sup>.

С вступлением в силу<sup>18</sup> постановления Правительства России от 5.07. 2013 № 568 «О распространении на отдельные категории граждан ограничений, запретов и обязанностей, установленных Федеральным законом «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами в целях противодействия коррупции»<sup>19</sup> (далее — Постановление № 568) на работников стали распространяться ограничения, запреты и обязанности, но исключительно предусмотренные указанным правовым актом<sup>20</sup>. Среди них ограничение трудовой деятельности отсутствовало<sup>21</sup>, что, однако, не препятствовало его реализации в правоприменительной деятельности.

Так, согласно абз. 4 пп. «в» п. 1 Постановления № 568 работник обязан принимать меры по недопущению любой возможности возникновения конфликта интересов и урегулированию возникшего конфликта интересов. В силу ч. 1 ст. 10 Закона о противодействии коррупции под конфликтом интересов понимается ситуация, при которой личная заинтересованность (прямая или косвенная) работника, влияет или может повлиять на надлежащее, объективное и беспристрастное исполнение им должностных обязанностей (осуществление полномочий). Под личной заинтересованностью понимается возможность получения доходов в виде денег, иного имущества, в том числе имущественных прав, услуг имущественного характера, результатов выполненных работ или каких-либо выгод (преимуществ) работником и (или) состоящими с ним в близком родстве или свойстве лицами (родителями, супругами, детьми, братьями, сестрами, а также братьями, сестрами, родителями, детьми супругов и супругами детей), гражданами или организациями, с которыми работник, и (или) лица, состоящие с ним в близком родстве или свойстве, связаны имущественными, корпоративными или иными близкими отношениями.

Анализ указанных положений свидетельствует, что nepoтизм представляет собой частный случай конфликта интересов. При этом закон предусматривает в качестве од-

<sup>17</sup> Стоит указать, что соответствующие ограничения правового статуса в отношении работников государственных корпораций (государственных компаний) были внесены в ст. 349.1 ТК РФ ранее.

<sup>18</sup> С 17.07.2013.

<sup>19</sup> СЗ РФ. 2013. № 28. Ст. 3833.

<sup>20</sup> По нашему мнению, выбранный законодателем способ ограничения трудовых прав работников является ненадлежащим — в силу ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации 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. Таким образом, нарушен порядок установления поражения в правах работников, что недопустимо. Установление Конституцией возможности ограничения прав граждан именно федеральным законом создает как дополнительные гарантии соблюдения их прав, так и препятствия для злоупотреблений со стороны исполнительной власти, обусловленные особой процедурой принятия федерального закона и участвующими в ней субъектами.

<sup>21</sup> Стоит указать, что в ст. 12.4 Закона о противодействии коррупции в 2015 г. были внесены изменения в части прямого указания о распространении на работников ограничения, предусмотренного п. 5 ч. 1 ст. 16 Закона о гражданской службе. См.: ст. 10 Федерального закона от 5.10.2015 № 285-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления обязанности лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц сообщать о возникновении личной заинтересованности, которая приводит или может привести к конфликту интересов, и принимать меры по предотвращению или урегулированию конфликта интересов» // СЗ РФ. 2015. № 41 (часть II). Ст. 5639.

ного из возможных оснований для вывода о личной заинтересованности как родственные, свойственные, так и иные близкие отношения<sup>22</sup>. Иными словами, даже отсутствие специального правового регулирования ограничения трудовой деятельности не является препятствием для противодействия nepотизму, что находит подтверждение в правоприменительной практике<sup>23</sup>.

Вместе с тем возникшая необходимость регламентации противодействия nepотизму в трудовых отношениях была обусловлена потребностью реализации положений ст. 10 Закона о противодействии коррупции с учетом требований трудового законодательства, специфики правового статуса работников, а также закрепления соответствующих положений в самостоятельном правовом акте<sup>24</sup>. В указанных целях Постановление № 568 2016 г. было дополнено п. 3, согласно которому работники и граждане, претендующие на замещение соответствующих должностей, не могут осуществлять трудовую деятельность в случае близкого родства или свойства (родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители, дети супругов и супруги детей) с работником соответствующей организации, если осуществление трудовой деятельности связано с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому.

Стоит отметить, что реализация указанного положения вызвала ряд проблем, негативно сказывающихся на эффективности института ограничения трудовой деятельности. Затруднение вызывает толкование таких терминов как *непосредственная подчиненность* и *подконтрольность*, которые являются условием применения рассматриваемого правового института. Трудовому законодательству указанные понятия неизвестны, что создает неопределенность их содержания и правильности использования в правоприменительной деятельности. При этом, если содержание термина «непосредственная подчиненность» все-таки можно установить по аналогии с правовым регулированием иных правоотношений<sup>25</sup>, то в отношении понятия «подконтрольность»<sup>26</sup> отсутствуют и такие обстоятельства, что влечет различные подходы к определению его сущности и создает предпосылки нарушения трудовых прав работников.

Судебная и правоприменительная практика на примере анализа законодательства о государственной (муниципальной) службе выработала ряд подходов к указанной проблематике. Так, непосредственная подконтрольность означает, что один муниципальный служащий имеет право на основании юридических документов, определяющих статус, контролировать другого муниципального служащего, в отсутствие прямого

---

<sup>22</sup> Такого института, как «близкие отношения», законодательство Российской Федерации не знает, поэтому непонятно, что имел в виду законодатель (возможно, это приятельские или интимные отношения). Особенно учитывая то обстоятельство, что в силу ч. 2 ст. 10 Закона о противодействии коррупции имущественные и корпоративные отношения отнесены к категории близких отношений. Использование подобных оценочных категорий, не известных праву, недопустимо и заведомо влечет за собой появление правовых коллизий и противоречивую правоприменительную практику.

<sup>23</sup> См., напр.: Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Хабаровского краевого суда от 17.02. 2016 по делу № 33-1073/2016 // СПС «Гарант».

<sup>24</sup> См., напр.: п. 5 ч. 1 ст. 16 Закона о гражданской службе.

<sup>25</sup> Так, согласно п. 2 ч. 3 ст. 4 Федерального закона от 30.11.2011 № 342-ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» ближайший к сотруднику прямой руководитель (начальник) является его непосредственным руководителем (начальником).

<sup>26</sup> Стоит указать, что вопрос об отнесении критерия «непосредственный» наряду с подчиненностью и к подконтрольности остается открытым; его разрешение окажет существенное влияние на трудовые права работников.

подчинения<sup>27</sup>. В соответствии с письмом Министерства труда и социальной защиты от 28.08.2014 № 18-2/В-599<sup>28</sup> непосредственная подконтрольность предполагает наличие у непосредственного начальника или иного вышестоящего начальника (при отсутствии прямого подчинения) специального полномочия по осуществлению контроля в силу своих должностных (служебных) обязанностей. При этом в организации не могут работать родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители, дети супругов и супруги детей руководителя организации независимо от непосредственной подчиненности, поскольку все работники организации подконтрольны руководителю организации<sup>29</sup>.

Вполне обоснована точка зрения, в силу которой сам по себе факт состояния в родственных отношениях (свойстве) не является достаточным основанием для прекращения трудовых отношений с работником<sup>30</sup>.

Учитывая изложенное, для ограничения трудовой деятельности необходимо доказать следующие обстоятельства:

наличие родственной связи (свойства) между сторонами предполагаемого конфликта интересов;

ненадлежащее исполнение работником должностных обязанностей (вероятность такого), обусловленное наличием личной заинтересованности;

наличие возможности получения имущественной выгоды одной или обеими сторонами предполагаемого конфликта интересов<sup>31</sup>.

Сложность указанной правовой конструкции, как и в целом института конфликта интересов, обусловлена большой долей субъективизма, основывающегося на вероятностных предположениях, что является неоправданным. При этом важно иметь в виду, что перечень случаев близкого родства или свойства не может быть истолкован расширительно<sup>32</sup>.

Вместе с тем встречаются суждения, направленные на исключение подобного ограничения применительно к конфликту интересов. Например, предлагается в определении личной заинтересованности, закрепленном в ст. 10 Закона о противодействии коррупции, перечисление круга близких родственников<sup>33</sup> заменить одним словом — «родственники», что расширит круг ситуаций конфликта интересов, подконтрольных соответствующим руководителям и комиссиям по урегулированию конфликта интересов<sup>34</sup>. Как представляется, данная инициатива не только не обоснована и не повлечет за собой повышения эффективности применяемых мер по противодействию коррупции,

<sup>27</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Ставропольского краевого суда от 20.07.2016 по делу № 33-5120/2016 // СПС «Гарант».

<sup>28</sup> СПС «Гарант».

<sup>29</sup> Письмо Министерства труда и социальной защиты от 7.07.2016 № 10-9/10/В-4600 // СПС «Гарант».

<sup>30</sup> См., напр.: Обзор практики по рассмотрению в 2012–2013 годах дел по спорам, связанным с привлечением государственных и муниципальных служащих к дисциплинарной ответственности за совершение коррупционных проступков, утвержденный Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 30.07.2014 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2014. № 12.

<sup>31</sup> Такая позиция находит поддержку государственных органов. См., напр.: письмо Министерства труда и социальной защиты от 28.08.2014 № 18-2/В-599 // СПС «Гарант».

<sup>32</sup> Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского областного суда от 07.08.2013 по делу № 33-16670/2013 // СПС «Гарант».

<sup>33</sup> Перечень указанных субъектов аналогичен установленному п. 3 постановления Правительства России № 568, что свидетельствует о взаимозависимости соответствующих норм.

<sup>34</sup> См.: Глухов Е.А., Корякин В.М. Указ. соч. С. 9.

но и опасна, так как исключит принцип определенности и создаст предпосылки для субъективного использования соответствующих норм права.

Действующее законодательство России не знает содержания термина «родственники». Отдельные нормативные правовые акты раскрывают понятие «близкие родственники», однако различия, обусловленные спецификой регламентации соответствующих отношений, исключают единый подход законодателя к указанному вопросу<sup>35</sup>. Стоит указать, что классификация родственных связей в целях правового регулирования наследования по закону дана в ст. 1142–1145 Гражданского кодекса России. Однако при этом более глубокое различие родственных связей всегда будет обусловлено фактической сложностью доказывания соответствующих обстоятельств и может привести к ситуации, при которой будут выявлено родство, о наличии которого субъекты соответствующих отношений и не подозревали<sup>36</sup>.

Вместе с тем такое направление противодействия коррупции, основанное на наличии родственных связей или свойстве, легко нивелируется посредством использования отношений (связей) иного толка — приятельских, дружественных и др.<sup>37</sup> Это существенно снижает значимость и эффективность рассматриваемой меры противодействия коррупции. Перечень лиц, указанных в п. 3 Постановления № 568, должен являться закрытым, что, однако, не исключает возможности его корректировки. Например, не совсем понятно, почему среди указанных субъектов отсутствуют супруги родителей.

Кроме того, реализация п. 3 Постановления № 568 (расторжение трудового договора с работником) вызывает проблему правоприменительного характера. ТК РФ прямо не предусматривает несоблюдения ограничения трудовой деятельности в качестве основания расторжения трудового договора с работником. Иные имеющиеся основания также не применимы. Так, п. 14 ч. 1 ст. 81 ТК РФ предполагает возможность расторжения трудового договора только в случаях, предусмотренных *федеральными законами*. Как видится, несоблюдение ограничения трудовой деятельности может быть применено в качестве основания для утверждения о личной заинтересованности работника, приводящей к конфликту интересов<sup>38</sup>, с последующим его увольнением по п. 7.1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за непринятие работником мер по предотвращению конфликта интересов, стороной которого он является.

Закрепление именно в Постановлении № 568 ограничения трудовой деятельности при отсутствии соответствующих дополнений в ст. 349.1 ТК РФ фактически исключило его применение в отношении работников государственных корпораций, публично-правовых и государственных компаний. Подобный подход создает необоснованные различия в правовом статусе работников в зависимости от места их работы. Это является нарушением принципа равенства прав и возможностей работников, а также дискриминацией по указанному признаку.

Стоит указать, что п. 3 Постановления № 568, установивший ограничения трудовой деятельности работников, вызвал бурную негативную реакцию со стороны обществен-

<sup>35</sup> См., напр.: ст. 14 Семейного кодекса; ст. 25.6 Кодекса об административных правонарушениях; п. 4 ст. 5 Уголовно-процессуального кодекса и др. При этом различные правовые акты толкуют термин «близкие родственники» по-разному. Ср., напр.: с п. 2 ч. 1 ст. 8 Федерального закона от 30.12.2008 № 307-ФЗ «Об аудиторской деятельности».

<sup>36</sup> Что, соответственно, исключало бы мотив личной заинтересованности.

<sup>37</sup> Безусловно, можно говорить, что ст. 10 Закона о противодействии коррупции предусматривает возможность определения личной заинтересованности и на основании близких отношений, однако возможности их доказывания крайне ограничены и неэффективны.

<sup>38</sup> См.: ст. 10 Закона о противодействии коррупции.

ности, суть которой сводилась к тому, что запрет на совместную трудовую деятельность работников приведет к разрушению традиций преемственности и наследия в среде циркового, эстрадного, театрального искусства и т.п.<sup>39</sup> Государство в лице ряда ведомств на подобную критику отозвалось моментально, предложив несколько альтернативных проектов изменений п. 3 Постановления № 568, в частности:

1. Министерство культуры: допустить осуществление трудовой деятельности в организациях кинематографии, теле- и видеосъемочных коллективах, театрах, театральных и концертных организациях, цирках, музеях, музеях-заповедниках, организациях, осуществляющих образовательную деятельность в сфере культуры и искусства, и иных организациях, участвующих в создании и (или) исполнении (экспонировании), хранении произведений искусства и литературы, работниками, замещающими коррупционно-опасные должности и гражданами, претендующими на замещение указанных должностей, с находящимися с ними в отношениях близкого родства или свойства творческими работниками, если осуществление трудовой деятельности связано с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому при условии, что творческие работники не замещают должностей, предусматривающих каких-либо финансовых, административно-хозяйственных функций<sup>40</sup>.

2. Министерство труда и социальной защиты<sup>41</sup>: установить разрешительный порядок возможности преодоления установленного п. 3 Постановления № 568 ограничения трудовой деятельности по родственным признакам:

в случаях, связанных с особенностями выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами, в сферах науки, образования, здравоохранения, культуры, социальной защиты по решению руководителя федерального государственного органа допускается осуществление трудовой деятельности в одной организации, созданной для выполнения задач, поставленных перед федеральным государственным органом, работником, замещающим коррупционно-опасную должность, с работником, который является его близким родственником или свояком, в условиях непосредственной подчиненности и подконтрольности одного из них другому;

вышеуказанное решение принимается руководителем федерального государственного органа в отношении конкретного работника на основании рекомендации комиссии по соблюдению требований к служебному поведению и урегулированию конфликта интересов и должно содержать:

<sup>39</sup> Данное положение вызвало бурную реакцию общественности, особенно в сфере культуры и искусства. См., напр.: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.vesti.ru/doc.html?id=2796287> (дата обращения: 17.02.2017)

<sup>40</sup> [Электронный ресурс]: // URL:<http://regulation.gov.ru/projects#npa=53174> (дата обращения: 17.02.2017)

<sup>41</sup> Проект постановления разработан в целях сохранения традиций и исторической преемственности поколений в сферах науки, образования, здравоохранения, культуры и социальной защиты. Деятельность в сферах науки, образования, здравоохранения, культуры и социальной защиты имеет особенности, связанные с исторически сформировавшимися творческими или профессиональными династиями. При этом действующий запрет на осуществление совместной трудовой деятельности с близкими родственниками не способствует сохранению и преемственности поколений. См.: Пояснительная записка к проекту постановления Правительства Российской Федерации «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 5 июля 2013 г. № 568 «О распространении на отдельные категории граждан ограничений, запретов и обязанностей, установленных Федеральным законом «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами в целях противодействия коррупции», разработанного Министерством труда и социальной защиты. [Электронный ресурс]: URL:<http://regulation.gov.ru/projects#npa=55631> (дата обращения: 17.02.2017)

обоснование причин принятия решения;

перечень превентивных мер по недопущению нарушения запретов, ограничений, неисполнения обязанностей работником, в отношении которого принято решение, и его близким родственником или свояком;

порядок контроля исполнения принятого решения и перечня превентивных мер, включая назначение ответственного за осуществление контроля представителя федерального государственного органа, содержание и периодичность отчетности, направляемой руководителю федерального государственного органа;

при выявлении фактов непринятия предусмотренных мер или злоупотребления правом решение подлежит отмене и не может быть принято повторно в отношении работников, допустивших данные факты;

вышеуказанное решение руководителя федерального государственного органа не может быть принято, если близкий родственник или свояк работника, замещающего коррупционно-опасную должность, наделен полномочиями финансово-хозяйственной деятельности в организации<sup>42</sup>.

По-нашему мнению, ни один из предлагаемых вариантов ослабления абсолютно-го ограничения трудовой деятельности не отвечал целям противодействия коррупции. Любой вариант создавал условия нарушения баланса интересов, необходимого как для эффективности противодействия коррупции, так и для обеспечения принципа равенства между субъектами антикоррупционных отношений, при котором исключаются необоснованные привилегии, к тому же противоречащие сути противодействия коррупции. Вместе с тем позиция о необходимости смягчения ограничения трудовой деятельности, предусмотренного п. 3 Постановления № 568, возобладали, в связи с чем было принято постановление Правительства от 15.02.2017 № 187 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 5.07.2013 № 568»<sup>43</sup>, в соответствии с которым п. 3 Постановления № 568 был дополнен исключением, в силу которого ограничение трудовой деятельности по общему правилу не распространяется на работников, замещающих должности в федеральных государственных учреждениях или в федеральных государственных унитарных предприятиях (федеральных казенных предприятиях), созданных для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами, и граждан, претендующих на замещение указанных должностей;

Постановление № 568 было дополнено п. 4: «Установить, что работники, замещающие должности руководителей, главных бухгалтеров и должности, связанные с осуществлением финансово-хозяйственных полномочий, в федеральных государственных учреждениях или в федеральных государственных унитарных предприятиях (федеральных казенных предприятиях), созданных для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами, и граждане, претендующие на замещение таких должностей, не могут осуществлять трудовую деятельность в случае близкого родства или свойства (родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители, дети супругов и супруги детей) с работником соответствующего учреждения или предприятия, замещающим одну из указанных должностей, если осуществление трудовой деятельности связано с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому».

По нашему мнению, позиция Правительства России в лучшую сторону отличается от указанных подходов государственных органов к смягчению ограничения трудовой

---

<sup>42</sup> Там же.

<sup>43</sup> Интернет-портал правовой информации Правительства Российской Федерации: [Электронный ресурс]: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 21.02.2017)

деятельности, но тем не менее вызывает вопросы. С одной стороны, избранный подход позволяет использовать максимально обоснованный критерий установления законного неравенства (работа в государственном учреждении (предприятии), исключающий наиболее возможную в данной ситуации дискриминацию по профессиональному признаку (что фактически предлагалось Министерством культуры и Министерством труда и социальной защиты)). При этом важным моментом является исключение из указанного правила должностей руководителей, главных бухгалтеров и иных лиц, связанных с осуществлением финансово-хозяйственных полномочий<sup>44</sup>, что видится вполне обоснованным и соответствующим как объективным обстоятельствам, так и традициям.

С другой стороны, указанное изменение Постановления № 568 фактически означает поворот к либерализации антикоррупционного законодательства в трудовых отношениях. Это противоречит проводимой в последнее время законодателем политике, направленной на ужесточение правового регулирования противодействия коррупции и увеличение круга субъектов антикоррупционных отношений, а правоприменителю создает неопределенность в отношении подлежащих использованию норм права. Так, анализ ситуации свидетельствует о конкуренции положений ст. 10 Закона о противодействии коррупции и п. 3 и 4 Постановления № 568, которые регламентируют общие положения о конфликте интересов и частный случай конфликта интересов, соответственно.

При этом явно выраженный в Постановлении № 568 запрет на применение ограничения трудовой деятельности к работникам государственных учреждений (предприятий) может быть нивелирован со ссылкой на ст. 10 Закона о противодействии коррупции. Эта норма предусматривает возможность установления конфликта интересов с лицами, находящимися в близком родстве или свойстве и работающими в одной организации.

Таким образом, вопрос о целесообразности правового регулирования противодействия nepoтизму остается, поскольку имеется неопределенность регламентации соответствующих отношений, а ограничение трудовой деятельности может быть применено к работникам независимо от статуса их работодателя. Указанная ситуация не способствует стабильности отношений по противодействию коррупции и создает предпосылки нарушения прав субъектов антикоррупционной деятельности, в том числе их права на труд. Вышеизложенное свидетельствует об важности института противодействия nepoтизму в трудовых отношениях, однако его современное правовое регулирование в связи с внутренней противоречивостью, коллизионностью и отсутствием единообразной правоприменительной практики требует дальнейшего поступательного развития.



## Библиография

Абузярова Н.А. Коррупционные проявления в трудовых отношениях // Журнал российского права. 2012. № 12. С. 52–60.

Бараненкова И.В. Конфликт интересов: новый подход законодателя и меры по предотвращению и урегулированию в воинских частях // Право в Вооруженных Силах — военно-правовое обозрение. 2015. № 12. С. 14–19.

Болдырев О.Ю. Коррупция, суверенитет и конституционная политическая экономия // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 11. С. 23–30.

Глухов Е.А., Корякин В.М. Nepoтизм как форма проявления коррупции в системе военной службы // Право в Вооруженных Силах — военно-правовое обозрение. 2016. № 5. С. 2–10.

<sup>44</sup> Формулировка «должности, связанные с осуществлением финансово-хозяйственных полномочий» создает неопределенность в части своего содержания и возможности распространения на широкий круг работников, исходя из субъективных критериев.

Дашков Г.В. Криминологическая оценка nepотизма // Lex Russica. 2012. № 5. С. 1094–1097.

Коррупция: природа, проявления, противодействие / отв. ред. Т.Я. Хабриева. М.: Юриспруденция, 2014. 688 с.

Корякин В.М. Противодействие коррупции в сфере государственных закупок для нужд обороны и военной безопасности. М.: Юрлитинформ, 2014. 456 с.

Крюкова Н.И. Сущность коррупции, ее причины и влияние на правопорядок // Государственная власть и местное самоуправление. 2013. № 2. С. 29–35.

Кудашкин А.В. Антикоррупционные международные стандарты: роль международных институтов в противодействии коррупции / Правовые проблемы противодействия коррупции: материалы международной конференции / отв. ред. Л.В. Андриченко, О.О. Журавлева. М.: Юриспруденция, 2012. 280 с.

Левакин И.В. Коррупция: социально-экономические и историко-правовые закономерности // Российская юстиция. 2013. № 10. С. 34–36.

Новый словарь иностранных слов. Минск: Современный литератор, 2006. 1088 с.

Хабриева Т.Я. Коррупция и право: доктринальные подходы к постановке проблемы // Журнал российского права. 2012. № 6. С. 5–17.

Хабриева Т.Я., Тиунов О.И., Кашелов В.П. и др. Правовые механизмы имплементации антикоррупционных конвенций / отв. ред. О.И. Тиунов. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве России, 2013. 288 с.

Цирин А.М. Предупреждение коррупции: проблемы и перспективы // Журнал российского права. 2016. № 12. С. 106–114.

Цирин А.М. Противодействие коррупции в Российской Федерации: проблемы правового регулирования // Журнал российского права. 2012. № 12. С. 47–52.

---

## Combating Nepotism in Labour Relations: Legal Regulation and Enforcement



**Denis Zaykov**

Head, Legal Department, Research Chimmotology Institute, Russian Defense Ministry, Candidate of Juridical Sciences. Address: 10/25 Molodogvardeiskaya Str., Moscow 121467, Russian Federation. E-mail: joburist@yandex.ru



### **Abstract**

Nepotism is a form of corruption in which individual personal interests based on kinship (property) are opposed to the public, the state and other interests through the abuse of official position. The negative influence of family relations on the objectivity and impartiality of job duties, and the quality of performance, as well as conflicts of interest and the availability of their settlement with the participation of employees are the reasons contributing to the need for legal regulation of counteraction to nepotism in the employment relationship. This legal institution had a long history of its existence. However, with the introduction of the 2002 Labour Code of the Russian Federation it was eliminated from the area of legal regulation. Meanwhile, nepotism continued its development in the relations connected with the rendering of state and municipal services, and it has caused necessity and legal basis to meet urgent needs arising in the recovery of the updated institute of counter-nepotism in labour relations. The relevance of this legal institution is on the one hand due to the omnipresence of corruption offenses, in connection with which all spheres of social relations, including labour relations, are prone to corruption, and require appropriate measures for its prevention and combating. On the other hand, it is in the framework of labour relations there are fertile soil for the emergence and development of nepotism as a form of corruption. However, the current legal regulation of counter-nepotism institute in sphere of labour relations seems fragmented, contradictory and contained conflict of laws, which creates causes for the existence of preconditions for rejecting its application in practice. These circumstances have a negative impact not only on the effectiveness of countering nepotism in labour relations, but also in the overall quality and effectiveness of the work done to combat corruption as a whole. The

research enables to come to a conclusion about the imperfection of the legislation in this sphere of social relations and the need for its improvement.



## Keywords

nepotism, combating corruption, employees, conflict of interest, personal interest, kindred relationship, misfeasance in office.

Citation: Zaykov D.E. (2017) Combating Nepotism in Labour Relations: Legal Regulation and Enforcement. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 102–115 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.102.115



## References

Abuzyarova N.A. (2012) Korruptsiyonnye proyavleniya v trudovykh otnosheniyakh [Corruption in Employment Relations]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 12, pp. 52–60.

Baranenkova I.V. (2015) Konflikt interesov: novyy podkhod zakonodatelya i mery po predotvrashcheniyu i uregulirovaniyu v voinskih chastyakh [Conflict of Interests: New Approach of Legislator and Measures of Preventing it in Military Bases]. *Pravo v Vooruzhennykh Silakh — voenno-pravovoe obozrenie*, no. 12, pp. 14–19.

Boldyrev O.Yu. (2016) Korruptsiya, suverenitet i konstitutsionnaya politicheskaya ekonomiya [Corruption, Sovereignty and Constitutional Political Economy]. *Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo*, no. 11, pp. 23–30.

Glukhov E.A., Koryakin V.M. (2016) Nepotizm kak forma proyavleniya korruptsii v sisteme voennoy sluzhby [Nepotism as a Corruption in Military Service]. *Pravo v Vooruzhennykh Silakh — voenno-pravovoe obozrenie*, no. 5, pp. 2–10.

Dashkov G.V. (2012) Kriminologicheskaya otsenka nepotizma [Nepotism through the Prism of Criminal Science]. *Lex Russica*, no. 5, pp. 1094–1097.

Khabrieva T.Ya. (ed.) (2014) *Korruptsiya: priroda, proyavleniya, protivodeystvie* [Corruption: Nature, Signs, Counteraction]. Moscow: Yurisprudentsiya, 688 p. (in Russian)

Khabrieva T.Ya. (2012) *Korrupsia i pravo* [Corruption and Law]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 6, pp. 5–17.

Khabrieva T.Ya., Tiunov O.I. et al. (2013) *Pravovye mekhanizmy implementatsii antikorrupsionnykh konventsiy* [Legal Mechanisms of Implementing Anticorruption Conventions]. Moscow: Institut zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya, 288 p. (in Russian)

Koryakin V.M. (2014) *Protivodeystvie korruptsii v sfere gosudarstvennykh zakupok dlya nuzhd oborony i voennoy bezopasnosti* [Combating Corruption in the Sphere of State Procurements for Defence and Military Security]. Moscow: Yurilitinform, 456 p. (in Russian)

Kryukova N.I. (2013) Sushchnost' korruptsii, ee prichiny i vliyanie na pravoporyadok [Corruption: its Causes and Impact on Law Enforcement] *Gosudarstvennaya vlast' i mestnoe samoupravlenie*, no. 2, pp. 29–35.

Kudashkin A.V. (2012) Antikorrupsionnye mezhdunarodnye standarty. Rol' mezhdunarodnykh institutov v protivodeystvii korruptsii [Anticorruption International Standards. International Institutes in Counteracting Corruption]. *Pravovye problemy protivodeystviya korruptsii: materialy mezhdunarodnoy konferentsii* [Legal Issues of Counteracting Corruption. Proceedings of a conference]. L.V. Andrichenko (ed.). Moscow: Yurisprudentsiya, 280 p.

Levakin I.V. (2013) Korruptsiya: sotsial'no-ekonomicheskie i istoriko-pravovye zakonomernosti [Corruption: Social, Economic and Legal Patterns]. *Rossiyskaya yustitsiya*, no. 10, pp. 34–36.

*Novyy slovar' inostrannykh slov* [New Dictionary of Foreign Words] (2006). Minsk: Sovremennyy literator, 1088 p. (in Russian)

Tsirin A.M. (2016) Preduprezhdenie korruptsii: problemy i perspektivy [Preventing Corruption: Issues and Perspectives]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 12, pp. 106–114.

Tsirin A.M. (2012) Protivodeystvie korruptsii v Rossiyskoy Federatsii: problemy pravovogo regulirovaniya [Counteracting Corruption in Russia: Issues of Legal Regulation]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 12, pp. 47–52.

# New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development

---

---

## **Elena Gerasimova**

Head, Department of Labour Law and Social Security Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: gerasimova@trudprava.ru

## **Tatiana Korshunova**

Associate Professor, Leading Researcher, Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation, Candidate of Juridical Sciences. Address: 34 Bol'shaya Cheryomushkinskaya Str., Moscow 117218, Russia. E-mail: korshunovat@list.ru.

## **Daria Chernyaeva**

Associate Professor, Department of Labour Law and Social Security Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia. E-mail: dchernyaeva@hse.ru

---

## **Abstract**

The article presents in-depth study of the legislative logic and trends that have recently developed in Russian law in regard to foreign workers and teleworkers, both as separate categories and when these two characteristics meet in one person. The study gives a short introduction into the history of the phenomenon and formation of the terminology in this field and outlines recent amendments to the Labor Code of the Russian Federation in regard to these categories of employees, pointing out the deficiencies of new provisions and approaches and describing the legal consequences they entail. It is demonstrated that several important issues were omitted (or forgotten) in the process of drafting and that the previous rigid approach still persists in the Code. The study then addresses the omitted aspects of current telework regulation in Russia and suggests amending the Code with particular provisions introducing the principles of localization of the place of work and procedures for remote employment of foreign citizens and stateless persons, as well as provisions that would help teleworkers actively participate in collective labor relations and fully enjoy those trade union rights that they have been formally given. In the authors' opinion, the main problem with the current telework legislation is discrepancies and lacunae in the legal definitions of the core concepts in this field. These deficiencies may be attributed to the relatively recent appearance of telework in the Russian labor market. Consequently, the legislature has not yet acquired the experience to see all the significant aspects of this mode of work and regulate it adequately. At the same time, article regards the current situation positively enough to hope that the suggestions, ideas and approaches that they have considered in this paper will be used in the development of the Russian legislation in the field.

---

## **Keywords**

Russia; Labor Code; employment legislation; telework; transnational employment relations; collective labor rights; foreign workers.

---

---

Citation: Gerasimova E., Korshunova T., Chernyaeva D. (2017) New Russian Legislation on Employment of Teleworkers: Comparative Assessment and Implications for Future Development. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 116–129 (in English)

JEL: F66; J5; J61; K31; L96

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.116.129

## Introduction

Russia recently introduced a principal amendment to the Labor Code concerning remote work. Unfortunately, while amending the Code legislators did not take into account the transnational dimension of this type of work, such as foreigners working remotely for employers domiciled in Russia. Neither the Labor Code nor the Civil Code cover this category of workers, and no decisions either on what laws might be applicable or on hiring procedures and other legal particulars bearing on such employment relations have been made. This regulative lacuna with neither governmental guidelines nor substantial pragmatic solutions in place has naturally brought about enormous problems in legal practice.

The situation is aggravated by the rather rigid approach the Russian legislature chose for regulating remote work in general. The concept of remote work was defined in such a narrow way that transnational telework was excluded. Its incorporation into general provisions on remote work and/or development of special regulations for this specific category of labor has become more complicated as a result. It follows that no provisions on the rights and duties of remotely working foreigners have emerged, and no guarantees of equal treatment for them or provisions for their safety have been established. A separate problem with this category of workers lies in their participation in collective labor relations, including exercising their rights to organize and to bargain collectively. All this undoubtedly impedes development of the economy and hinders international cooperation. In this paper we would like to touch upon some of the most painful issues in this field that cause a disproportionate number of problems both in theoretical discourse and in practice.

## History of the Phenomenon and Terminology Applicable

It is easy to see that both telework and its more traditional and time-honored relative — homework (outwork) — are just two versions of the more general phenomenon of “remote work”. The core feature of the latter is obvious from its name: job tasks are performed away from the employer’s premises, and an employee doesn’t physically present within those premises for all or most of the working hours. Usually, this also entails the absence of an immediate employer’s control, at least in a physical sense.

However, in both legislation and scholarly writings this general nature is usually assigned to homework (outwork) itself. As a term, “outwork” is often mentioned as playing one of the two following roles:

an umbrella concept embracing both traditional work at or from home and telework as its modern analog<sup>1</sup>;

---

<sup>1</sup> See for instance Article 68 of the Slovenian Labour Code, etc. Some authors even use a term “telehome-work” seeming to disregard the fact that generally speaking telework is not necessarily performed at home. — see, for instance: *Kleemann F.* Telehomework: On the Temporal, Spatial and Social Disembedding of Work and Its Consequences: Inferences from the German Case. Paper presented at Conference “New Media and Everyday Life in Europe”, 2003. Available at: <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EMTEL/Conference/papers/klee->

a prototype of the concept of “telework”<sup>2</sup>.

Although it may not come to mind immediately, but one would hardly doubt that these current modes of work sprang basically from the same root of working at home, be it on a farm or in a workshop or in any other small home-based enterprise. The homework phenomenon itself was born long before the technological and informational revolutions, the oil and financial crises and modern traffic congestion. Initially such work was quite simple, low-skilled, low-paid and often piecework.

### **Old Homework Acquires New Meaning**

The main distinction of the new modes of homework (including telework) lies not so much in where an employee is located during working hours (whether “at home” or at an “employer’s site”, because these two can be actually the same place), but rather whether the place where an employee is located belongs to the employer and whether the employer or his authorized representatives can (and need to) exercise immediate “physical” control over the employee working there.

A new phase in the history of this phenomenon gave it new features. At the next turn of technological and societal development, production and services went beyond small localities to become bigger and as geographically dispersed as contemporary transportation and communication technologies would allow.

However, the more distributed the structure of an enterprise became, the more it cost to manage and maintain it, and in some cases the more it also cost for employees to get to their workplace. At some point the biggest employers faced direct and indirect costs so financially unreasonable that they began a search for new organizational approaches that were expected to provide cheaper production and decrease tension between employers and employees (trade unions) demanding more flexibility and deeper recognition of their personal needs.

The search brought two major solutions: (1) to transfer production units to the third (or even third-world) countries (to save on wages and compliance) and (2) to have work performed more or less remotely (to save on commuting and compensation for it) with no company units created where the employees’ were located. Both options allowed an employer to have cheaper production while retaining control over the enterprise (either through overseas units or through new informational and communicational technologies).

It has been evident almost from the beginning that the bigger a country is, the more the issue of commuting becomes painful. This suggests that the size of a country may determine to a degree the emphasis put on “commuting” in the definition of the phenomenon. Thus, “telecommuting” is still a much more popular name for the phenomenon in the USA and China than in Europe<sup>3</sup>. However, many countries have recently borrowed either “telework”

---

mann.pdf (accessed: 1.03.2017); *Bauer W. et al. Telehomework Case Study: Empirical Study on the Conditions and Effects of Telehomework. Working paper WP/95/58/EN. Dublin, 1995; etc. Others distinguish traditional homework and “electronic homework” where the latter usually corresponds to what we now call “telework” — see for instance: P. Jackson, J. Wielen (eds.) Teleworking: International Perspectives. From Telecommuting to the Virtual Organization. N.Y., 1998; etc.*

<sup>2</sup> *Huws U. The New Homeworkers: New Technology and the Changing Location of White Collar Work. London, 1984; Tunnel S. Telecommuting: Homework for the Future. Journal of Computing Sciences in Colleges. Vol. 15. No. 3, pp. 119-127.*

<sup>3</sup> One can easily confirm this through the Google search. However, there are also research works that touch upon this issue, see for instance: *Kurland N., Bailey D. Telework: the Advantages and Challenges of Working Here, There, Anywhere and Anytime. Organizational Dynamics. Vol. 28, pp. 53-68; Qvortrup L. From Telework to Networking: Definitions and Trends /Teleworking: International Perspectives.... pp. 21-39; etc. There are also*

or “telecommuting” as a ready-made term, choosing the one that suits best their languages and business specifics. This is the case for Russia where “telecommuting” can be seen as hard to translate, while “telework” had been easily translated as early as in the 1990s<sup>4</sup> as “теле-труд” (“teletrud”) or “телеработа” (“telerabota”), or rarely “дистанционный труд” (“distance work”) or “электронное надомничество” (“electronic outwork”).

Nevertheless, we see the control issue as still central to all these processes. Just as during the first industrial revolutions, business has increased the pace of its expansion in step with the development of the information and communication technologies (ICTs). The closer employers’ control becomes possible, the more remote subsidiaries and workers become from the headquarters.

The main difference between our time and earlier ones lies in the relationship of structure and control. Many tools have become quite affordable for an average worker and much more portable or mobile. This has substantially decreased the need to stay on an employer’s premises to do a job. Workers are no longer bound to the employer’s location. In terms of structure this can be seen as a step backwards to the times of self-employed craftsmen working at home. The difference is that now it is the employer who sets tasks for the working man, while formerly it was a wholesaler or the market in general that determined what tasks would be undertaken.

However, in terms of the degree of control the current situation is obviously much more advanced. Now only ethics and law limit an employer’s control rather than available technology. People are more concerned whether it is ethical and legal for an employer (or its representatives) to use hidden cameras in a workplace or read employees’ e-mail messages than with how to implement such controls.

Therefore, while enterprise structures become increasingly loose and dispersed, the employer does not sacrifice control over the worker and the work process. The control may actually be even tighter.

### **Telework: History of the Term**

In considering the history of telework as a term, some<sup>5</sup> start with mentioning N. Wiener’s legendary example<sup>6</sup>. He described an architect using a fax machine (then named Ultrafax) to remotely supervise a building process and thus replacing his physical commuting to the construction site with an “informational” one. However, as we all know Wiener did not actually give the process a special name. Others<sup>7</sup> prefer to cite J. Nilles’s exercise<sup>8</sup> of putting together “telecommunications”

---

other terms some authors use as synonyms for “telework” or “telecommuting”, sometimes with minor alterations in content and/or meaning: e-work, distributed work, electronic homework, work-at-home, flexiplace, etc. Some less popular terms (like “mobile work” or “virtual work”) are rather controversial.

<sup>4</sup> See, for instance.: Kiselev I. Yu. Zarubezhnoe trudovoe pravo [Foreign Labour Law]. Moscow, 1998; Kiselev I. Yu. Novyi oblik trudovogo prava stran Zapada: proryv v postindustrialnoe obchestvo [New Image of Western Labour Law: Breakthrough to Postindustrial Society]. Moscow, 2003.

<sup>5</sup> Westfall R. The Microeconomics of Remote Work / M. Igbaria, M. Tan (eds.) *Virtual Workplace*. Hershey, 1998, p. 256; U.S. Department of Transportation. *Transportation Implications of Telecommuting*. Wash., 1993, p. 4; etc.

<sup>6</sup> Wiener N. *Human Use of Human Being: Cybernetics and Society*. Boston, 1950, pp. 97–98.

<sup>7</sup> Bailey D., Kurland N. A Review of Telework Research: Findings, New Directions, and Lessons for the Study of Modern Work. *Journal of Organizational Behavior*. 2002. Vol. 23, pp. 383–400; Sullivan C. What’s in a Name? Definitions and Conceptualizations of Teleworking and Homeworking. *New Technology Work and Employment*. 2003. Vol. 18, pp. 158–165; Siha S., Monroe R. Telecommuting’s Past and Future: a Literature Review and Research Agenda. *Business Process Management Journal*. 1997. Vol. 12. No. 4, pp. 455–482.

<sup>8</sup> Nilles J. Telecommunications and Organizational Decentralization. *Transactions On Communications*. 1975. Vol. 23. No. 10, pp. 1142–1147 or Nilles J. et. al. *The Telecommunications — Transportation Tradeoff*. N.Y., 1976, pp. 4–5.

and “commuting” to create “telecommuting”. Later this long term shortened to “telework” (presumably when not just the commuting became mostly electronic, but a substantial part of the work itself). However, it is obvious that both terms were ultimately derived (whether directly or through intermediary words like “telecommunications”) from the ancient Greek *tēle-* that meant “far off”, “remote in time or space”<sup>9</sup>. That takes us back to the initial idea of the phenomenon as above all a matter of “remote work” and makes speculation about the central role of ICTs in the “distinction between telework and other forms of decentralized work and work at home”<sup>10</sup> considerably less interesting.

“Telework” as a term definitely has more of “telecommunications” and ICTs in it than of the ancient *tēle-*. More and more often it is not the remoteness that is emphasized but rather its “electronic” (“telecommunicational”) nature. This conclusion is contradicted to an extent by the names given to the phenomenon in some other languages which do not include any references to ICTs but instead do include a term meaning “remote” and/or “distant” (distantly performed)<sup>11</sup>. The remote nature of the work is accentuated by such terms more than the electronic mode in which it is performed.

However, it is still the control issue that matters. In fact an employee may perform the main part of his work on paper if she finds it handy and may do it not very far from the employer’s place of business. She may find it convenient to work from the café on the ground floor of a business center with the employer’s headquarters just a couple of floors above. The primary consideration is that the employee is allowed to work apart from the formal office place and is free to move around it and beyond (more like a self-employed person), rather than that she works with ICTs and/or far from the employer.

## Conceptual Problems with Telework in Current Russian Federation Legislation

Chapter 49.1 “On distinctive features of remote work of employees” of the Labor Code introduced in 2014 was meant to regulate all spatially dispersed employment relations. However, its conceptual framework strikingly lacks the consistency necessary for this purpose because it eliminates one of the two classical interpretations of “telework” (as remote work of any kind) and creates obstacles for the other (electronic) one.

The first issue arises from the very definition of “remote work” in Article 312.1 of the Labor Code which peremptorily describes it as only work for which ICT networks are used (and are used for communication between the employer and the employee on execution of a job). This puts “more traditional” telework not using these electronic technologies completely outside the scope of this chapter of the Code and leaves the parties to such relations with the old dilemma: either make them conform to the provisions on the obsolete “outwork” concept (Chapter 49 of the Labor Code) or conclude a contract for services that falls completely under the provisions of the Civil Code and provides almost no labor rights to the worker.

The second issue arises from the way in which definitions are arranged in the article 312.1 of the Code. Having given the definition of “remote work” itself, neither this article nor any of Chapter

---

<sup>9</sup> Oxford Dictionary of English. Oxford, 2010. Compare also: telemetry (measurements performed remotely), teleceptor (remote receptor), etc.

<sup>10</sup> See also, for instance: *Sullivan C. Op. cit.* P. 160.

<sup>11</sup> Compare for instance: Russian “дистанционная работа” (“distance work” — Article 312.1 of the Labour Code), Bulgarian “работата от разстояние” (“work from a distance” — Article 107 of the Labour Code), etc.

49.1 ever refers to this concept anywhere in the text. All the other provisions that introduce a desirable flexibility into these specific relations apply exclusively to “remote employees” defined as persons that have concluded an employment contract on remote work. This leaves no legal options for the parties to conclude a contract with a mixed nature, combining remote and traditional work which would permit the employee to couple periods of working remotely with sometimes being at the employer’s premises in person. This is particularly problematic for a highly skilled workforce (and citizens of foreign countries in particular) operating in such a combined mode because the inability to take advantage of the provisions of Chapter 49.1 of the Code renders all its flexibility (regarding tracking working hours, record keeping, occupational safety and health requirements, etc.) automatically inapplicable. It is obvious that this approach (or possibly simple carelessness in the definitions and their application in the new provisions) has nullified all the easing in the requirements of the Labor Code that had been intended to help employers attract more highly skilled professionals from all over the world in order to facilitate national economic growth and technological development.

### **Employment Issues in the Current Regulation of Telework in Russia**

The Labor Code of the Russian Federation<sup>12</sup> (hereinafter LC) was amended in 2013 with a new Chapter 49<sup>1</sup> that addresses remote work. Employees working remotely were granted a number of exemptions from the general rules applicable to hiring and execution of employment contracts so that the entire process is more modern, involves less paperwork and is less burdensome for the parties to an employment contract. For example, the parties were allowed to exchange documents in electronic form (“electronic documents”) as long as they are authenticated with a so called “reinforced qualified electronic digital signature”<sup>13</sup>. They were also allowed to abstain from maintaining “work books”<sup>14</sup> on employees and from including clauses on using various equipment, programs and technical tools that an employer may provide or recommend. A remotely working employee was also permitted to set his or her own work and rest regime, etc.

The Chapter also gives a formal legal definition of a so-called “remote employee” (distant-zionniy robotnik) which rests upon the definition of remote work itself. A person is considered to be a remote employee if he or she has concluded an employment contract on remote work, which in turn is defined as

<sup>12</sup> Trudovoy Kodeks Rossiyskoy Federatsii [Labor Code of the Russian Federation] / SPS Consultant Plus

<sup>13</sup> Both “electronic document” and “electronic digital signature” are formal legal terms defined in the legislation. Thus, “electronic document” is defined in Article 2 (11) of Federal Law No. 149-FZ of July 27, 2006 as “documented information represented in an electronic form, i.e. in a shape suitable for human perception with the use of computers and for transmission via information and tele-communication networks or processing in information systems”. An “electronic digital signature” and its types are defined in Article 5 of the Federal Law No. 63-FZ of April 6, 2011 / SPS Consultant Plus.

<sup>14</sup> A book constituting a person’s employment records that contains the name of every employer, the title and dates for every position the person has held, his or her profession or occupation, commendations from employers and other relevant information. Some scholars consider it to be a Soviet relic that should have been abolished as an unnecessary and useless burden for both employers and employees after Russian employment law adopted mandatory written employment contracts. At the moment most employers are still obliged to keep “work books” for every employee and can be fined for improper maintenance of them. See for instance: *Chikanova L.A. Work Books. Labour Disputes*. 2011. No. 9, p. 3; *Philipova L.A. Work Books and Consequences of their Possible Abolition. Vestnik Nizhegorodskogo Universita*. 2012. No. 3. Part 1, pp. 295-300, etc.

“...performance of a labor function specified in the employment contract outside of a location of the employer, its subsidiary, its representative office, or other detached structural unit (including those located in another territorial locality, outside of a stationary workplace, territory or object which lies directly or indirectly under the employer’s control) provided that informational and tele-communicational networks (including the internet) shared in common are used for the performance of this function and for the interaction between the employer and the employee on issues related to its performance as they communicate”.

Such significant legislative innovations seemingly require an integrated approach taking all aspects of employment law into account. However, the new LC Chapter addresses only a narrow market segment that entails general performance of work duties with the help of shared informational and communication networks. It does not embrace regional company representatives or foreign citizens working from abroad for corporate headquarters located in Russia.

Basically the new LC provisions do allow establishing an employment relationship with foreign citizens working remotely. However, there are a few matters that it actually does regulate. For instance, if such persons do not come to Russia while employed by a Russia-based employer, their employer is not required to apply for a special permit<sup>15</sup> to hire them. This is because such permits are provided only for “foreign employees”, who are in turn defined in law in a way that is limited exclusively to foreigners physically present in Russia. Foreigners working remotely from outside Russia are automatically excluded from the “foreign employee” category because this is a formal legal concept defined in the legislation as “a foreign citizen temporarily staying in the Russian Federation and performing work activity in accordance with the established order”<sup>16</sup>. As long such a foreign employee does not stay in (or even enter) the Russian Federation at all, he or she is excluded from the statutory concept of a “foreign employee” and therefore does not create an obligation for his or her employer to comply with the statutory requirement to obtain a special permit to hire him or her.

Nevertheless, the situation changes radically if such a foreign citizen does come to Russia at least once or occasionally to do something related to his “employment contract on remote work” while generally still working abroad. At present the legislature has not arrived at any conclusion on this category of “remote employee”. This category has been absolutely ignored in current Russian legislation; it seems not to exist for the legislature. All the legislative provisions on foreigners address only those who physically come to Russia (either with entrance visas or on a visa-free basis).

Another problem lies in the field of private international law. Many clauses of Federal Law No. 115-FZ — and not only those pertaining to “foreign employees”— rest upon the concept of “work activity of a foreign citizen” which itself is defined as “work of a foreign citizen in the Russian Federation on the basis of an employment contract or a contract for provision of services”<sup>17</sup>. However, Russian legislation does not provide any criteria for localizing work. Therefore one cannot say for certain when a certain piece of work has been performed “in the Russian Federation”, or when it ceases, or when there has been no such thing. As a result, some

---

<sup>15</sup> The major act regulating foreign citizens’ status in Russia, Federal Law No. 115-FZ of July 25, 2002 (hereinafter Law No. 115-FZ) calls this permit a “permit for involvement and usage of foreign employees”.

<sup>16</sup> Article 2 of Federal Law No. 115-FZ / SPS Consultant Plus.

<sup>17</sup> See for instance: Articles 2, 13, 13.2 — 13.6, 18-18.2, etc. of Federal Law No. 115-FZ / SPS Consultant Plus.

clauses of Law No. 115-FZ cannot be interpreted clearly or in any reasonable fashion so that this piece of legislation actually falls apart.

It is certain that this issue does not have a single correct solution. Different legal orders use different approaches and sometimes regulate different categories of remotely working foreigners differently. Some of them consider work to be performed in the country when an employee has physically entered it and literally performs his or her job functions there. Other countries hold that work is to be considered as performed in the country where the employer resides and/or is registered. There are also other approaches we do not take up in this paper.

The Russian legislature seems to have passed over all these ideas. What it does mention is some general rules governing conflict between laws (in the private international law section of the Civil Code) and the concept of a “place of work”. This concept might have been used in regulating telework by foreigners, but the legislature has consistently ignored its potential in this capacity.

Currently a “place of work” clause is mandatory for any employment contract (Article 57 of the LC). Contracts lacking this clause are considered invalid. Sometimes this clause also defines a type of contract (e.g. an “employment contract on domestic work” or an “employment contract on remote work”). If an employee is hired for work to be performed in some branch, subsidiary or other “detached structural unit” his or her “place of work” is to be specified by including the name and location of the subdivision.

Despite the obvious importance of the “place of work” concept for the interpretation and implementation of the laws on working foreigners, it lacks a formal legal definition. There have been several attempts to provide this in the theoretical literature<sup>18</sup>, but it has never found its way into formal legislation, either in general or specifically applicable to foreigners. Current university textbooks suggest interpreting this term as an employer and a territorial locality (district, area, region, etc.) where the employer is located and the employee is supposed to work<sup>19</sup>. The “place of work” can be defined abstractly (by naming an organization that serves as the employer) or specifically (by giving an additional reference to the particular structural unit of the employing organization). The legislation also provides for further specification of the “place of work” down to a particular workplace<sup>20</sup>.

This definition engenders more problems than solutions. First of all, it does not correspond to the idea of the place where the work specified in an employment contract takes place. It is too general and too formal for that task, and it has neither an immediate relation to nor any clear connection with the place where the work agreed upon in the contract is actually performed. Second, it is too indefinite enough to clearly denote what it is supposed to mean in a regular employment relationship because it allows its application to an unreasonable variety

---

<sup>18</sup> For example, one of the acknowledged experts on Soviet labor law, K.M. Varshavskiy, wrote in regard to this issue, that “as a general rule, an employment contract’s meaning is that an employer has a right to require work agreed upon from an employee not in any place where his or her or its whim dictates, but only within the limits of the enterprise, institution, or private household.” (*Varshavskiy K.M. Labour Law of the USSR*. Leningrad, 1924. P. 84). Seventy years later a prominent Russian labor law scholar, Yu.P. Orlovskiy, defined the “place of work” more narrowly, stating that an employee may specify “the place of work”. Such a specification would indicate a particular structural unit of an employer’s enterprise where the employee wishes to work and operate through a particular mechanism. After such an agreement has been reached, the agreed upon specific place of work could be changed only upon agreement by the parties (*Orlovskiy Yu. P. Commentary on the Legislation on Employment Contracts*. Moscow, 1994. P. 22).

<sup>19</sup> See: *Trudovoe pravo Rossii* [Labour Law of Russia]. A.M. Kurennoy (ed.) Moscow, 2008. P. 193.

<sup>20</sup> See: *Trudovoe pravo Rossii* [Labour Law of Russia] S.Y. Golovina, M.V. Molodtsov (eds.) Moscow, 2008. P. 159–160.

of places (that of the employer's legal address, the actual address where it operates in fact, the place[s] where it conducts its business), the registered address of residence of the employer if he or she is a physical person, on down to a particular workplace. This vagueness interferes with enforcement and prevents the parties to an employment contract from having a complete understanding of their responsibilities.

There is no special definition in the LC for the "place of work" concept that would apply to "remote work". The only passage that specifies something that could be relevant to remote work mentions the "place where the contract is concluded" (*locus contractus*) while the "place of work"—either in the sense of "the place where work is performed" (*locus laboris*) or in any of the other senses given in Russian legislation (*locus domicilii*, etc.)—neither stipulates special definitions for this case, nor provides any hints on where its physical and/or legal limits may lie.

## **Collective Rights Issues in the Current Regulation of Telework in Russia**

### ***The Role of Social Partners in the Regulation of Telework***

Trade unions may play important role in discussions on the future evolution of teleworkers and in regulation of their work conditions. While trade unions in Europe have actively participated in debates about the future of labor in response to the globalization and digitalization of the economy as soon as these forms of labor appeared<sup>21</sup>, Russian trade unions have engaged much less in such discussions. International and European trade unions carefully scrutinized telework and worked on developing legal regulation for it at the international and national levels. They have provided abundant research<sup>22</sup> on the nature of telework and its future from its early stages, including possible ways of regulating it and the role of trade unions in organizing teleworkers. They took an active part in designing the European Framework Agreement on Telework, 2002 (Telework Agreement) and its implementation<sup>23</sup>; and they now conduct research and participate in developing strategies for the future.<sup>24</sup>

In Russia the need to regulate the distinctive features of telework by law was first recognized publicly by the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs (RSPP) in a package of proposals for changes to the LC in 2009. At that stage trade unions vigorously opposed this proposal, but the main arguments were not against regulating telework but against such suggestions as prolonging working hours or giving employers right to unilaterally change employment contracts in reaction to changing economic conditions. Following that, the RSPP

---

<sup>21</sup> Telework in the European Union / European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. 2010. Available at: [http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf) (accessed: 26.02. 2017)

<sup>22</sup> Bibby A. Trade Unions and Telework. Available at: [http://www.ine.otoe.gr/UplDocs/tekmiriosi/diafora/european\\_trade\\_union/trade\\_union.pdf](http://www.ine.otoe.gr/UplDocs/tekmiriosi/diafora/european_trade_union/trade_union.pdf) (accessed: 26.02.2017); Telework. Working Where One Would Like to Live. International Federation of Commercial, Clerical, Professional and Technical Employees. Available at: <http://library.fes.de/pdf-files/netzquelle/01318.pdf> (accessed: 01.03.2017); Telework—The New Industrial Revolution? TUC. 2001. Available at: [http://www.tuc.org.uk/work\\_life/tuc-3664-f0.cfm](http://www.tuc.org.uk/work_life/tuc-3664-f0.cfm) (accessed: 1.03. 2017), etc.

<sup>23</sup> Implementation of the European Framework Agreement on Telework / Report by European Social Partners. 2006. Available at: [http://www.ueapme.com/docs/joint\\_position/061010\\_telework\\_implementation\\_report\\_final.pdf](http://www.ueapme.com/docs/joint_position/061010_telework_implementation_report_final.pdf) (accessed: 1.03.2017)

<sup>24</sup> Degryse C. Digitalization of the Economy and its Impact on Labour Markets. ETUI. Working paper 2016.02.

no longer advocated that draft law as a whole and instead worked on its various components separately. The draft chapter of the LC on teleworkers that was brought to the State Duma as a separate draft law met with no objections from trade unions. There is no current research by trade unions into the working conditions of teleworkers and the way telework may further develop.

After the adoption of the Telework Agreement in the EU, its implementation was seen as a task for the social partners and in many countries resulted in various kinds of agreements. European social partner agreements at the national level were concluded in Finland, Spain, Latvia, the Netherlands, Germany, Sweden, Norway, Poland, Austria, etc. National or sectoral collective agreements came about in Belgium, France, Italy, Luxembourg, Greece, Iceland, Denmark and Sweden. There were also collective agreements for various companies as in Germany<sup>25</sup>. In Russia there have been no attempts to regulate telework through collective agreements.

### **Collective Rights of Teleworkers**

According to the Telework Agreement teleworkers have the same collective rights as workers on the employer's premises (clause 11). Hence, they should be able to participate and stand for elections to bodies representing workers under the same conditions as apply to workers on the employer's premises, and they should be included in calculations for determining thresholds for bodies representing workers in accordance with European and national law, as well as collective agreements or practices. They should be able to communicate freely with workers' representatives. Finally, "workers' representatives are to be informed and consulted on the introduction of telework in accordance with European and national legislation, collective agreements, and practices."

Russian law has no special provisions on the collective rights of teleworkers; therefore, all general norms apply to them. For teleworkers, including foreign teleworkers, there are no formal obstacles to or limitations on establishing or joining a trade union. There are also no limitations on creating trade unions in which both regular and teleworkers are members. At the same time no legal provisions guarantee their participation by remote means in trade union activities.

A few forms of worker representations are recognized today in Russia. The most popular form is a trade union. Under the Article 30 the Constitution of Russian Federation, adopted in 1993<sup>26</sup>, the positive and negative right of association is guaranteed. Russia has ratified Conventions of the ILO and other international treaties<sup>27</sup>, including the fundamental ILO Conventions on freedom of association No. 87 and 98<sup>28</sup>, and ILO Conventions No. 154 and No.135 ratified in 2010. The regulation of the right to join trade unions is contained in the LC and the Law on Trade Unions, their Rights and the Guarantees of their Activities of 1996

---

<sup>25</sup> Implementation of the European Framework Agreement on Telework. Report by European Social Partners. 2006. P. 7–11.

<sup>26</sup> Konstituziya Rossiyskoy Federatsii [Constitution of the Russian Federation]. Available at: <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm> (accessed: March 1, 2017)

<sup>27</sup> The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966; The International Covenant on Civil and Political Rights. 1966, etc.

<sup>28</sup> Freedom of Association and Protection of the Right to Organize Convention of 1948 (No.87), Right to Organize and Collective Bargaining Convention of 1949 (No. 98). ILO database of international labour standards Normlex available at: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:1:0::NO> (accessed: 26.02.2017)

(hereinafter, Law on Trade Unions)<sup>29</sup>. According to the Law on Trade Unions everyone who has reached the age of 14 years and is performing a professional activity has the right to establish trade unions of their own choosing to protect their interests, as well as the right to join them, to engage in trade union activities, and to leave trade unions. Foreign citizens and stateless persons residing in Russia enjoy this right except for cases established by law.<sup>30</sup>

Trade unions represent workers at all levels of social partnership. More opportunities exist for worker representation at the plant level: there so called “other representative bodies” may be created by employees. In contrast with the Soviet era, workers’ meetings and conferences are not considered a form of direct industrial democracy at the company level. In 2013 the Labor Code was amended with a norm that allows employers to create works councils; but in contrast with Europe, Russian works councils cannot be recognized as workers’ representatives<sup>31</sup>. As already mentioned, no special provisions were developed in legislation to regulate representation of teleworkers, and regular legislation norms are applied.

Exercising this right *de facto*, however, runs up against certain legal and practical difficulties.

Because teleworkers are not on company premises and/or in a company’s worker collectives, they are isolated from other employees and have less knowledge than regular workers of other employees’ working conditions and problems. Organizing teleworkers into a trade union is more complicated for trade unions because of lack of contact and exclusion of teleworkers from the activities of worker collectives. Even finding contact information and reaching out to and speaking with teleworkers in order to build connections between them may become a problem when using traditional forms of organizing. Russian trade unions have so far not added organizing teleworkers to their agendas.

Exercising rights normally due trade union members may come into question for teleworkers. In trade unions with mixed membership (including both regular workers and teleworkers), organization of elections and trade union meetings can create problems. Although the Civil Code of Russia<sup>32</sup> has allowed legal entities to hold meetings of their members by default<sup>33</sup> since 2013, no provision has been made for meetings where members participate both in person and by default.

In some cases, employees have the right to elect what is designated by the terms “other representative” or “other representative body”. According to Article 29 of the Labor Code, the interests of employees at the company level may be represented by primary trade union organizations *or* other representative bodies. Under Article 31 of the Labor Code, if there are no established primary trade union organizations within the company or if none of the primary trade union organizations acting at the company unites more than half of the employees of the employer and also is not authorized to represent the interests of all employees by the procedure stipulated by the Labor Code, then the interests of all employees may be represented by the “other representative (representative body)”. The other representative may be elected by a secret ballot at a meeting or conference of workers. To organize the meeting of employees for the election of this “other representative”, the same rules of the Civil Code mentioned above are to

---

<sup>29</sup> Federalniy Zakon o professionalnikh soyuzakh, ikh pravakh i garantiyakh deyatelnosti [Federal Act on Trade Unions, their Rights and the Guarantees of their Activity]. 12.01.1996. Sobraniye Zakonodatelstva Rossiyskoy Federazi (CZ RF). January 15, 1996. No. 3. Art. 148.

<sup>30</sup> Article 2 of the Law on Trade Unions .

<sup>31</sup> *Challenges and Opportunities for the Works Councils’ System*. R. Blanpain, N. Lyutov (eds.). Alphen aan den Rijn, 2013. pp. 183-201.

<sup>32</sup> Civil Code of the Russian Federation. Part One. Federal Law of 30.11.1994 No. 51-FZ / SPS Consultant Plus.

<sup>33</sup> Article 182.1 of the Civil Code of the Russian Federation / SPS Consultant Plus.

be followed, and that ends in the same legal question about the actual access of teleworkers to representation.

The form of organization of employee meetings is not widely discussed because the level of representation of teleworkers in Russia is low. Trade unions have not so far made an effort to organize teleworkers, and few teleworkers are unionized.

Perhaps the only trade union in Russia whose membership includes many teleworkers (but not only teleworkers) is IT Union, a trade union for IT specialists.<sup>34</sup> This union is organized around the concept of mutual support to provide consultations and help, and it is not based at the level of companies as most Russian trade unions are. It has no signed collective agreements and has no influence on the working conditions of its members.

Nevertheless, the difficulties that teleworkers can face when they exercise their right to representation are being discussed by academics. Recognition of online meetings arranged as Skype or other VoIP conferences as the most convenient way for teleworkers to have access to representation has been proposed, and changes into the Labor Code have been suggested to accommodate this idea.<sup>35</sup>

Legal regulation of negotiations, collective consultations, and participation in the management of enterprises, as well as in resolution of collective labor disputes and exercise of the right to strike for teleworkers have no distinctive features. None of the Russian trade unions have ever brought up issues related to the implementation of these rights. However, we believe it is not because such issues do not exist, but rather because of the lack of experience with these issues at this point.

In some European countries telework and the conditions that apply to it are to be introduced only after consultations with worker representatives. In Belgium and Italy employee representatives are to be informed and consulted concerning the introduction of telework in an enterprise in the same way used to manage the social consequences of introducing other new technologies. In Poland, the conditions for using telework are to be agreed upon between the employer and the trade unions or other worker representative in the absence of a trade union. If the parties fail to reach an agreement on telework within 30 days of the employer's announcement of an intention to use telework, the employer is to arrange the conditions for using telework by taking into account agreements reached during discussions with worker representatives. In France and in the Netherlands, the works council or staff representatives are to be informed and consulted whenever some method for supervising telework is to be put in place.

The LC of Russia provides<sup>36</sup> for consultation procedures in cases when an employer issues certain types of local normative acts and when employees are dismissed on certain grounds<sup>37</sup>, as well as when the employer takes certain management decisions. But the LC does not require consultations with workers' representatives on the introduction of telework; this question is to be decided solely by the employer. We consider telework to be an issue on which employee representatives should be consulted.

The employer is also under an obligation to take part in collective bargaining if worker representatives demand it and to sign a collective agreement at the plant level or higher levels

---

<sup>34</sup> Trade union of IT-sphere specialists website. Available at: <https://itunion.info/about> (accessed: 23.02.2017)

<sup>35</sup> *Nushtaikina K.V.* Realization of Employees' Right to Social Partnership for Teleworkers. *Vestnik Permskogo universiteta*. 2013. No. 3, pp. 152–156.

<sup>36</sup> Art. 372 and 373 of the LC / SPS Consultant Plus.

<sup>37</sup> Russian Federation labor legislation contains a limited list of grounds for dismissal explicitly stated in the law.

of social partnership (regional, interregional, sectoral or national)<sup>38</sup>. Teleworkers are free to participate in agreements at all these levels, but *de facto* no special agreements have so far been signed in order to promote the interests and rights of this category of employees. Similarly, no collective labor disputes, strikes or other types of collective actions have been organized by teleworkers or in their interests.

## Conclusion

We have highlighted some legislative lacunas in the current regulation of telework in Russia, and one of the most obvious of these is the absence of any recognition of foreign teleworkers. We see this lacuna as the result of a somewhat hasty and consequently inconsistent enactment of the relevant clauses in the LC and related acts. We suggest not merely the introduction of more comprehensive regulation in this field, but also opening a discussion among Russian labor law scholars in order to develop a clear theoretical position within the academic community to address such problematic concepts as the “place of employment contract performance” and “place of work” taking into account broad international experience and Russian legal traditions.

As far as collective labor rights of teleworkers are concerned, we judge that in Russia they are currently regarded as a second-tier group of rights, which is currently much less developed in the legislation and only infrequently used by employees. We presume that the recognition and development of the collective labor rights of teleworkers is an issue that will be resolved in future.



## References

- Bauer W., Maile M., Rebmann E., Glaser M., Glaser W. (1995) *Telehomework Case Study: Empirical Study on the Conditions and Effects*. Dublin: European Foundations for the Improvement of Living and Working Conditions, 286 p.
- Bailey D., Kurland N. (1999) Telework: the Advantages and Challenges of Working Here, There, Anywhere and Anytime. *Organizational Dynamics*, vol. 28 (2), pp. 53–68.
- Bailey D., Kurland N. (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.
- Bibby A. (1996) Trade Unions and Telework. Available at: [http://www.ine.otoe.gr/UplDocs/tekmirios/diafora/european\\_trade\\_union/trade\\_union.pdf](http://www.ine.otoe.gr/UplDocs/tekmirios/diafora/european_trade_union/trade_union.pdf) (accessed: 1.03. 2017)
- Challenges and Opportunities for the Works Councils' System* (2013). R. Blainpain, N. Lyutov (eds.). Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, pp. 183–201.
- Chikanova L.A. (2011) The Work Books. *Labour Disputes*, no 9, p. 3.
- Degryse C. (2016) Digitalization of the Economy and its Impact on Labour Markets. Working paper 2016/02. ETUI. Available at: <http://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets> (accessed: 01.03 2017)
- Huws U. (1984) *The New Homeworkers: New Technology and the Changing Location of White Collar Work*. London: Low Pay Unit, 79 p.
- Kiselev I.Y. (1998) *Zarubezhnoe trudovoe pravo* [Foreign Labour Law]. Moscow: Norma, 263 p. (in Russian)
- Kiselev I.Y. (2003) *Novyi oblik trudovogo prava stran Zapada: Proryv v postindustrialnoe obshchestvo* [New Image of Western Labour Law: Breakthrough to Postindustrial Society]. Moscow: Intel-Sintez, 160 pp. (in Russian)
- Kleemann F. (2003) Telehomework: On the Temporal, Spatial and Social Disembedding of Work and Its Consequences — Inferences from the German Case. Available at: <http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EMTEL/Conference/papers/kleemann.pdf> (accessed: 01.03. 2017)

---

<sup>38</sup> Art. 26, 40, 45 of the LC / SPS Consultant Plus.

- Kossek E., Ozeki C. (1999) Bridging the Work-Family Policy and Productivity Gap. *Community Work and Family*, vol. 2, pp. 7–32.
- Nilles J.M. (1975) Telecommunications and Organizational Decentralization. *Transactions on Communications*, vol. 23, no 10, pp. 1142–1147.
- Nilles J.M., Carlson F.R., Gray P., Hanneman G.J. (1976) *The Telecommunications-Transportation Tradeoff*. N.Y.: Wiley, 210 p.
- Nushtaikina K.V. (2013) Realization of the Employees' Right to Social Partnership for Teleworkers. *Vestnik Permskogo universiteta*, no 3, pp. 152–156.
- Orlovskiy Yu.P. (1994) *Commentarii k zakonodatelstvu o trudovykh contractakh* [Comments to the Legislation on Employment Contracts]. Moscow: Juridicheskaya Literatura, 127 p. (in Russian)
- Philipova I.A. (2012) Work Books and Consequences of Their Possible Abolition. *Vestnik Nizhegorodskogo universiteta*, no 3, part 1, pp. 295–300.
- Qvortrup L. (1998) From Telework to Networking: Definitions and Trends. In: P. Jackson, J. van der Wielen (eds.) *Teleworking: International Perspectives from Telecommuting to the Virtual Organization*. London: Routledge, pp. 21–39.
- Sullivan C. (2003) What's in a Name? Definitions and Conceptualizations of Teleworking and Homeworking. *New Technology Work and Employment*, vol. 18 (3), pp. 158–165.
- Siha S.M, Monroe R.W. (2006) Telecommuting's Past and Future: a Literature Review and Research Agenda. *Business Process Management Journal*, vol. 12, no 4, pp. 455–482.
- Telework in the European Union. (2013) European Foundation for the Improvement Living and Working Conditions, pp. 19–20. Available at: [http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf](http://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910050s/tn0910050s.pdf) (accessed: 01.03.2017)
- Telework: The New Industrial Revolution? (2001). Available at: [http://www.tuc.org.uk/work\\_life/tuc-3664-f0.cfm](http://www.tuc.org.uk/work_life/tuc-3664-f0.cfm) (accessed: 01.03.2017)
- Teleworking: International Perspectives. From Telecommuting to the Virtual Organization* (1998). P. Jackson (ed.). N. Y.: Routledge, 368 p.
- Tunnel S. (2000) Telecommuting: Homework for the Future. *Journal of Computing Sciences in Colleges*, vol. 15, no 3, pp. 119–127.
- Visser J., Ramos Martin N. (2008) Expert Report on the Implementation of the Social Partner's Framework Agreement on Telework. Available at: [https://pure.uva.nl/ws/files/1078067/79826\\_Telework\\_Report\\_Final.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/1078067/79826_Telework_Report_Final.pdf) (accessed: 01.03.2017)

# Концепция административно-правового статуса полиции в современной России

---

---



**И.Ф. Амельчаков**

начальник Белгородского юридического института МВД имени И.Д. Путилина, генерал-майор полиции, доцент, кандидат юридических наук. Адрес: 308024, Российская Федерация, Белгород, ул. Горького, 71. E-mail: Belui@lenta.ru

---



## Аннотация

Сегодня в государственной системе национальной безопасности ключевая роль отводится полиции, на которую возложен широкий круг задач. Вместе с тем рост рабочей нагрузки в условиях сложной криминогенной обстановки создает объективные трудности в деятельности отечественной полиции, что обуславливает необходимость ее структурного и функционального совершенствования. В настоящее время группой экспертов при МВД подготовлены предложения по дальнейшему реформированию органов внутренних дел, направленные на то, чтобы сделать российскую полицию государственным институтом, пользующимся доверием граждан, способным дать адекватный ответ угрозам и вызовам XXI века. Этот процесс требует времени и скоординированных усилий не только МВД, но и многих иных государственных и общественных институтов. Особая роль в решении этой задачи отводится отечественному научному сообществу, в частности, ученым в области административного права, поскольку именно от их исследований напрямую зависит качество построения современной модели отечественной полиции, эффективность ее организационно-правовой структуры. В статье через призму становления и развития органов полиции в России раскрываются вопросы определения ее места и роли в организации современного государства, затрагиваются некоторые аспекты ее организационной модели, а также правовой оснащенности. Рассмотрение этих проблем в условиях административной реформы в отечественном государственном управлении, продолжающегося реформирования органов внутренних дел Российской Федерации, отличается особой актуальностью. Проведен всесторонний анализ основных этапов развития исследуемой проблемы, предлагается периодизация истории российской полиции, имеющая ценность для теории и практики деятельности современной полиции в России. Приведено авторское видение места полицейского права в отечественной науке административного права. Сформулирован вывод о необходимости продолжения исследований административно-правового статуса полиции, от успеха которых во многом зависит безопасность нашего государства.

---



## Ключевые слова

концепция, административная реформа, реформирование органов внутренних дел, полиция, организационно-правовая структура, административное право, полицейское право.

---

---

Библиографическое описание: Амельчаков И.Ф. Концепция административно-правового статуса полиции в современной России // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 130–141.

JEL: K 23; УДК: 342.9

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.130.141

Анализ основных теоретических проблем современной концепции административно-правового статуса полиции в России свидетельствует о том, что сегодня в науке ад-

министративного права проводятся исследования по выявлению и описанию отдельных элементов этой концепции. Однако деятельность эта протекает нередко затрудненно и хаотично, и, по сути, еще находится в начале пути. В связи с этим возникает острая необходимость в проведении научных исследований, посвященных глубокому и всестороннему анализу основных проблем развития современной концепции административно-правового статуса полиции, к которым относятся:

научное осмысление понятия современной концепции административно-правового статуса полиции;

описание истории становления и развития концептуальных основ административно-правового статуса полиции;

определение места современной концепции административно-правового статуса полиции в науке административного права.

Решение теоретических проблем становления и развития современной концепции административно-правового статуса полиции будет активно и целенаправленно способствовать процессу получения наукой административного права значительного числа новых знаний в данной области, пополнения ими имеющихся познаний в соответствии с требованиями современности.

Сегодня в науке административного права нет четко сформулированного понятия современной концепции административно-правового статуса полиции. Между тем необходимость в нем имеется, поскольку оно призвано быть одним из основных теоретически ориентированных исследований и разработок всего административно-правового статуса полиции. В связи с этим подход к конструированию современной концепции административно-правового статуса полиции заключается в следующем.

Прежде всего, чтобы использовать в науке административного права это понятие и не допустить его произвольного толкования, необходимо остановиться на определении понятия «административно-правовой статус». Латинское слово «status» означает состояние, правовое положение (совокупность предусмотренных законодательством прав и обязанностей)<sup>1</sup>. По определению Д.Н. Бахраха, административно-правовой статус — это правовое положение личности или цели, задачи, функции, организационно-правовая структура и компетенция государственных коллективных субъектов. К основным элементам такого статуса органов исполнительной власти он относит три блока: целевой (назначение); структурно-организационный (процедуры образования и ликвидации субъектов); компетенционный (совокупность властных полномочий)<sup>2</sup>.

Также необходимо уяснить, что представляет собой с филологической точки зрения термин «концепция». Термин «концепция» происходит от латинского слова «conceptio» — «восприятие» и означает определенный способ понимания, трактовки какого-либо предмета, явления, процесса, основную точку зрения на предмет. Также термин «концепция» употребляется для обозначения ведущего смысла, конструктивного принципа в научной деятельности<sup>3</sup>.

Опираясь на филологический смысл, термин «концепция административно-правового статуса полиции» целесообразно рассмотреть в двух тесно взаимосвязанных друг с другом филологических значениях. В первом таком значении это словосочетание

<sup>1</sup> Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 285.

<sup>2</sup> См.: Бахрах Д.Н. Административное право России. М., 2000. С. 61, 177; он же. Административное право. М., 1986. С. 177–178.

<sup>3</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://slovari.bibliofond.ru/bse\\_word/концепция/](http://slovari.bibliofond.ru/bse_word/концепция/) (дата обращения: 17.04.2017)

можно отождествлять с «пониманием и трактовкой административно-правового статуса полиции». Во втором, филологическом смысле термин «концепция административно-правового статуса полиции» выступает как знание (точка зрения, руководящий, ведущий замысел) об административно-правовом статусе полиции. Таким образом, в филологическом значении «концепция административно-правового статуса полиции» — не что иное, как способ понимания и трактовки этого статуса, а также знания о нем.

Используя положения высказанных филологических оценок и подходов к термину «концепция» и опираясь на достижения науки административного права, возможна разработка два тесно взаимосвязанных друг с другом определения концепции административно-правового статуса полиции. Конструирование первого такого определения предполагает раскрытие и описание особенностей концепции административно-правового статуса полиции как части науки административного права, которая разрабатывается учеными административного права при помощи методологии этой науки и имеет устойчивую тенденцию к группировке и обособлению в системе административно-правовых знаний.

При формулировании данного понятия концепции административно-правового статуса полиции необходимо учитывать существующие представления о науке административного права, под которой ее учение обычно понимают как систему знаний об административном праве. Опираясь на такое определение административного права, а также исходя из специфики рассматриваемой концепции, под этой концепцией можно понимать относительно самостоятельную часть знаний науки административного права, которая раскрывает терминологию, сущность и особенности правового статуса полиции.

Есть и другие подходы к углубленному пониманию концепции административно-правового статуса полиции. Как указывал В.С. Нерсесянц, каждая наука — это определенный способ производства и организации знаний о тех объектах, изучением которых она занимается, а предметом соответствующей науки являются искомые сущностные свойства объекта<sup>4</sup>.

Наука административного права России как часть юридической науки является определенным способом производства и организации знаний об административном праве как отрасли права, а концепция административно-правового статуса полиции есть составная часть этой науки. Из сказанного правомерно сделать вывод: концепция административно-правового статуса полиции — это способ производства и организации знаний об этом статусе.

Такое административно-правовое представление о назначении концепции административно-правового статуса полиции не умаляет значения первого приведенного определения этой концепции, а лишь развивает его и подчеркивает новые черты этого статуса. Дело в том, что эти знания, особенно в науке административного права, сами по себе, в готовом и законченном виде не появляются. Они всегда — результат творческой деятельности ученых, владеющих методологией исследования, в результате использования которой к уже имеющимся характеристикам изучаемого объекта постепенно и последовательно прирастают новые знания о нем, чем и объясняется в данном случае поступательное развитие концепции административно-правового статуса полиции.

С учетом сказанного о современной концепции административно-правового статуса полиции, а также истории ее возникновения логичен вывод, что эта концепция есть законодательное следствие, естественный результат историко-политического развития общества, а в целом ряде случаев — и отрицания предшествующих научных представле-

---

<sup>4</sup> Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства. М., 2012. С. 3.

ний о таком статусе, которые наиболее полно и всесторонне выражаются в рациональном перенесении предыдущих знаний об административно-правовом статусе полиции в современную административно-правовую науку и обогащении ее новыми знаниями, которые соответствуют требованиям времени и обуславливают дальнейшее ее развитие.

Иными словами, современная концепция административно-правового статуса полиции представляет собой не что иное, как постепенно оформляющееся ныне системное научное административно-правовое образование, уходящее своими корнями в исторически накопленные научные представления об административно-правовом статусе полиции и стремящееся к разработке современных знаний об этом статусе, полностью соответствующем тем требованиям, которые предъявляют общество и государство к административно-правовому статусу полиции.

История становления и развития современной концепции административно-правового статуса полиции берет свое начало с момента проведения демократических преобразований, начатых еще в Советском Союзе. Она делится, в том числе исходя из крупных государственно-правовых событий, произошедших уже в современной России (провозглашение суверенитета и принятие Конституции), на различные исторические отрезки времени, в пределах которых ученые в области административного права последовательно стали обобщать и решать многие вопросы, посвященные организации и деятельности отечественной милиции, а затем и полиции. В числе таких этапов выделяются следующие:

период возникновения современной концепции административно-правового статуса полиции;

период становления современной концепции административно-правового статуса полиции после провозглашения суверенитета России;

период развития современной концепции административно-правового статуса полиции на основе принятия Конституции Российской Федерации и ее совершенствования на основе принятия Федерального закона от 7.02. 2011 № 3-ФЗ «О полиции».

Названные периоды генезиса современной концепции административно-правового статуса полиции по своей протяженности не велики, однако в каждом из них административно-правовая наука шаг за шагом поднимались на новый, более высокий уровень современного познания, и поэтому их выделение в качестве самостоятельных временных исторических периодов имеет существенное значение для понимания особенностей современного состояния этого статуса.

Обращение к современной литературе, касающейся вопросов административно-правового статуса полиции и законодательству в данной области ясно свидетельствует, что зарождение данной концепции связано с перестройкой в Советском Союзе, развернувшейся в конце 1980-х гг. Этот научный процесс протекал противоречиво, поскольку, с одной стороны он исходил из смысла термина «советская милиция» и традиций советской науки административного права, с другой стороны, уже в те годы в науке активно и целенаправленно шли процессы переосмысления роли милиции и ее административно-правового статуса в духе реформаторских преобразований в государственно-правовом механизме. Пожалуй, первыми и наиболее весомыми и значимыми плодами такого переосмысления стали выводы и предложения целого ряда советских ученых-административистов о пересмотре и изменении социальной роли милиции, о разработке нового, современного видения принципов взаимоотношений милиции с гражданским обществом, о новой концепции построения милиции и внесении глубоких изменений в понимание ее функционирования и др.

Необходимо подчеркнуть, что реформаторские идеи, выводы и предложения о советской милиции, сформулированные учеными в области административного права, в первые годы перестройки активизировали давнюю их идею о необходимости принятия союзного закона «О советской милиции»<sup>5</sup>. Этот первый в истории Советского Союза законодательный акт о милиции отменил устаревший подзаконный акт — Указ Президиума Верховного Совета СССР от 8.06.1973 «Об основных обязанностях и правах советской милиции по охране общественного порядка и борьбе с преступностью». Тем самым регулирование статуса советской милиции было поднято до подобающего ей уровня нормативного правового акта высшей (после Конституции) юридической силы — Закона СССР. Однако составители Закона 1991 г. воспроизвели в его содержании целый ряд норм прежнего законодательства о советской милиции, которые уже перестали соответствовать требованиям времени, и оставили без внимания большинство новых идей и предложений отечественных ученых-административистов, реализация которых в нормотворческой практике все более становилась насущной потребностью.

Необходимо отметить, что в период зарождения современной концепции административно-правового статуса полиции ученые в области административного права, не имея четких и ясных научных и правовых ориентиров, главным образом решали отдельные, наиболее значимые для того времени общетеоретические проблемы организации и деятельности советской милиции. Что касается научных исследований, посвященных административно-правовому статусу советской милиции, то в то время они новизной не отличались и в целом проводились в соответствии с традициями советской науки административного права. Однако в науке уже в то время были выделены отдельные предложения об ограничении объема и содержания этого статуса и исключения из него тех полномочий, которые прямо противоречили процессам построения правового государства.

Этап развития современной концепции административно-правового статуса полиции связывается с провозглашением России суверенным государством. Став таким государством, Россия начала самостоятельно определять, какая ей нужна милиция, кому она должна подчиняться, как нужно организовывать ее структуру и деятельность, и каким статусом, включая, разумеется, административно-правовой, она может быть наделена законом. Ясно, что наука административного права того времени не могла оставаться в стороне от решения перечисленных вопросов, поскольку все они составляли предмет ее научных исследований. Поэтому многие авторитетные современные ученые-административисты (Б.П. Кодрашев, Ю.Л. Соловьев, В.В. Чернилов, С.С. Майлян и др.) сосредоточили свое внимание на решении наиболее значимых и актуальных теоретических проблем организации и деятельности отечественной милиции. Так, они участвовали в организации и проведении целого ряда научных конференций, посвященных решению этих проблем, приняли непосредственное участие в разработке проекта Закона Российской Федерации «О милиции», написали значительное количество научных трудов, непосредственно посвященных исследованию тех или иных административно-правовых проблем российской милиции. В процессе деятельности ученым в области административного права, на наш взгляд, удалось разработать и обосновать в целом передовую для того времени юридическую «идеологию» российской милиции, суть которой выразилась, в частности, в предложениях о ее департизации и деуниверсализации, а также о сочетании в ее деятельности интересов государства и местного самоуправления, о социальной и правовой защищенности сотрудников и др.

---

<sup>5</sup> Новые законы СССР. Выпуск 4. М., 1991. С. 54–57.

При этом следует отметить, что отдельные идеи, выводы и предложения ученых-административистов об организации и деятельности российской милиции (например, о ее задачах, принципах и др.) так или иначе были востребованы законодателем и закреплены им в первом российском законе «О милиции»<sup>6</sup>, принятие которого стало заметным итогом на пути демократических преобразований, протекающих в России после провозглашения ее суверенитета. Этот Закон был в целом ориентирован (несмотря на ряд крупных недостатков) на новое и более прогрессивное решение основных вопросов организации и деятельности отечественной милиции того времени.

Исходя из сказанного, можно сделать вывод, что в рассматриваемый исторический отрезок времени наука административного права не просто продолжила научное исследование, начатое ранее (в период возникновения концепции административно-правового статуса милиции), но и заметно дополнила и обогатила свои предшествующие знания рядом выводов и предложений. Вместе с тем необходимо отметить, что науке административного права того времени было трудно, а, порой, и невозможно успешно решить множество из стоящих перед ней задач по разработке целостной и логически завершенной концепции административно-правового статуса российской милиции. Ее научные разработчики и создатели вольно или невольно следовали положениям Конституции РСФСР (1978), которая к тому времени безнадежно устарела, и потому не могли полностью достичь поставленных перед ними целей. Кроме того, многим из них очень трудно было сразу безоговорочно и полностью отказаться от использования в науке административного права всей теории советской милицейской модели и заменить ее на современную полицейскую теорию.

Ныне действующая Конституция Российской Федерации в корне изменила основы всей правовой жизни нашего общества и государства. Сразу после ее принятия началась активная и целенаправленная работа, в том числе по пересмотру и обновлению всех сторон российской правовой действительности. Составной частью этой работы стали мероприятия по модернизации всего механизма административно-правового регулирования отношений, связанных с организацией и деятельностью российской милиции, поскольку содержание ее основных элементов не соответствовало конституционным требованиям, так как сложились они ранее ее принятия. В целях приведения института российской милиции в соответствие с требованиями Конституции законодатель внес целый ряд изменений и дополнений в Закон РСФСР «О милиции». Однако многие его положения так и остались в прежнем виде и значении, и потому роль Закона была очень низкой, а его концепция уже перестала отвечать постепенно укоренившимся в обществе и государстве представлениями о необратимом возрождении в России института полиции. По этой причине реформирование органов внутренних дел стало одной из важнейших составляющих отечественной административной реформы, выразившейся в пересмотре полномочий органов исполнительной власти и совершенствовании механизмов реализации этих полномочий и функций.

В конце 2003 г. во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 23.07.2003 №824 «О мерах по проведению административной реформы в 2003–2004 годах» административной реформе государства был придан характер реального, радикального и масштабного государственного дела<sup>7</sup>. Значительный вклад в развитие современной концепции административно-правового статуса полиции внес Указ Президента Россий-

<sup>6</sup> Закон РСФСР «О милиции» от 18.04. 1991 № 1026-1 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>7</sup> См.: Ежов Ю.А. Административная реформа в Российской Федерации // Современный юрист. 2014 № 1 // СПС КонсультантПлюс.

ской Федерации от 24.12.2009 № 1468 «О мерах по совершенствованию деятельности органов внутренних дел Российской Федерации», в соответствии с положениями которого Министру внутренних дел был дан ряд поручений, касающихся пересмотра порядка отбора кандидатов для службы (работы) в органах внутренних дел, совершенствования структуры органов внутренних дел, а также разработки комплекса антикоррупционных мероприятий в системе МВД.

Данным и последующими указами Президента Российской Федерации и постановлениями Правительства была определена программа мер посвященных увеличению бюджетных ассигнований, направляемых на дополнительное денежное стимулирование сотрудников органов внутренних дел, кадровому и тыловому развитию органов внутренних дел, обеспечению жильем их сотрудников, проведению комплекса антикоррупционных мероприятий в системе МВД, формированию научно обоснованной системы оценки деятельности органов внутренних дел, в том числе на основе автоматизации системы процессов управления и внедрения современных технологий<sup>8</sup>.

Изданный Президентом Российской Федерации Указ от 18.02.2010 № 208 «О некоторых вопросах по реформированию Министерства внутренних дел Российской Федерации» в качестве одной из задач назвал преобразование милиции в полицию. Затем в рамках реформы Министерства и в целях выполнения указанной задачи был издан упомянутый выше Федеральный закон «О полиции», на основе которого начался процесс построения новой российской полиции, сопровождающийся изданием значительного количества нормативных правовых актов, в результате которых в нынешней России возникла, организована и юридически оформилась современная профильная полиция, соответствующая требованиям Конституции Российской Федерации и современным международным стандартам полиции.

Неоценимый вклад в решение задач реформирования Министерства внутренних дел, включая учреждение в системе этого министерства полиции, внесла наука административного права, которая сразу же после принятия ныне действующей Конституции Российской Федерации приступила к исследованиям важнейших теоретических проблем полицейской деятельности. Перед учеными стояла трудная задача — решительно изменить и теоретически переосмыслить методологическую базу исследований, в частности, исключить из них марксистско-ленинскую идеологию. Нужно отметить, что подавляющему большинству ученых с этой задачей справиться удалось, так как в своих исследованиях о полицейской системе они перестали брать за основу марксистско-ленинскую литературу, которая будет, на наш взгляд, все больше становиться достоянием истории, а ее теоретическое и практическое значение возможно будет полностью утрачено.

Кроме того, заметно возрос интерес ученых в области административного права к решению проблем общественного доверия полиции. Интенсивно издавалась литература, специально посвященная проблемам полицейского права. Среди приоритетных направлений административно-правового исследования общетеоретических проблем организации и деятельности полиции, сложившихся на основе Конституции Российской Федерации, можно назвать, например, исторический генезис организации и деятельности полиции, сущность и современную организацию и деятельность полиции, становление и дальнейшее развитие организационно-правовой системы полиции, проблемы функционирования полиции в современном обществе, перспективы дальнейшего раз-

---

<sup>8</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <https://rg.ru/2013/02/04/karta-mvd-site-dok.html> (дата обращения: 17.04.2017)

вития законодательства о полиции, определение правового статуса полиции, выявление видов этого статуса и др.

Исходя из сказанного об общеисторической административно-правовой научной работе по разработке и совершенствованию современной теории организации и деятельности полиции, сделаем вывод, что созданная в ходе этой работы теория занимает самостоятельное место в современной науке административного права. Она отличается должной полнотой исследований (выводов, концепций, оценки и предложений) об организации и деятельности полиции, а также приведена в систему. В то же время в ближайшие годы специалистам в области административного права предстоит нелегкая и длительная работа по окончательному решению целого ряда исключительно важных и значимых общетеоретических полицейских проблем (например, принятие окончательного решения о месте полицейского права в системе административного права, разработка четкого и ясного понятия этого права). Такая задача посильна только серьезному коллективному труду ученых в области административного права, активно занимающихся разработкой проблем современного полицейского права, и который сегодня уже начат и успешно реализуется.

Вторым научным административно-правовым направлением исследования полицейских проблем, сложившихся на основе Конституции Российской Федерации и нынешнего законодательства о полиции, стало стремление ученых административного права к глубокому осмыслению административно-правового статуса полиции и проблем его реализации в полицейской административно-правовой деятельности. К настоящему времени в рамках этого научного направления уже издано значительное количество работ, посвященных решению проблем реализации административно-правового статуса полиции. Среди них есть учебники, учебные пособия и курсы лекций под единым названием «Административная деятельность полиции»<sup>9</sup>. Кроме того, в последнее время в науке административного права стали появляться отдельные работы, специально посвященные научному осмыслению самого понятия административно-правового статуса полиции.

Выход в свет таких научных трудов свидетельствует, что сегодня в науке сложилась устойчивая тенденция к исследованию тех или иных проблем административно-правового статуса полиции. В то же время отсутствует целостная научная концепция административно-правового статуса полиции. Ученые главное внимание сосредоточили на изучении проблем реализации этого статуса, и, по сути, оставили без должного внимания решение основных фундаментальных проблем, например, о месте в системе административно-правовой науки правового статуса полиции и о его понятии. Это не позволяет должным образом систематизировать знания об этом статусе и прогнозировать его будущее.

Определение места концепции административно-правового статуса полиции в науке административного права имеет существенное значение, поскольку позволяет определить основные контуры и ориентиры в ее разработке, а также подчеркивает автономность этих знаний в современной науке административного права. Однако показать четко это место и определить его смысл нелегко. В науке административного права раз-

<sup>9</sup> Административная деятельность полиции / под ред. Ю.Н. Демидова. М., 2015; Административная деятельность ОВД / под ред. М.В. Костенникова, А.В. Куракина. М., 2015; Административная деятельность полиции: курс лекций. Ч. 1. Воронеж, 2015; Административная деятельность полиции: курс лекций. Ч. 2. Воронеж, 2015; Административная деятельность полиции. М., 2014; Административная деятельность полиции: курс лекций / под ред. В.А. Кудина. СПб., 2014, и др.

вернулась дискуссия о соотношении административного права и полицейского права, в ходе которой определились два подхода к исследованию этой важной и значимой административно-правовой проблемы. Первый подход не признает самостоятельности полицейского права, поскольку его сторонники не находят для этого должных оснований. Сторонники второго подхода претендуют на роль новаторов, поскольку в современной административно-правовой науке он образовался недавно, и прямо призывают к выделению полицейского права в качестве самостоятельной отрасли административного права.

Не вступая в подробное объяснение точек зрения ученых, поддерживающих указанные подходы и применяющих их в своих научных исследованиях, необходимо сделать две оговорки, касающиеся использования научного потенциала указанных подходов в процессе дальнейшего научного конструирования современной концепции административно-правового статуса полиции. Новые положения этой концепции должны формулироваться с учетом научных достижений как первого, так и второго подходов к исследованию проблемы соотношения административного права и полицейского права, однако же при условии, что они не исключают друг друга и несут позитивный научный заряд для разработки проблем административно-правового статуса полиции. Вместе с тем при конструировании современных научных знаний об административно-правовом статусе полиции следует прежде всего и главным образом исходить из мнений и выводов тех исследователей, которые обосновывают самостоятельность полицейского права и призывают к его выделению из системы административного права в качестве самостоятельной правовой отрасли. Такое научное изложение широко открывает двери для комплексного исследования всей деятельности государства, подпадающей под признаки полицейской деятельности, и создает необходимые предпосылки для разработки нового законодательства, в том числе и об административно-правовом статусе полиции.

Ответ на вопрос о месте концепции административно-правового статуса полиции в науке административного права заключается в следующих выводах. Концепция административно-правового статуса полиции занимает в отечественной науке административного права самостоятельное место, так как наряду с общими ее принципами и знаниями имеет собственный объект и предмет исследования. Именно ее объект и предмет являются теми основополагающими факторами, которые прямо свидетельствуют о самостоятельности концепции административно-правового статуса полиции в науке административного права. Следуя выводам тех ученых, которые различают объект и предмет юридической науки и ее отдельных отраслей и включают при этом в эти понятия различное содержание, а также исходя из особенностей объекта и предмета концепции административно-правового статуса полиции, можно предположить следующие их определения.

Под объектом концепции административно-правового статуса полиции целесообразно понимать нормы административного права, закрепляющие административно-правовой статус полиции, а также нормативные правовые акты, содержащие эти нормы. Предметом концепции административно-правового статуса полиции является ее понятие (т.е. теоретическая основа), а не нормы административного права и не сами по себе соответствующие нормативные правовые акты об этом статусе и т.п., которые относятся к объекту данной концепции.

В то же время при очевидном несовпадении объекта и предмета концепции административно-правового статуса полиции между ними существует определенная взаи-

мосвязь. С одной стороны, нормы, регулирующие административно-правовой статус полиции, их разновидности, взятые в отдельности или определенным образом систематизированные, способствуют постижению предмета концепции. С другой стороны, концепция административно-правового статуса полиции критически оценивает нормы, регулирующие этот статус, и нормативные правовые акты, выражающие их, решая задачу совершенствования таких норм и нормативных правовых актов и, таким образом, влияя на объект данной концепции.

О самостоятельности концепции административно-правового статуса полиции свидетельствует ее потенциальная способность стать частью системы административно-правовых знаний об этом статусе. У современной концепции административно-правового статуса полиции есть история, за годы которой накоплен большой (как положительный, так и отрицательный) опыт ее разработки. Однако, несмотря на успехи ученых-административистов в разработке проблем административно-правового статуса полиции, в их выявлении и решении, эта деятельность находится в начале пути. Преодоление такой ситуации, сложившейся в познании административно-правового статуса полиции, требует разработки современной модели системы знаний об этом статусе, которая может стать своего рода научным идеалом развития, к которому нужно сегодня стремиться ученым в области административного права.

Подводя итог изложенному, констатируем, что современная концепция административно-правового статуса полиции — это автономная часть науки административного права, охватывающая ее знания, направленные на осмысление и решение проблем административно-правового статуса полиции. К настоящему времени в науке административного права сделаны лишь первые попытки разработки указанных проблем. Между тем от их решения во многом зависит правопорядок в нашей стране. Поэтому сегодня необходимо продолжение уже начатых научных исследований об административно-правовом статусе полиции, результатом которых должна стать система новых знаний об этом статусе, полностью соответствующих современным требованиям.



### **Библиография**

Административная деятельность ОВД: учебник для вузов / под ред. М.В. Костенникова, А.В. Куракина. М.: Юрайт, 2015. 521 с.

Административная деятельность полиции: курс лекций / под ред. В.А. Кудина. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского университета МВД России, 2014. 768 с.

Административная деятельность полиции: курс лекций: Ч. 1. Воронеж: ВИ МВД России, 2015. 246 с.

Административная деятельность полиции: курс лекций: Ч. 2. Воронеж: ВИ МВД России, 2015. 250 с.

Административная деятельность полиции: учебник / под ред. Ю.Н. Демидова. М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2015. 528 с.

Административная деятельность полиции: учебное пособие. М.: ДГСК МВД России, 2014. 680 с.

Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник для вузов. М.: НОРМА, 2000. 640 с.

Бахрах Д.Н. Административное право: учебник. М.: ИГНАП СССР, 1986. 330 с.

Василенко Г.Н. Административное законодательство в условиях применения норм Федерального закона «О полиции» // Административное и муниципальное право. 2012. № 3. С. 30–35 / СПС КонсультантПлюс.

Ежов Ю.А. Административная реформа в Российской Федерации // Современный юрист. 2014. № 1. С. 7–19 / СПС КонсультантПлюс.

Кардашова И.Б. О роли административно-правовых методов в обеспечении национальной безопасности // Административное право и процесс. 2016. № 5. С. 59–63 // СПС КонсультантПлюс.

Кваша Л.Ф. Возможности реформирования российской милиции в переходный период // Административное право и процесс. 2006. № 1. С. 18–22 // СПС КонсультантПлюс.

Кваша Л.Ф. Милиция (полиция) в условиях переходного типа государства и права // История государства и права. 2006. № 3. С. 26–29 // СПС КонсультантПлюс.

Нерсесянц В.С. Общая теория права и государства: учебник. М.: Норма, 2012. 560 с.

Юридическая энциклопедия / под ред. М.Ю. Тихомирова. М.: Юрлитинформцентр, 1997. 526 с.

## Conception of Administrative and Legal Status of Police Forces in Modern Russia



**Igor F. Amelchakov**

Associate Professor, Head, Putilin Belgorod Law Institute, Internal Affairs Ministry, Candidate of Juridical Sciences. Address: 71 Gorky Str., Belgorod 308024, Russian Federation. E-mail: Belui@lenta.ru



### Abstract

The key role in ensuring the national security is given to police forces are responsible to accomplish a wide range of tasks. However, the growth of workload under conditions of complicated criminal environment generates challenges in the work of Russian police, which stipulates the necessity of their structural and functional enhancement. A group of experts from Internal Affairs Ministry has developed proposals for further reforming police agencies aiming to make the Russian Police Force a national institution supported by the community and is able to appropriately react to the threats and challenges of the 21<sup>st</sup> century. This process requires time and coordinated efforts not only from the Ministry, but also from other state and public institutions. A special role in solving this problem is given to the efforts of the national research community mainly the academics majoring in Administrative Law, as far as their theoretical findings are grounded on quality values and efficiency of structural and legal framework of contemporary model of the national police. The essential problems of place and role definition of the police in the framework of a modern state are presented in this article through the investigation into the process of their foundation and development; some aspects of their structural model as well as legal provisions are also taken into consideration. A thorough examination of these problems within the nation-wide reform of public administration as well as the further renovation of the national police forces in the Russia are especially relevant. The comprehensive analysis of the main stages of the problem mentioned was held; the historical period grading in the development of Russian police has been represented as a vital concern for the theory and practices of the modern police in Russia. The author also brings his vision of the Police Law role within the national science of the Administrative Law. A summary on the necessity for further research in the area of administrative and legal status of the police that can be resulted in increased efficiency of the national security of this state has been presented.



### Keywords

conception, administrative and legal status, administrative reform, police agencies, structural and legal framework, administrative law, police law.

Citation: Amelchakov I.F. (2017) Conception of Administrative and Legal Status of Police Forces in Modern Russia. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 130–141 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.130.141



### References

*Administrativnaya deyatelnost' politsii: uchebnoe posobie* (2014) [Administrative Activity of Police. Textbook]. Moscow: MVD Rossii, 680 p. (in Russian)

- Administrativnaya deyatel'nost' politsii: kurs lektsiy: Ch. 1* (2015) [Administrative Activity of Police. Lectures. Part 1]. Voronezh: MVD Rossii, 246 p. (in Russian)
- Administrativnaya deyatel'nost' politsii: kurs lektsiy: Ch. 2* (2015). [Administrative Activity of Police. Lectures. Part 2]. Voronezh: MVD Rossii, 250 p. (in Russian)
- Bakhrakh D.N. (2000) *Administrativnoe pravo Rossii: Uchebnik* [Russian Administrative Law. Textbook]. Moscow: Norma, 640 p. (in Russian)
- Bakhrakh D.N. (1986) *Administrativnoe pravo* [Administrative Law]. Moscow: IGNAP, 330 p. (in Russian)
- Demidov Yu. N. (ed.) (2015) *Administrativnaya deyatel'nost' politsii* [Administrative Activity of Police]. Moscow: YUNITI-DANA, 528 p. (in Russian)
- Ezhov Yu. A. (2014) Administrativnaya reforma v Rossiyskoy Federatsii [Administrative Reform in the Russian Federation]. *Sovremennyy yurist*, no 1, pp. 7–19. SPS Konsul'tantPlyus.
- Kardashova I.B. (2016) O roli administrativno-pravovykh metodov v obespechenii natsional'noy bezopasnosti [On Administrative Law Methods in Ensuring National Security]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no. 5, p. 59–66. SPS Konsul'tantPlyus.
- Kostennikov M.V., Kurakin A.V. (eds.) (2015) *Administrativnaya deyatel'nost' OVD: uchebnik* [Administrative Activity of Department of Internal Affairs: Textbook]. Moscow: Yurayt, 521 p. (in Russian)
- Kudin V.A. (ed.) (2014) *Administrativnaya deyatel'nost' politsii: kurs lektsiy* [Administrative Activity of Police. Lectures] Saint Petersburg: SPb University of MVD, 768 p. (in Russian)
- Kvasha L.F. (2006) Militsiya (politsiya) v usloviyakh perekhodnogo tipa gosudarstva i prava [Militsia (Police) in State and Law of Transition Period]. *Istoriya gosudarstva i prava*, no. 3, p. 26–29. SPS Konsul'tantPlyus.
- Kvasha L.F. (2006) Vozможности reformirovaniya rossiyskoy militsii v perekhodnyy period [Reforming Russian Police in Transition Period]. *Administrativnoe pravo i protsess*, no 1, pp. 18–22. SPS Konsul'tantPlyus.
- Nersesyants V.S. (2012) *Obshchaya teoriya prava i gosudarstva: Uchebnik* [General Theory of State and Law. Textbook]. Moscow: Norma, 560 p. (in Russian)
- Tikhomirov M.Yu. (ed.) (1997) *Yuridicheskaya entsiklopediya* [Juridical Encyclopedia]. Moscow: Yuriformtsentr, 526 p. (in Russian)
- Vasilenko G.N. (2012) Administrativnoe zakonodatel'stvo v usloviyakh primeneniya norm Federal'nogo zakona «O politsii» [Administrative Legislation and the Norms of the Federal Law On Police]. *Administrativnoe i munitsipal'noe pravo*, no. 3, pp. 30–35. SPS Konsul'tantPlyus.

# Жестокое обращение с ребенком как оценочное уголовно-правовое понятие

---



**И.И. Нагорная**

старший преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: irnag@yandex.ru

---



## **Аннотация**

В статье рассматривается оценочное понятие жестокого обращения с несовершеннолетним в контексте применения статьи 156 Уголовного кодекса Российской Федерации, приводятся доктринальные позиции и соответствующая судебная практика. Анализируется проблема отграничения данного преступления от административного правонарушения за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов несовершеннолетних (ч. 1 ст. 5.35 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях). Изучается взаимосвязь низкого уровня жизни и жестокого обращения с ребенком. Отмечается, что наличие объективных причин, не позволяющих улучшить жилищно-бытовые условия и удовлетворить потребности ребенка, исключает вину специальных субъектов в совершенном деянии. Приводятся доктринальные позиции, касающиеся определенности уголовного закона и возможности его применения в пограничных ситуациях для целей ст. 156 УК РФ. Рассматривается проблема телесных наказаний в связи с принятыми на себе Россией международными обязательствами. Анализируется опыт США в регулировании указанной проблемы. Формулируются рекомендации по уголовно-правовой оценке применения физической силы к несовершеннолетнему с целью удержания его от причинения вреда себе или окружающим либо с целью наказания. Изучается вопрос о малозначительности деяния. Подчеркивается, что умеренные телесные наказания сами по себе не свидетельствуют о наличии состава преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ. В заключение приводится схема анализа деяния, содержащего признаки состава преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ. Указывается на необходимость учета, в частности, таких обстоятельств, как интенсивность содеянного и последствия для физического и психического здоровья ребенка либо возникновение угрозы их наступления, находящиеся в причинной связи с виновным поведением специальных субъектов. Подчеркивается, что интенсивность может выражаться как количественно (систематическое оставление без пищи, без присмотра), так и качественно (нанесение ребенку глубокого пореза с целью «наказания»). Указывается на необходимость правильной аргументации принимаемого судом решения даже при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением.

---



## **Ключевые слова**

уголовное право, УК РФ, жестокое обращение, воспитание несовершеннолетних, телесные наказания, побои, бедность, уголовная ответственность.

---

Библиографическое описание: Нагорная И.И. Жестокое обращение с ребенком как оценочное уголовно-правовое понятие // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 142–154.

JEL: K14, K42; УДК: K343

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.142.154

**Постановка проблемы.** Темы надлежащего воспитания несовершеннолетних и пределов государственного вмешательства в дела семьи остаются чрезвычайно актуальными. Об этом свидетельствуют их постоянное обсуждение в средствах массовой информации, выступлениях представителей власти и общественных организаций. Актуальность соответствующих проблем подтверждается рядом законодательных новелл, направленных на обеспечение безопасности и полноценного развития детей.

Возможность привлечения к уголовной ответственности родителей, лиц, их заменяющих, и иных специальных субъектов, осуществляющих надзор за несовершеннолетними, за неисполнение обязанностей воспитания детей или их ненадлежащее исполнение — важнейшая составляющая системы предпринимаемых в указанной области мер. При этом законодатель ограничивает такую ответственность случаями, когда деяние сопровождается жестоким обращением с ребенком. Указанный криминообразующий признак является оценочным и, несмотря на обилие литературы, посвященной толкованию ст. 156 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ), продолжает вызывать споры как в доктрине, так и в правоприменительной практике.

В целях анализа понятия «жестокое обращение» в первую очередь будет рассмотрена взаимосвязь ст. 156 УК РФ и соответствующих норм Кодекса РФ об административных правонарушениях (далее — КоАП РФ), а также мер, предусмотренных Семейным кодексом РФ (далее — СК РФ). Затем будет проанализирована судебная практика и доктринальные позиции, раскрывающие содержание данного признака, вопросы, связанные с бедностью семьи и возможностью удовлетворения основных потребностей ребенка, проблема допустимости телесных наказаний. Не претендуя на исчерпывающее сравнительно-правовое исследование, автор рассматривает опыт США по отдельным аспектам рассматриваемых проблем. В заключении даются рекомендации, касающиеся схемы анализа совершенного деяния, подпадающего под признаки, предусмотренные ст. 156 УК РФ.

Ввиду ограниченного объема исследования и приоритета семейного воспитания детей (п. 3 ст. 1 СК РФ) в статье преимущественно рассматриваются ситуации, связанные с поведением родителей и лиц, их заменяющих. Противоправные деяния в рамках альтернативных форм воспитания детей подробно не раскрываются.

**Взаимосвязь ст. 156 УК РФ с мерами, предусмотренными КоАП РФ и СК РФ.** Данный уголовно-правовой запрет тесно связан с ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ, которая предусматривает ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов несовершеннолетних. Субъектами данного административного правонарушения могут быть родители или иные законные представители несовершеннолетних. В ч. 2 и 3 ст. 5.35 КоАП РФ идет речь о нарушении права ребенка на общение с родителями и иными родственниками, что выходит за рамки данного исследования.

Статья 156 УК РФ устанавливает ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего, если это деяние соединено с жестоким обращением с ним. Следует отметить, что в ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ подробнее, чем в ст. 156 УК РФ, перечислены соответствующие обязанности. Однако дальнейший анализ показывает, что объективная сторона ст. 156 УК РФ охватывает самый широкий круг деяний.

Некоторые авторы отмечают, что «для квалификации по ст. 156 УК РФ неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего в сочетании с жестоким обращением с ним должно представлять систему таких дей-

ствий (бездействия)»<sup>1</sup>. Полагаем, что это не совсем точно, так как может быть совершенно и одно деяние, настолько серьезное, чтобы быть признанным жестоким, например, умышленное нанесение ребенку глубоко пореза.

В качестве специальных субъектов преступления могут выступать родители, иные лица, на которые возложены эти обязанности, а равно педагогические или другие работники образовательной, медицинской либо оказывающей социальные услуги организации, которые обязаны осуществлять надзор за несовершеннолетним. Таким образом, их круг шире, чем по ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ. Преступление, предусмотренное ст. 156 УК РФ, совершается только с прямым умыслом, в то время как соответствующее административное правонарушение может быть совершено умышленно или по неосторожности<sup>2</sup>.

Согласно ст. 69 СК РФ, жестокое обращение с ребенком, в том числе физическое или психическое насилие над ним и покушение на его половую неприкосновенность, является основанием лишения родительских прав. Последнее рассматривается как «исключительная мера семейно-правовой ответственности»<sup>3</sup>. Статья 73 СК РФ предусматривает возможность ограничения родительских прав в случае наличия опасности для ребенка, которая может возникнуть вследствие виновного поведения родителей, а также по причинам, от них не зависящим. Пункт 1 ст. 77 СК РФ устанавливает, что при непосредственной угрозе жизни ребенка или его здоровью орган опеки и попечительства вправе в административном порядке немедленно отобрать ребенка у родителей (одного из них) или у других лиц, на попечении которых он находится<sup>4</sup>.

**Характеристика жестокого обращения с ребенком в доктрине и судебной практике.** Применение оценочных понятий в уголовном законе необходимо и неизбежно, поскольку, как отмечал В.Н. Кудрявцев, они создают возможность наилучшего учета специфических обстоятельств дела и социально-политической обстановки<sup>5</sup>. В литературе указывается, что жестокое обращение может выражаться, в частности, в избиении, издевательствах, унижении человеческого достоинства несовершеннолетнего, отказе в питании, ограничении свободы передвижения<sup>6</sup>, запугивании, травле, лишении одежды, сна и отдыха, неоказании медицинской и иной помощи<sup>7</sup>. При этом совершение любого насильственного преступления требует квалификации по совокупности преступлений<sup>8</sup>.

В п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27.05.1998 № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей»<sup>9</sup> разъясняется, что жестокое обращение с детьми может проявляться также в применении недопустимых способов воспитания (в грубом, пренебрежительном, унижающем человеческое достоинство обращении, оскорблении или эксплуата-

<sup>1</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. Т. 1. М., 2015 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2013. С. 394; Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях / Амелин Р.В. и др. // СПС КонсультантПлюс.

<sup>3</sup> Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 339.

<sup>4</sup> Там же. С. 350, 355.

<sup>5</sup> Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М., 1972. С. 134, 137.

<sup>6</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. С. 393–394.

<sup>7</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Есакова. М., 2017. С. 268.

<sup>8</sup> Там же.

<sup>9</sup> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1998. № 7.

ции). Жестокое обращение может состоять и в действиях, побуждающих или принуждающих несовершеннолетних к применению насилия к сверстникам или к самим себе<sup>10</sup>.

Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию ребенка в ряде случаев может само по себе рассматриваться в качестве жестокого обращения «по своему характеру и причиняемым последствиям»<sup>11</sup>. К подобным ситуациям следует подходить особенно внимательно, чтобы правильно разграничить ст. 156 УК РФ и ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ.

В следующих двух примерах из судебной практики обвиняемые согласились с предъявленным обвинением и заявили ходатайство о постановлении приговора без проведения судебного разбирательства. Приговором Ленинского районного суда Республики Крым от 7.12.2016 по делу № 1-322/2016<sup>12</sup> Б. была осуждена по ст. 156 УК РФ. Тем не менее описание объективной стороны правонарушения не позволяет сделать уверенного вывода о жестоком обращении с ребенком. Таковое, по мнению суда, выразилось в грубом нарушении режима дня, непредоставлении полноценного воспитания, ненадлежащем уходе, оставлении ребенка на попечение матери подсудимой. Подсудимая Б. не принимала мер к улучшению материально-бытовых условий: в доме были обнаружены грязь, беспорядок.

Похожие выводы были сделаны тем же судом в приговоре от 8.06. 2016 по делу №1-198/2016<sup>13</sup>. Суд указал, что мать шести детей «самоустранилась от воспитания и содержания малолетних детей, нигде не работала, не заботилась об их полноценном питании и здоровье, не обращалась в больницу по поводу здоровья детей, когда это было необходимо, пренебрегала потребностями детей в чистой одежде и нормальных бытовых условиях проживания, не следила за их гигиеной, систематически оставляла их дома без присмотра на различные периоды времени».

Приведем примеры применения ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ в похожих ситуациях. В решении Октябрьского районного суда Пермского края от 17.02.2016 по делу № 12-10/2016<sup>14</sup> было признано доказанным наличие состава административного правонарушения, которое выразилось в том, что Ф. «употребляла спиртные напитки, дома печь не топтана, отсутствует горячая пища». Решением Первомайского районного суда Пензы от 2.02.2017 по делу № 12-10/2017<sup>15</sup> было установлено, что в квартире, где Ч. проживает с детьми, «не убрано, разбросаны вещи... присутствует неприятный запах». Дети жалуются на голод, в семье постоянно происходят скандалы.

Большое внимание привлекло дело И. Маликовой, которую обвиняли в совершении преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ. Свидетельские показания указывали, что «в квартире было грязно», «в холодильнике не было еды», «сантехника не работала». Ребенок был ограничен в одежде, нарушался график прививок. В итоге подсудимая была оправдана<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. Т. 1 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/CEsEFY9PHVI/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>13</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/P6mg3dbI9Wob/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>14</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/RZFaIBsAgCkX/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>15</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/Ou9gSUzs6QWQ/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>16</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://ruskline.ru/analitika/2011/06/15/tanin\\_prazdnik/](http://ruskline.ru/analitika/2011/06/15/tanin_prazdnik/) (дата обращения: 04.04.2017)

Подобные обстоятельства могут свидетельствовать о жестоком обращении только в определенных ситуациях, а именно, если ребенок постоянно голоден, истощен, беспорядок создает серьезную опасность для его здоровья, либо у него возникло или обострилось заболевание. При этом должна быть установлена причинная связь между указанными фактами и виновным поведением специальных субъектов.

Так, в приговоре Ленинского районного суда Республики Крым от 15.12.2015 по делу № 1-545/2015<sup>17</sup> было указано на помещение ребенка в больницу в связи с истощением и педикулезом, а также на задержку в развитии вследствие отсутствия нормального питания и антисанитарных условий проживания. Приговором Топкинского городского суда Кемеровской области от 29.12.2011 по делу № 11-16/2011<sup>18</sup> С. была осуждена по ст. 156 УК РФ. Суд установил, что она не обеспечивала ребенка пищей, чистой одеждой, предметами личной гигиены, наблюдением у врача-педиатра. В результате у малолетней А. развились анемия, рахит, ОРЗ, недостаток веса, в связи с чем она дважды помещалась в больницу. Также С. применяла к дочери физическую силу.

В то же время возможны ситуации, когда родители сознательно отказываются от прививок и других видов медицинской помощи по различным, в том числе медицинским соображениям. Само по себе это не следует считать ненадлежащим исполнением родительских обязанностей.

*Жестокость и пограничные ситуации.* В американской научной литературе отмечается отсутствие ясных границ, позволяющих однозначно определить, что поведение родителей «настолько плохо», чтобы считаться уголовно наказуемым<sup>19</sup>. Так, согласно ч. 3 § 750.136b гл. 750 Свода законов Мичигана «Уголовный кодекс»<sup>20</sup> жестокое обращение с ребенком (child abuse) второй степени имеет место при наличии одного из трех признаков: а) причинен серьезный физический или психологический вред ребенку бездействием или неосторожным действием; б) субъект со знанием<sup>21</sup> или намеренно совершает действие, которое может причинить такой вред, независимо от наступивших последствий; в) субъект со знанием либо намеренно совершает жестокое (cruel) действие, независимо от наступивших последствий. Наибольшие споры может вызвать последний пункт, т.е. понятие жестокости как таковой. Оно дается в п. «b» ч. 1 рассматриваемого параграфа: жестокое означает безжалостное (brutal), бесчеловечное (inhuman), садистское (sadistic) или мучительное (torment).

По делу *People vs Chivis* (2010)<sup>22</sup> была осуждена мать, которая во время ссоры бросила восьмимесячного ребенка на тротуар с высоты около четырех футов (1,2 м). Ребенок

<sup>17</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/WO0FJ9rVUZZ9/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>18</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/aaEo7UCySQK/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>19</sup> Lee Y. Reasonable Doubt and Moral Elements // *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 2015. Vol. 105. No 1. P. 15.

<sup>20</sup> Michigan Compiled Laws. Chapter 750. Michigan Penal Code. [Электронный ресурс]: // URL: <http://law.justia.com/codes/michigan/2016/chapter-750/statute-act-328-of-1931/division-328-1931-xx/section-750.136b/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>21</sup> Знание — элемент виновности по американскому уголовному праву. О вариантах и корректности перевода терминов, относящихся к вине по американскому уголовному праву см.: Есаков Г.А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб., 2003. С. 301–302.

<sup>22</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://cases.justia.com/michigan/court-of-appeals-unpublished/20101228\\_C294524\\_32\\_294524.OPN.PDF?ts=1396125968](http://cases.justia.com/michigan/court-of-appeals-unpublished/20101228_C294524_32_294524.OPN.PDF?ts=1396125968) (дата обращения: 04.04.2017)

приземлился на ноги, затем упал на колени и на лицо и при этом физически не пострадал. Присяжные признали данное действие жестоким.

В литературе указывается, что в подобных делах нужно учесть высоту, с которой упал ребенок, и обстоятельства его падения (на лицо или на бок). Однако при этом один присяжный может решить, что бросить ребенка на тротуар — жестоко, а другой посчитает, что термин «жестокость» следует применять к более серьезным ситуациям. То есть возникнут разногласия о понятии жестокости, которые объясняются неодинаковым жизненным опытом, профессией, принадлежностью к тому или иному социальному слою, этносу и религии<sup>23</sup>.

Я. Ли пишет, что критика оценочных понятий обычно сводится к тому, что они не дают ясных указаний, как следует себя вести. Однако, по его мнению, такие понятия помогают предостеречь от сомнительных практик (questionable practices), требуют действовать предусмотрительно, учитывать цели закона, задумываться о значении таких терминов, как «жестокость» и т.п.<sup>24</sup>

Полагаем, что данная позиция в корне неверна. Как отмечал А.Э. Жалинский, «цена любого уголовно-правового решения высока, и, в сущности, общество стремится к тому, чтобы уголовного права было столько, сколько это вынуждено обстоятельствами»<sup>25</sup>. Уголовное право должно быть «предсказуемым и допускать защиту от обвинения», его определенность «должна гарантировать возможность его понимания в сложных, пограничных ситуациях его реализации»<sup>26</sup>. Полагаем, что анализ содеянного на основе четких критериев, которые приведены ниже, поможет избежать избыточного применения уголовного закона.

**Жестокое обращение с ребенком и проблема бедности.** Эта проблема тоже чрезвычайно актуальна. В России в 2015 г. численность населения с денежными доходами ниже величины прожиточного минимума, по данным Федеральной службы государственной статистики, составила 19,1 млн. чел., т.е. 13,3% общей численности населения (без учета данных по Республике Крым и г. Севастополю)<sup>27</sup>. Ситуация не улучшилась и в 2016 г.<sup>28</sup>

Когда суд сталкивается с подобной ситуацией, он должен выяснить, по каким причинам семье не хватает денежных средств. Объективные причины невыполнения родительских обязанностей (болезнь, отсутствие рабочих мест, необходимость ухаживать за тяжелобольным близким родственником, потеря кормильца и т.п.) исключают вину субъекта и, как следствие, состав преступления по ст. 156 УК РФ.

Зачастую родители вынуждены посвящать все время работе, не могут уделять ребенку внимания и удовлетворить его потребности. В таких ситуациях целесообразно учесть, насколько обеспечены самые основные потребности ребенка. Важно, чтобы компетентные органы принимали участие в жизни семьи, помогая им справиться с ситуацией, а не занимали обвинительную позицию. Так, П. была привлечена к административной ответственности по ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ, однако Кировский районный суд Санкт-Петербурга отменил соответствующее постановление решением от 22.06.2015 по

<sup>23</sup> Lee Y. Op. cit. P. 20–21.

<sup>24</sup> Ibid. P. 26.

<sup>25</sup> Уголовное право. В 3 т. Т. 1. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М., 2011. С. 36 (автор главы — А.Э. Жалинский).

<sup>26</sup> Жалинский А.Э. Избранные труды: В 4 т. Т. 2. Уголовное право. М., 2015. С. 28.

<sup>27</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat\\_main/rosstat/ru/statistics/population/level/#](http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/level/#) (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>28</sup> Росстат: Число бедных в России осталось на уровне прошлого года. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.rosstat.ru/russia/2016/12/08/1574190.html> (дата обращения: 04.04.2017)

делу № 12-416/2015<sup>29</sup>. П. пояснила, что ее ребенок часто пропускает занятия в школе, в основном по болезни и около 1/3 занятий — без уважительных причин. Вместе с тем П. указала, что воспитывает ребенка одна, много работает и пытается повлиять на поведение сына. Отец лишь иногда помогает им деньгами. Суд подчеркнул, что при таких обстоятельствах «семья нуждается в социальной помощи, а не в привлечении матери к административной ответственности».

В американской литературе указывается, что судьи склонны навязывать свои моральные ценности родителям, которые имеют невысокий уровень образования и заработной платы, полагая, что у них не хватает интеллектуальной и финансовой базы, чтобы действовать в наилучших интересах ребенка. Однако если факт жестокого обращения с ребенком не доказан, претензии государственных органов неправомерны<sup>30</sup>.

**Телесные наказания и жестокость.** Родители вправе и обязаны поддерживать дисциплину при воспитании ребенка, если соответствующие методы не являются жестокими<sup>31</sup>. Большой общественный резонанс вызвала формулировка ст. 116 УК РФ «Побой» в редакции Федерального закона от 3.07.2016 № 323-ФЗ, получившего название «закона о шлепках»<sup>32</sup>. При этом нельзя не отметить искаженное понятие общества об уголовном законе, поскольку побои в отношении близких лиц считались преступлением и до принятия данного закона, хотя и не были текстуально выделены в ст. 116 УК РФ.

В.И. Ломакин и А.Н. Мондохонов приводят примеры уголовных дел, связанных с телесными наказаниями и прекращенных в 2014 г. в связи с примирением сторон, т.е. по нереабилитирующим основаниям. Так, Я. нанесла несколько ударов ремнем 13-летней дочери из-за курения и плохой успеваемости в школе. К. нанесла ладонью удар по лицу 16-летней дочери в связи с тем, что та прогуливала занятия в школе, вела себя неподобающим образом. Обе матери ранее не судимы, работают, заботятся о детях. В обоих случаях уголовное дело было возбуждено по ч. 1 ст. 116 УК РФ<sup>33</sup>.

Федеральным законом от 7.02.2017 №8-ФЗ «О внесении изменения в статью 116 Уголовного кодекса Российской Федерации» побои близких лиц декриминализованы. Но нельзя сказать, что данные действия отныне разрешены, поскольку за них предусмотрена административная ответственность по ст. 6.1.1 КоАП РФ, а при их совершении

<sup>29</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://sudact.ru/regular/doc/drD4txJngDmp/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>30</sup> Funderburk C. Best Interests of the Child Should Not Be an Ambiguous Term // Children`s Legal Rights Journal. 2013. Vol. 33. No 2. P. 259.

<sup>31</sup> Ibid. P. 261. Это подтверждается, в частности, тем, что в нашей стране совершение ребенком правонарушения может стать поводом к возбуждению дела об административном правонарушении по ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ в отношении родителей или законных представителей несовершеннолетнего. См.: Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях / Амелин Р.В. и др. // СПС КонсультантПлюс. При этом следует отметить, что совершение административного правонарушения несовершеннолетним при отсутствии иных обстоятельств, свидетельствующих о ненадлежащем исполнении обязанностей по воспитанию, не должно быть основанием привлечения родителей или иных законных представителей несовершеннолетнего к ответственности по ч. 1 ст. 5.35 КоАП РФ. См., в частности: решение Борисоглебского районного суда Ярославской области от 13.10.2016 по делу № 12-23/2016 [Электронный ресурс]: // URL: <https://rospravosudie.com/court-borisoglebskij-rajonnyj-sud-yaroslavskaya-oblast-s/act-535496083/> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>32</sup> Госдума окончательно отменила принятый полгодом назад «закон о шлепках» [Электронный ресурс]: // URL: <http://vz.ru/society/2017/1/27/855337.html> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>33</sup> Ломакин В.И., Мондохонов А.Н. Уголовные дела частного обвинения как способ повышения раскрываемости преступлений // СПС «Гарант».

лицом, подвергнутым административному наказанию — по ст. 116.1 УК РФ. Побои, в том числе с целью наказания, не эквивалентны жестокому обращению. О последнем может идти речь, если удары наносились систематически, а также если иные факты ненадлежащего исполнения родительских обязанностей сопровождались применением физической силы. Ведь в КоАП РФ и УК РФ речь идет не только о шлепках или ударах с воспитательной целью, но и о иных насильственных действиях, причинивших физическую боль, например, выволакивании ребенка из помещения за руки.

Представляется, что наказание, вызвавшее у ребенка расстройство здоровья, не может считаться правомерным ни при каких обстоятельствах. Возможно ли рассматривать иные наказания как малозначительные деяния? Так, Л. был осужден по ст. 156 УК РФ, так как в наказание за плохое поведение нанес несовершеннолетнему сыну несколько ударов ремнем и отрезком телевизионного кабеля, причинив потерпевшему физическую боль. Определением судебной коллегии по уголовным делам Московского областного суда от 27.09.2011 по делу № 22-6547<sup>34</sup> уголовное дело было прекращено в связи с малозначительностью. Однако данное дело не дает ответа на вопрос о том, допустимы ли телесные наказания. Подобное деяние вполне можно рассматривать как побои.

Статья 19 и п. 2 ст. 28 Конвенции ООН о правах ребенка (1989)<sup>35</sup> прямо не говорят о телесных наказаниях, однако Комитет по правам ребенка рассматривает данную практику как неприемлемую в детских учреждениях и в семье. Об этом говорится в пунктах 20–22 Замечания общего порядка № 8 (2006). При этом Комитет указывает, что «Конвенцию, как и все правозащитные документы, необходимо рассматривать в качестве живого документа, толкование которого со временем развивается»<sup>36</sup>. Совет Европы также добивается искоренения телесных наказаний<sup>37</sup>.

Тем не менее данная проблема продолжает вызывать жаркие дискуссии во многих странах. Применительно к России известный социолог И.С. Кон писал, что наша страна «уже вступила на европейский путь либерализации семейной дисциплины... Однако путь этот долог и противоречив...»<sup>38</sup>. Он отмечал трудности в собирании и сопоставлении эмпирических данных, отражающих применение телесных наказаний, тесную связь проблемы с религиозно-философскими и иными установками родителей и общества<sup>39</sup>.

В этом отношении чрезвычайно интересен опыт США, весьма специфический для развитых стран, поскольку данное государство не ратифицировало Конвенцию о правах ребенка по нескольким важным причинам, в том числе из-за вопроса о телесных на-

<sup>34</sup> Бюллетень судебной практики Московского областного суда за III квартал 2011 г. [Электронный ресурс]: // URL: <http://ourcourt.ru/mosoblsud/2011/12/21/663560.htm> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>35</sup> Одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20.11.1989. Ратифицирована Постановлением Верховного Совета СССР от 13.06.1990 № 1559-1.

<sup>36</sup> General Comment No 8 (2006). CRC/C/GC/8 // [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.refworld.org/docid/460bc7772.html> (дата обращения: 04.04.2017). Перевод на рус. яз.: Комитет по правам ребенка. Замечание общего порядка № 8 (2006). Право ребенка на защиту от телесных наказаний и других жестоких или унижающих достоинство видов наказания (в частности, статья 19; пункт 2 статьи 28 и статья 37) // Вопросы ювальной юстиции. 2013. № 2. С. 21–31.

<sup>37</sup> Рекомендация Парламентской Ассамблеи Совета Европы № 1666 (2004) «Общеввропейский запрет на телесные наказания детей». [Электронный ресурс]: // URL: [http://www.coe.int/t/r/parliamentary\\_assembly/\[Russian\\_documents\]/\[2004\]/%5BJune\\_2004%5D/Rec.-1666-Rus.asp#P4\\_82](http://www.coe.int/t/r/parliamentary_assembly/[Russian_documents]/[2004]/%5BJune_2004%5D/Rec.-1666-Rus.asp#P4_82) (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>38</sup> Кон И.С. Телесные наказания детей в России: Прошлое и настоящее // Историческая психология и социология истории. 2011. Т. 4. № 1. С. 98.

<sup>39</sup> Там же. С. 75–77.

казаниях<sup>40</sup>. Во многих американских штатах телесные наказания разрешены не только в семьях, но и в школах<sup>41</sup>. Отметим, что некоторые американские авторы не согласны с данным подходом, отмечая, что законодательство штатов ссылается лишь на пределы применения родительской силы и не учитывает права ребенка на достоинство личности. Несовершеннолетние, таким образом, остаются единственной социальной категорией, к которой допустимо применять такие меры, что не соответствует современному пониманию прав человека<sup>42</sup>.

В то же время в соответствующих актах прослеживается четкая тенденция к строгому определению пределов применения силы. Так, согласно §609.379 гл. 609 «Уголовный кодекс» Свода законов Миннесоты<sup>43</sup> разумная сила может быть применена к ребенку с целью исправления его поведения или удержания от нанесения вреда самому себе, другому лицу или имуществу. Субъектами применения силы могут быть родители, опекуны, учителя или иные лица, присматривающие за ребенком, а в последнем случае — еще и работники образовательного учреждения.

Часть 2 § 626.556 гл. 626 Свода законов Миннесоты «Должностные лица, уполномоченные в области поддержания правопорядка, обыски, судебное преследование, обязательная отчетность»<sup>44</sup> устанавливает, что жестокое обращение с ребенком не включает в себя применение разумной (reasonable) и умеренной (moderate) физической силы, которая не влечет за собой причинения вреда здоровью (injury). Далее следует открытый перечень действий, которые признаются недопустимыми, в частности: пинки, порезы, тряска ребенка в возрасте до трех лет, действия, нарушающие дыхание, удар ребенка до года в лицо или голову.

Параграф 9A.16.100 разд. 9A Свода законов Вашингтона «Уголовный кодекс»<sup>45</sup> разрешает применение силы к ребенку в целях поддержания дисциплины, если она разумна и умерена. При этом должны быть учтены возраст, физическое развитие и состояние ребенка. Силу вправе применить родитель, опекун или учитель для сдерживания и исправления нежелательного поведения. Неразумными предполагаются, в частности, следующие действия: бросание, пинок, порез, причинение большего вреда, чем переходящая боль и временные отметины на теле.

На первый взгляд может показаться, что данный опыт не следует использовать в России, в которой ратифицирована Конвенция о правах ребенка. Однако он может оказаться полезен по двум причинам:

---

<sup>40</sup> *Титова Т.А.* Конвенция о правах ребенка ООН: Причины отказа США от ратификации. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=158431> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>41</sup> Corporal Punishment of Children in the USA. Report prepared by the Global Initiative to End All Corporal Punishment of Children. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.endcorporalpunishment.org/assets/pdfs/states-reports/USA.pdf> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>42</sup> *Lombardo L., Polonko K.* A Comparative Analysis of the Corporal Punishment of Children: An Exploration of Human Rights and U.S. Law // International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice. 2005. Vol. 29. No 2. P. 181,193.

<sup>43</sup> Minnesota Statutes. Chapter 609. Criminal Code. [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=609.379> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>44</sup> Ibid. Chapter 626. Peace Officers; Pursuit; Mandatory Reporting. [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/statutes/?id=626.556> (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>45</sup> Revised Code of Washington State. Title 9A. Washington State Criminal Code. [Электронный ресурс]: // URL: <http://app.leg.wa.gov/RCW/default.aspx?cite=9A.16.100> (дата обращения: 04.04.2017)

ратификация Конвенции сама по себе не означает, что данная правовая проблема действительно решена, тем более что запрет телесных наказаний вытекает не из текста документа, а из позиции Комитета по правам ребенка. Как Россия, так и другие страны не всегда соглашаются с творческим подходом к толкованию правозащитных документов<sup>46</sup>, и это касается не только защиты прав ребенка<sup>47</sup>;

признание недопустимыми телесных наказаний не предвещает вопроса об уголовной наказуемости соответствующих действий и тем более о том, что они являются жестоким обращением с ребенком в смысле ст. 156 УК РФ и ст. 69 СК РФ.

В связи с этим возможно использовать опыт США при выработке адекватного правового подхода к проблеме телесных наказаний, применимого в переходных период, т.е. до полного их искоренения и замены иными методами воспитательного воздействия. Выделим несколько основных моментов.

Во-первых, применение физической силы к ребенку может быть признано допустимым в определенных ситуациях. При этом необходимо разграничивать действия, направленные на сдерживание ребенка от причинения вреда себе или другим лицам, а также от опасного поведения, и телесные наказания. Первые не могут считаться неправомерными ни по уголовному законодательству, ни по КоАП РФ, ни по СК РФ, за исключением случаев, когда они являются явно несоразмерными угрожающей опасности. Для уточнения понятия несоразмерности можно использовать уже сложившиеся в судебной практике и правовой доктрине конструкции.

Во-вторых, телесные наказания с правовой точки зрения являются нежелательными. Тем не менее умеренное применение силы в воспитательных целях может быть признано судом малозначительным деянием при условии, что субъектом деяния являются родители или лица, их заменяющие. Это касается как уголовной, так и административной ответственности. Следует учесть опыт США о недопустимости, в частности, таких деяний, как нанесение порезов, ожогов, тряски ребенка в возрасте до трех лет, действий, нарушающих дыхание несовершеннолетнего, ударов в лицо и по голове ребенка, не достигшего одного года.

В-третьих, умеренные телесные наказания, не вызвавшие расстройства здоровья, сами по себе не свидетельствуют о наличии состава преступления, предусмотренного ст. 156 УК РФ.

**Схема анализа деяния, предусмотренного ст. 156 УК РФ.** Представляется, что приведенная схема позволит приблизиться к решению рассмотренных в статье проблем. Правоприменителю следует установить в числе прочих следующие обстоятельства:

1. Интенсивность содеянного, которая позволила бы говорить о жестоком обращении с ребенком. Это относится как к неисполнению либо ненадлежащему исполнению

<sup>46</sup> Это можно иллюстрировать, в частности, критическим отношением России к рекомендации Комитета по правам ребенка об отмене запрета на пропаганду гомосексуальности среди несовершеннолетних. См.: Комитет по правам ребенка ООН «рекомендует» России отменить запрет пропаганды гомосексуализма среди детей // URL: <http://www.familypolicy.ru/read/1887> (дата обращения: 04.04.2017); Concluding Observations on the Combined Fourth and Fifth Periodic Reports of the Russian Federation, 31.01.2014. [Электронный ресурс]: // URL: [http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/RUS/CRC\\_C\\_RUS\\_CO\\_4-5\\_16305\\_E.pdf](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/RUS/CRC_C_RUS_CO_4-5_16305_E.pdf) (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>47</sup> Так, Россия и Великобритания не восприняли позицию Европейского суда по правам человека о недопустимости абсолютного запрета на участие осужденных в выборах. См.: Будылин С. Дело о правах заключенных и обходе международных норм, или Как правильно нарушить конвенцию. [Электронный ресурс]: // URL: [https://zakon.ru/blog/2016/5/31/delo\\_o\\_pravah\\_zaklyuchennyh\\_i\\_obhode\\_mezhdunarodnyh\\_norm\\_ili\\_kak\\_pravilno\\_narushit\\_konvenciyu](https://zakon.ru/blog/2016/5/31/delo_o_pravah_zaklyuchennyh_i_obhode_mezhdunarodnyh_norm_ili_kak_pravilno_narushit_konvenciyu) (дата обращения: 04.04.2017)

обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего, так и к иным обстоятельствам, в том числе наказаниям (телесным или иным).

Понятие интенсивности известно уголовному праву. Так, С.В. Бородин рассматривал интенсивность действий виновного как один из признаков, позволяющий ограничить убийство от иных преступлений. При этом он придавал интенсивности как качественную, так и количественную характеристику<sup>48</sup>. В случае жестокого обращения интенсивность также может выражаться как в систематичности содеянного (например, постоянном оставлении без пищи, без одежды, соответствующей сезону, без присмотра, что ставит жизнь и здоровье ребенка под угрозу), так и в серьезности совершенного деяния (например, удушение или нанесение ожога либо пореза в качестве «наказания»).

2. Последствия для физического и психического здоровья ребенка либо угроза их наступления, находящиеся в причинной связи с виновным поведением родителей,

Это утверждение верно, несмотря на то, что состав преступления по ст. 156 УК РФ является формальным. Как указывал А.Э. Жалинский, любое преступление влечет за собой вредные для охраняемых объектов изменения во внешнем мире, однако в ряде случаев последствия как бы «слиты» с деянием<sup>49</sup>. В иных ситуациях возможна квалификация по совокупности преступлений.

3. Наличие вины в форме умысла на жестокое обращение с ребенком. Отсутствие надлежащих жилищно-бытовых условий, продуктов питания, тепла и света по объективным причинам (болезнь родителя или члена семьи, отсутствие работы, низкая заработная плата) может служить основанием для применения мер, направленных на защиту ребенка, но никак не для привлечения к ответственности (уголовной или административной).

Следует учитывать, что обвинительный приговор по ст. 156 УК РФ и даже прекращение уголовного дела по не реабилитирующим основаниям имеют не только уголовно-правовые последствия, но могут сказаться самым негативным образом на дальнейшей жизни семьи. Именно поэтому уровень уголовной репрессии, особенно в такой чувствительной сфере, как семейная жизнь, должен быть снижен до необходимого минимума. Этому будет способствовать отказ от применения уголовного закона в спорных ситуациях, а также грамотная аргументация правоприменительных решений даже при согласии обвиняемого с предъявленным обвинением, что позволит недвусмысленно установить наличие или отсутствие состава преступления по ст. 156 УК РФ. Последнее необходимо, поскольку складывающаяся судебная и следственная практика, особенно при наличии оценочного признака, являются ориентиром для правоприменителя, свидетельствующим о возможной уголовно-правовой оценке соответствующего деяния. Последовательная практика также служит сигналом для граждан о допустимости или недопустимости того или иного варианта поведения.



## Библиография

Бородин С.В. Преступления против жизни. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 467 с.

Есаков Г.А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. 553 с.

Жалинский А.Э. Избранные труды: В 4 т. Т. 2. Уголовное право / сост. К.А. Барышева, О.Л. Дубовик, И.И. Нагорная, А.А. Попов. Отв. ред. О.Л. Дубовик. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2015. 591 с.

<sup>48</sup> Бородин С.В. Преступления против жизни. СПб., 2003. С. 379.

<sup>49</sup> Уголовное право В 3 т. Т. 1 / под общ. ред. А.Э. Жалинского. С. 396–397.

Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях / А-мин Р.В. и др. // СПС КонсультантПлюс.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации: в 2 т. Т. 1 / под ред. А.В. Бриллиантова. М.: Проспект, 2015 // СПС КонсультантПлюс.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Есакова. М.: Проспект, 2017. 736 с.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В.М. Лебедев. М.: Юрайт, 2013. 1069 с.

Кон И.С. Телесные наказания детей в России: Прошлое и настоящее // Историческая психология и социология истории. 2011. Т. 4. № 1. С. 76–101.

Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. М.: Юридическая литература, 1972. 352 с.

Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М.: Норма, 2004. 688 с.

Титова Т.А. Конвенция о правах ребенка ООН: Причины отказа США от ратификации. URL: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=158431> (дата обращения: 04.04.2017).

Уголовное право: Учебник. В 3 т. Т. 1. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. 864 с.

Funderburk C. Best Interests of the Child Should Not Be an Ambiguous Term // *Children's Legal Rights Journal*. 2013. Vol. 33. No 2. P. 229–266.

Lee Y. Reasonable Doubt and Moral Elements // *The Journal of Criminal Law and Criminology*. 2015. Vol. 105. No 1. P. 1–37.

Lombardo L., Polonko K. A Comparative Analysis of the Corporal Punishment of Children: An Exploration of Human Rights and U.S. Law // *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*. 2005. Vol. 29. No 2. P. 173–200.

---

## Child Abuse as Estimating Concept of Criminal Law



**Irina Nagornaya**

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: [irnag@yandex.ru](mailto:irnag@yandex.ru)



### Abstract

The paper studies the abusive treatment with minors as a moral element of the crime under Article 156 of the Russian Criminal Code, relevant doctrinal positions and jurisprudence. The problem of delimitation of this crime from the administrative offense of improper performance of obligations for the maintenance, upbringing, training, protection of the rights and interests of minors is analyzed (Part 1, Article 5.35 of the Code of the Russian Federation on Administrative Offenses). It is considered the correlation between poor living standards and child abuse. It is noted that the existence of objective reasons that do not allow improving living conditions and meet the needs of the child excludes the guilt of parents or other persons. It is studied doctrinal positions concerning the certainty of the criminal law and the possibility of its application in disputable situation for the purposes of Article 156 of the Russian Criminal Code. The problem of corporal punishment in connection with the international obligations assumed by Russia is considered. The experience of the USA on this problem is analyzed. It is formulated recommendations on the criminal law assessment of the use of physical force against a child to keep him from causing harm to himself or other persons or for the purpose of punishment. The question of the low significance of an act is studied. It is emphasized that moderate corporal punishment does not constitute the crime under Article 156 of the Russian Criminal Code. In conclusion, it is proposed the scheme for the analysis of an act containing the elements of the offense under Article 156 of the Russian Criminal Code. This scheme indicates the need to take into account, in particular, the intensiveness of an act and its consequences for the child's physical and mental health or the threat of their occurrence, which are causally related to the guilty behavior. It is emphasized that the

intensiveness can be expressed both quantitatively (systematic deprivation of food or supervision), and qualitatively (a deep cut for the purpose of punishment). It is necessary to make right argument in the court decision, even in the case of plea deal.



## Keywords

child abuse; upbringing of minors; corporal punishment; beatings; poverty; criminal liability.

Citation: Nagornaya I.I. (2017) Child Abuse as Estimating Concept of Criminal Law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 142–154 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.142.154



## References

Amelin R.V. et al. (2011) *Kommentariy k Kodeksu Rossiyskoy Federatsii ob administrativnykh pravonarusheniyyakh* [Commentaries to the Code on Administrative Offences]. SPS Konsul'tantPlyus.

Borodin S.V. (2003) *Prestupleniya protiv zhizni* [Crimes against Life]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr press, 467 p. (in Russian)

Brilliantov A.V. (ed.) (2015) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii*. [Commentaries to Russian Criminal Code] / SPS Konsul'tantPlyus.

Esakov G.A. (2003) *Mens rea v ugovnom prave SShA: istoriko-pravovoe issledovanie* [Mens rea in US Criminal Law. Historical and Legal Research]. Saint Petersburg: Yuridicheskiy tsentr Press, 553 p. (in Russian)

Esakov G.A. et al. (2017) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Comments to Russian Criminal Code]. Moscow: Prospekt, 736 p. (in Russian)

Funderburk C. (2013) Best Interests of the Child Should Not Be an Ambiguous Term. *Children's Legal Rights Journal*, vol. 33, no. 2, pp. 229–266.

Kon I.S. (2011) Telesnye nakazaniya detey v Rossii: Proshloe i nastoyashchee [Corporal Punishment of Children in Russia: Past and Present] *Istoricheskaya psikhologiya i sotsiologiya istorii*, no. 1, pp. 76–101.

Kudryavtsev V.N. (1972) *Obshchaya teoriya kvalifikatsii prestupleniy* [Theory of Qualification of Crimes]. Moscow: Yuridicheskaya literatura, 352 p. (in Russian)

Lebedev V.M. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Comments to Russian Criminal Code]. Moscow: Yurayt, 1069 p. (in Russian)

Lee Y. (2015) Reasonable Doubt and Moral Elements. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 105, no. 1, pp. 1–37.

Lombardo L., Polonko K. (2005) A Comparative Analysis of the Corporal Punishment of Children: An Exploration of Human Rights and U.S. Law. *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, vol. 29, no. 2, pp. 173–200.

Pchelintseva L.M. (2004) *Semeynoe pravo Rossii* [Family Law of Russia]. Moscow: Norma, 688 p. (in Russian)

Titova T.A. (2015) *Konventsiya o pravakh rebenka OON: Prichiny otkaza SShA ot ratifikatsii* [UN Convention on Child's Rights: Causes of Refusal to Ratify by the US]. Available at: <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=158431> (accessed: 04.04.2017)

Zhalinskiy A.E. (2011) *Ugolovnoe pravo. Obshchaya chast'* [Criminal Law. General Part]. Moscow: Gorodets, 864 p. (in Russian)

Zhalinskiy A.E. (2015) *Izbrannye trudy: T. 2. Ugolovnoe pravo* [Selected Works. Vol. 2. Criminal Law]. Moscow: HSE, 591 p. (in Russian)

# Алгоритмизация и программирование расследования преступлений в системе криминалистической методики

---



**А.С. Шаталов**

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

---



## Аннотация

В статье рассматриваются вопросы повышения эффективности методик расследования преступлений, отдельных видов и групп таких методик. Автор доказывает, что разрабатываемые в рамках криминалистической методики как раздела криминалистики научные положения и практические рекомендации пока не имеют всего необходимого для их применения в деле защиты прав и законных интересов потерпевших, а также личности от незаконного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод. Автор считает, что положения и рекомендации такого рода непременно должны содержать типовые аргументы для принятия промежуточных и итоговых решений по уголовным делам, представлять собой постоянно пополняемый комплекс криминалистических алгоритмов и программ, из которых будет формироваться оптимальная технология досудебного и судебного производства по уголовным делам. Их предлагается сделать объектом постоянного интереса дознавателей, следователей, прокуроров, адвокатов, судей и обязательной составляющей набора профессиональных компетенций юриста. С их помощью должна осуществляться разработка универсальных криминалистических рекомендаций нового поколения, специально предназначенных для управления следственными ситуациями при расследовании преступлений. Эффективная переработка криминалистически значимой информации при раскрытии и расследовании преступлений в равной мере необходима и следователю, и работнику органа дознания, и эксперту, и специалисту. Наряду с индивидуальными особенностями их деятельность несет в себе характерные черты самого общего порядка. Они решают практически одни и те же задачи, совершают одни и те же действия, имеющие, как правило, комплексный характер, а, значит, и сходство. На основе изучения закономерностей их деятельности и обобщения передового опыта можно выделить оптимальную последовательность действий этих субъектов в типичных следственных ситуациях с тем, чтобы изложить ее для дальнейшего использования в виде криминалистических алгоритмов и программ расследования.

---



## Ключевые слова

криминалистика, криминалистическая алгоритмизация, криминалистическая методика, программирование расследования преступлений, частные криминалистические теории, *modus operandi*, криминалистические рекомендации.

---

Библиографическое описание: Шаталов А.С. Алгоритмизация и программирование расследования преступлений в системе криминалистической методики // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 155–172.

JEL: K49; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.155.172

Пережив расцвет во второй половине XX века, отечественная криминалистика, как и многие другие юридические науки, сейчас пребывает в кризисном состоянии, превратившись в арену лингвистических споров своих последователей. Несмотря на их усилия, она не отвечает в полной мере изменившимся потребностям следственной и судебной практики. Многие ее разработки теряют популярность не только у практиков, но и у будущих юристов. В то же время криминалистика как система столетиями копившихся знаний, методов и средств содержит предпосылки для их оптимизации, и, более того, обосновывает ее неизбежность.

Несмотря на очевидные трудности, потенциал криминалистики столь велик, что позволяет решать проблемы, связанные с обновлением не только ее частных теорий, отраслей, но и разделов в целом. Более других в этом нуждается криминалистическая методика, которую в литературе принято характеризовать в качестве системы научных положений и принципов наиболее рационального и эффективного использования процессуальных средств, приемов и рекомендаций в специфических условиях расследования преступлений определенного вида или группы с целью объективного, всестороннего и полного выяснения обстоятельств их подготовки и совершения<sup>1</sup>. В нынешнем виде она является малоэффективной теоретической системой, лишенной свойств массовости, детерминированности и результативности. Этот вывод был сделан и обоснован нами еще в конце прошлого столетия. И тогда, и сейчас главная причина такого положения видится в невозможности использования субъектами расследования полезной информации, содержащейся в криминалистических рекомендациях. Многие недостатки в деятельности следователей и дознавателей связаны с ошибками при решении отнюдь не самых трудных задач предварительного расследования. Одновременного применения накопленного наукой знания и их профессионального опыта часто не происходит вообще. Положение усугубляется тем, что их понятия о структуре и содержании практически любой частной криминалистической методики базируются на противоречиях между общими теоретическими и частными практическими интересами, возникающими при расследовании уголовного дела. Между тем современные возможности преобразования криминалистически значимой информации позволяют заблаговременно находить возможные конструктивные решения самых разных задач, возникающих не только в процессе раскрытия, расследования преступлений, но и судебного рассмотрения уголовных дел.

Воззрения, бытующие в среде научных и практических работников относительно прикладной направленности частных криминалистических методик, различны, зачастую далеки от тех, которые должны иметь место в действительности. Для устранения барьеров на пути проникновения теоретических разработок криминалистов в следственную практику нужно изменить устоявшиеся понятия сотрудников органов следствия и дознания о месте и роли криминалистической методики в их деятельности. Ее нельзя рассматривать в качестве одного из разделов науки и отождествлять с комплексом научных рекомендаций, имеющих сугубо теоретическое значение. Концепция совершенствования методики расследования преступлений должна учитывать явления, порождаемые этими противоречиями, принимая во внимание изменяющуюся правовую ситуацию и возрастающие потребности практики. Нам она видится в контексте криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений, исходные положения которой в криминалистике уже содержатся, но пока в неза-

<sup>1</sup> См. напр.: *Эксархопуло А.А.* Криминалистика. СПб., 2009. С. 668; *Криминалистика / под ред. Л.Я. Драпкина. М., 2013.* 831 с.; *Криминалистика / под ред. А.Г. Филиппова. М., 2014.* 855 с.; *Ищенко Е.П.* Криминалистика в вопросах и ответах. М., 2014. С. 226; и др.

конченном виде. Как и многие другие разработки криминалистов, они нуждаются в пересмотре, уточнении, признании в качестве таковых или же в формулировании заново.

Являясь составной частью криминалистики, криминалистическая методика взаимосвязана с криминалистической техникой и криминалистической тактикой. История ее возникновения и развития обстоятельно изложена в трудах Р.С. Белкина<sup>2</sup>. Сам же термин «криминалистическая методика» был введен в научный оборот В.И. Громовым в 1929 г., но для обозначения заключительного раздела науки стал использоваться значительно позже.

Становление криминалистической методики в качестве самостоятельного раздела криминалистики тесно связано с именем выдающегося советского криминалиста И.Н. Якимова. Именно ему удалось впервые создать типовую схему расследования, которая состояла из действий «по установлению вещественного состава преступления», «по собиранию и оценке улик», «по выявлению личности предполагаемого виновника преступления» и др.<sup>3</sup>

В первом советском учебнике криминалистики 1935–1936 гг. для обозначения криминалистической методики использовался термин «частная методика»<sup>4</sup>. В нем она была отнесена к особенной части криминалистики<sup>5</sup>. Через несколько лет появилось ее первое научное определение, авторами которого были С.А. Голунский и Б.М. Шавер. В совместной работе они писали: «... часть науки криминалистики, обобщающая опыт расследования отдельных видов преступлений, определяющая соответственно специфическим особенностям данной категории дел наиболее целесообразные приемы и методы их расследования, называется методикой расследования отдельных видов преступлений. Являясь составной частью науки криминалистики, методика расследования отдельных видов преступлений, или, как ее принято называть, частная методика, разрабатывает вопросы применения технических и тактических приемов при расследовании отдельных видов преступлений. Методика расследования отдельных видов преступлений, таким образом, есть особенная часть криминалистики»<sup>6</sup>. В предложенном ими определении впервые была выделена совокупность общих положений, присущих разрозненным методикам расследования. Охарактеризовав их структурные части, они полагали, что эти общие положения и являются предметом частной методики. Значительно позже Б.М. Шавер (уже без С.А. Голунского) назовет эти положения «основными», куда входят понятие самой методики и характеристика структурных частей отдельных методик<sup>7</sup>.

Один из наиболее обстоятельных исследователей теоретических основ криминалистической методики А.Н. Колесниченко увидел в ней систему средств расследования преступлений, предложив считать ее содержанием не только частные методики, но и общие положения. К ним он отнес общую криминалистическую характеристику данного вида преступлений, обстоятельства, подлежащие расследованию, производство первоначальных следственных действий, особенности построения следственных версий,

<sup>2</sup> Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т.1. М., 1977. С. 211–214; Он же. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории — к практике. М., 1998. Гл. 8–11; Он же. Криминалистическая энциклопедия. М., 1997. С. 103 и др.

<sup>3</sup> Якимов И.Н. Криминалистика. М., 1925. С. 336; Он же. Криминалистика М., 1929. С. 167.

<sup>4</sup> Криминалистика. Кн. 1. М., 1935. С. 7.

<sup>5</sup> Криминалистика. Кн. 2. Методика расследования отдельных видов преступлений. М., 1936.

<sup>6</sup> Голунский С.А., Шавер Б.М. Криминалистика. Методика расследования отдельных видов преступлений. М., 1939. С. 3–4.

<sup>7</sup> Шавер Б.М. Криминалистика. Ч. 2. М., 1952.

производство последующих действий следователя и его деятельность по предупреждению преступлений данного вида<sup>8</sup>.

Дискутируя с А.Н. Колесниченко, криминалисты стали предлагать варианты иной (не двухчленной) структуры криминалистической методики, но большинством они так и не были восприняты. Приведение в систему рекомендаций криминалистической техники и криминалистической тактики, разработка на их основе методических рекомендаций, по меткому выражению В.Г. Танасевича, означали «возникновение качественно новой системы целостного инструментария по раскрытию преступлений»<sup>9</sup>. Усилиями криминалистов в общие положения криминалистической методики были также включены ее правовые основы и общие принципы (в том числе взаимодействия, использования помощи общественности и специалистов<sup>10</sup>, проведения организационных мероприятий<sup>11</sup> и др.). В их трудах подчеркивалось, что появление новых составов преступлений вызовет необходимость разработки новых методик расследования<sup>12</sup>. Мысль эта не теряет актуальности и сейчас, в условиях регулярного внесения изменений и дополнений в Особенную часть действующего уголовного закона.

С течением времени среди отличительных признаков частных методик криминалисты все чаще стали упоминать их программный характер. Само понятие «частная методика» нередко интерпретировалось как «программа практической работы», «программа, осуществляемая комплексами познавательных средств», «программа, носящая целенаправленный характер», «программа, содержащая определенную последовательность действий» и т.п.<sup>13</sup> Дальнейшее изучение проблем криминалистической методики сопровождалось появлением ряда научных статей, в которых излагались различные точки зрения на ее содержание и сущность. Например, Н.А. Селиванов писал, что по сути она не что иное как «обусловленная предметом доказывания система взаимосвязанных и взаимообусловленных следственных действий, осуществляемых в наилучшей последовательности для установления всех необходимых обстоятельств дела, и доказывания на основе планирования и следственных версий, с учетом типичных способов совершения преступлений данного вида и характерных для их расследования особенностей применения тактических приемов и научно-технических средств»<sup>14</sup>. Н.Л. Гранат методикой расследования преступлений предлагала считать «наиболее целесообразно организованную систему тактических, технических, оперативно-розыскных и организационных приемов и средств, рекомендуемых криминалистикой для раскрытия, расследования

<sup>8</sup> Колесниченко А.Н. Научные и правовые основы расследования отдельных видов преступлений: автореф. дис. ... д. ю. н. Харьков, 1967. С. 9–10.

<sup>9</sup> Танасевич В.Г. Теоретические основы методики расследования преступлений. Тезисы доклада. М., 1975. С. 6.

<sup>10</sup> Зуйков Г.Г. Понятие, сущность и общие положения методики расследования отдельных видов преступлений / Криминалистика. Т. 2. М., 1970. С. 241–252.

<sup>11</sup> Колесниченко А.Н. Актуальные проблемы методики расследования преступлений / Вопросы государства и права. М., 1970. С. 333.

<sup>12</sup> См. напр.: Готов О.М. Некоторые проблемы предварительного следствия в связи с научно-технической революцией / 50 лет советской прокуратуры и проблемы совершенствования предварительного следствия. Л., 1972. С. 8–9.

<sup>13</sup> См. напр.: Корноухов В.Е., Богданов В.М., Закатов А.А. Основы общей теории криминалистики. Красноярск, 1993. С. 108.

<sup>14</sup> Селиванов Н.А. Сущность методики расследования, и ее принципы // Социалистическая законность. 1976. № 5. С. 61.

и предупреждения преступлений»<sup>15</sup>. В развитие своих взглядов по этой проблематике В.Г. Танасевич писал, что криминалистическая методика — это «система совокупности рекомендуемых в целях раскрытия и предупреждения преступлений методов, приемов по последовательному исследованию обстоятельств совершения преступлений и избличению лиц, их совершивших, опирающаяся на разработанные криминалистикой общетеоретические положения, научно-технические средства и криминалистическую тактику»<sup>16</sup>. По мнению И.Ф. Крылова, криминалистической методикой следовало считать «совокупность (систему) научных положений, технических средств, тактических приемов и методических рекомендаций (правил), применяемых при расследовании, раскрытии и предупреждении отдельных видов преступлений с учетом особенностей каждого из них и строгого соблюдения требований законности»<sup>17</sup>.

Наиболее полно сущность научных положений, являющихся основой разработки методических рекомендаций криминалистики, в период этой дискуссии раскрывалась И.А. Возгриным, который писал, что криминалистическая методика «изучает закономерности организации и осуществления раскрытия, расследования и предотвращения отдельных видов преступлений в целях выработки, в строгом соответствии с требованиями законности, научно обоснованных рекомендаций, по наиболее эффективному проведению следствия»<sup>18</sup>. Солидарность с этой точкой зрения выражал Р.С. Белкин. Оставив за рамками определения криминалистической методикой перечисление групп объективных закономерностей, он предложил понимать ее как «систему научных положений и разрабатываемых на их основе рекомендаций по организации расследования и предотвращения отдельных видов преступлений»<sup>19</sup>. Простота и понятность этого определения решающим образом сказалась на том, что сейчас в различной интерпретации оно является наиболее распространенным в учебной литературе. Основываясь на нем, Р.С. Белкин предложил понимать частную криминалистическую методикой как «типизированную систему методических (научно-практических) рекомендаций по организации и осуществлению расследования и предотвращения отдельного вида преступлений»<sup>20</sup>.

Однако наиболее острая дискуссия в криминалистической литературе велась и ведется в отношении структурных элементов криминалистической методикой вообще, и ее общих положений в частности. Не перечисляя многочисленных позиций по этому вопросу, отметим лишь, что в учебном курсе криминалистики они обычно представлены учением о предмете, системе и принципах методикой расследования отдельных видов преступлений, учением о криминалистической характеристике преступлений, учением о следственной ситуации и структуре частной методикой расследования, а также некоторыми другими теориями и учениями. Несмотря на очевидный прогресс в формировании и развитии научных основ криминалистической методикой, криминалисты и сейчас не решаются оценивать систему ее общих положений как окончательно сформирован-

<sup>15</sup> Гранат Н.Л. Первоначальные следственные действия и их роль в методике расследования / Методика расследования преступлений. М., 1976. С. 80.

<sup>16</sup> Танасевич В.Г. Теоретические основы методикой расследования преступлений // Советское государство и право. 1976. № 6. С. 92.

<sup>17</sup> Криминалистика. Л., 1976. С. 436.

<sup>18</sup> Возгрин И.А. Общие положения методикой расследования отдельных видов преступлений. Л., 1976. С.29.

<sup>19</sup> Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т.1. С. 211.

<sup>20</sup> Там же. С. 179.

шуются<sup>21</sup>. Полагаем, что приняв во внимание устоявшиеся научные воззрения и с учетом общих тенденций развития науки в целом, ее следует дополнить учением о криминалистической алгоритмизации и программировании расследования преступлений. Появление нового структурного элемента в общих положениях криминалистической методики закономерно повлечет конкретизацию структуры самих частных криминалистических методик. Соответственно их новым элементом будут являться криминалистические алгоритмы и программы расследования преступлений определенного вида (группы), адресованные наукой, прежде всего, следователям и дознавателям, для того, чтобы они могли эффективно управлять складывающимися следственными ситуациями.

Представив читателю этот исторический экскурс, мы стремились показать, что решение проблем криминалистической методики в теории науки происходило довольно сложно. Дискуссия о ее структуре, классификациях, других важных сторонах продолжается и сейчас<sup>22</sup>. Вместе с тем остается незыблемым то, что сами частные криминалистические методики имеют комплексный характер, отражая типичное для расследования преступлений определенного вида. Основанием комплексности служит характер задач, решаемых в процессе расследования, необходимость систематизации действий, предпринимаемых для их решения, участие (кроме следователя и дознавателя) в выявлении, раскрытии, расследовании и предотвращении преступлений, прокуроров, сотрудников органов дознания, экспертов, специалистов, а также связи и зависимости между содержащимися в них практическими рекомендациями.

Такую точку зрения некогда отстаивали в своих работах многие криминалисты<sup>23</sup>. Соглашаясь с ней, И.А. Возгрин сделал правильное уточнение, что методики должны содержать рекомендации, относящиеся не ко всем, а только к конкретным видам преступлений, именно поэтому они характеризуются не как всеобщие, а как частные, представляя собой «системы научно обоснованных рекомендаций по организации и осуществлению раскрытия, расследования и предотвращения отдельных видов преступлений»<sup>24</sup>. Так среди криминалистов сформировалось мнение о том, что содержанием частных методик является совокупность криминалистических знаний, изложенных в виде описания «условий и порядка расследования отдельных видов преступлений»<sup>25</sup>, имеющих высокую степень теоретической обоснованности и отражающих специфику их расследования<sup>26</sup>. Со-

<sup>21</sup> См. напр.: Чурилов С.Н. Криминалистическая методика. История и современность. М., 2002. 370 с.; Эксархонуло А.А. Предмет и система криминалистики. Проблемы развития на рубеже XX–XXI вв. СПб., 2004. 112 с.; Шмонин А.В. Методика расследования преступлений. М., 2006. 464 с.; Корноухов В.Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы. М., 2010. 223 с.; Енгибарян В.Г. Расследование массовых беспорядков: теоретические, организационные и методико-криминалистические основы: дис ... д. ю. н. М., 2015. 422 с.; и др.

<sup>22</sup> См. напр.: Гармаев Ю.П. Теоретические основы формирования криминалистических методик расследования преступлений. Иркутск, 2003. 342 с.; Яблоков Н.П., Головин А.Ю. Криминалистика: природа, система, методологические основы. М., 2011. 288 с.; Можалева И.П. Концепция криминалистического учения об организации расследования преступлений. М., 2014. 256 с.; и др.

<sup>23</sup> См. напр.: Лузгин И.М. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений / Криминалистика / под ред. Б.А. Викторова и Р.С. Белкина. М., 1976. С. 377; Белкин Р.С. Курс советской криминалистики. Т.3. М., 1979. С. 180; и др.

<sup>24</sup> Возгрин И.А. Научные основы криминалистической методики расследования преступлений. Ч. 4. СПб., 1993. С. 6.

<sup>25</sup> Там же. С. 7.

<sup>26</sup> Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступления. Харьков, 1965. С. 34.

ответственно, основной задачей частных методик стало выступать раскрытие и научное обоснование такой специфики применительно к отдельным видам преступлений<sup>27</sup>.

Такое содержание частных методик логично вытекает из понимания криминалистической методики как заключительного раздела криминалистики, изучающего по существу конкретные вопросы организации расследования конкретных преступлений. Предостерегая от ошибок их восприятия, криминалисты правильно подчеркивали, что частные методики — это не готовые рецепты на все случаи жизни. Они не дают и не могут давать конкретного указания по организации расследования каждого преступления. В них содержатся только общие советы, отражающие особенности организационной и исполнительской деятельности при расследовании какого-то вида (разновидности) преступлений<sup>28</sup>. Такая постановка вопроса означала, что рекомендации, образующие содержание частных методик, не носят обязательного характера для субъектов расследования и не призваны сковывать творческие начала их профессиональной деятельности.

Развитие теоретических положений криминалистической методики как раздела криминалистики сопровождалось поиском оптимальной структуры частных методик расследования. Первые попытки ее унификации долгое время не могли увенчаться успехом. Как следствие, в работах криминалистов использовались преимущественно однотипные элементы частных методик. Это свидетельствовало о сложности рассматриваемой проблемы. Постепенно их структура стала обретать все более определенные формы.

Ряд принципиальных положений для построения частных методик указал в одной из работ В.Г. Танасевич. По этому поводу он писал, что наиболее важное значение для осуществления расследования имеют: уголовно-правовое понятие состава преступления; криминалистическая характеристика преступления; типичные обстоятельства, подлежащие выяснению; деление процесса раскрытия преступления на этапы; вопросы организации раскрытия и расследования преступлений; вопросы научной организации труда следователя; планирование деятельности по раскрытию и расследованию преступлений; вопросы взаимодействия следователя с органами дознания; вопросы использования специальных познаний при расследовании преступлений; вопросы предупреждения преступлений и некоторые другие<sup>29</sup>.

Оригинальный вариант решения вопроса предложил Р.С. Белкин, утверждая, что структурными элементами частных методик расследования преступлений являются криминалистическая характеристика преступлений; определение направления и особенности планирования расследования; описание первоначальных следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий; изложение типичного круга и особенностей последующих следственных действий в их сочетании с осуществляемыми на этом этапе расследования оперативно-розыскными мероприятиями<sup>30</sup>.

Наиболее приемлемым для решения рассматриваемой проблемы представляется дифференцированный подход некогда предложенный И.А. Возгриным. Рассматривая содержание частных методик, он пришел к важному выводу о том, что их видовое мно-

<sup>27</sup> Пантелеев И.Ф. Методика расследования преступлений. М., 1975. С. 4.

<sup>28</sup> См. напр.: Возгрин И.А. Указ. соч. С. 8.

<sup>29</sup> Танасевич В.Г. Проблемы методики раскрытия и расследования преступлений / Советская криминалистика: теоретические проблемы. М., 1978. С. 180–190.

<sup>30</sup> Белкин Р.С. Указ. соч. Т.3. С. 176–214.

гообразии порождает многообразие их структур<sup>31</sup>. Исходя из этого, он считал, что более правильным является поиск не единой типовой структуры частных методик, а типовых структур нескольких групп частных методик, поскольку «при решении данной проблемы целесообразно применять дифференцированный подход к определению внутренней организации методик расследования преступлений»<sup>32</sup>. Им же было предложено отдельное рассмотрение структуры типичных и особенных методик.

В типичные методики расследования в качестве основных элементов им были включены: криминалистическая характеристика преступления; программы (алгоритмы) расследования преступления; описание особенностей подготовки и проведения наиболее характерных для расследования данного вида преступления следственных действий; описание особенностей подготовки и проведения предупредительной деятельности следователей при расследовании данного вида преступления. Особенности методик, по его мнению, в силу своего разнообразия не имеют общей структуры и нередко состоят из тех же основных элементов, что и типичные методики расследования преступлений, но с иным содержанием<sup>33</sup>. Таковыми могут являться методики расследования преступлений с участием несовершеннолетних, совершенных организованными преступными группами и др.

На ход научной дискуссии о структуре частных криминалистических методик определенное влияние оказало стремление криминалистов к периодизации процесса расследования. Сейчас его принято делить на отдельные этапы, представляющие собой, взаимосвязанную систему действий, объединенных единством задач и условиями расследования. На сегодняшний день в криминалистике разработано множество рекомендаций по определению круга, последовательности, тактики производства следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий при расследовании преступлений. Абсолютное большинство из них предназначено для организации начального, реже последующего и изредка заключительного этапа расследования.

Многообразие частных криминалистических методик, неоднозначная трактовка их содержания закономерно породили необходимость их научной классификации по различным основаниям. Например, И.М. Лузгин предложил разделить все частные методики расследования преступлений на четыре группы: по признакам криминалистических ситуаций; по признакам уголовно-правовой характеристики деяний; совершаемых в определенных условиях (крупных городах, сельской местности, на транспорте и т.д.); совершаемых определенной категорией лиц<sup>34</sup>. С учетом того, что нередко исследователи ограничиваются разработкой методических рекомендаций по осуществлению только одного этапа расследования, частные методики было предложено классифицировать их по объему на полные и сокращенные<sup>35</sup>. Исследуя эту проблему, И.А. Возгрин предложил

<sup>31</sup> См. напр.: *Возгрин И.А.* О содержании и структуре частных методик / Вопросы криминалистической методологии, тактики и методики расследования. М., 1973. С. 92–93; *Он же.* О структуре методик расследования отдельных видов преступлений / Вопросы теории и практики борьбы с преступностью. Л., 1974. С. 74–84; *Он же.* Структура методик расследования преступлений / Общие положения методик расследования отдельных видов преступлений. Л., 1976. С. 42–51; *Он же.* Структура частных методик расследования преступлений. Минск, 1983. С. 198–214.

<sup>32</sup> *Возгрин И.А.* Научные основы криминалистической методики расследования преступлений. Часть 4. СПб., 1993. С. 20.

<sup>33</sup> Там же. С. 35.

<sup>34</sup> *Лузгин И.М.* Развитие методики расследования отдельных видов преступлений // Правоведение. 1977. № 2. С. 65.

<sup>35</sup> *Филиппов А.Г.* Первоначальные следственные действия при расследовании хищений. М., 1972.

различать частные методики по охватываемым ими видам преступлений как единичные и комплексные, а по степени конкретизации — как одноступенчатые и многоступенчатые. По форме изложения он выделил криминалистические методики, разрабатываемые в виде монографий, диссертационных исследований, учебников, учебных, методических и практических пособий<sup>36</sup>. Такая классификация и сейчас имеет важное методологическое значение в криминалистике, ибо, по своей сути верна.

По мере изучения проблем, связанных со структурой и содержанием частных методик расследования, предлагались другие основания для их классификации (по исходным следственным ситуациям, по следственно-поисковым задачам, связанным с их решением и др.). Но за основу по предложению Р.С. Белкина в итоге была принята уголовно-правовая классификация преступлений<sup>37</sup>. Таким образом, частные методики стали в основном соответствовать видам (группам) преступлений, из Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации. Сейчас, по аналогии с ее структурой, частные методики расследования преступлений могут быть условно объединены в следующие группы:

- методики расследования преступлений против личности;
- методики расследования преступлений в сфере экономики;
- методики расследования преступлений против общественной безопасности и общественного порядка;
- методики расследования преступлений против государственной власти;
- методики расследования преступлений против военной службы;
- методики расследования преступлений против мира и безопасности человечества.

Именно в эти группы и должны входить соответствующие типичные частные методики расследования. Систематизация особенных методик возможна по иным основаниям. Справедливость этого положения подтверждается значительным увеличением методических разработок особенного вида, где за основу берутся определенный субъект, способ преступления, место, время и другие важные обстоятельства его совершения<sup>38</sup>.

Наиболее убедительными и заслуживающими дальнейшего развития нам представляются научные воззрения Р.С. Белкина. В своих трудах он предсказывал неизбежность существенных изменений частных криминалистических методик. Он мудро предвидел, что они «... упростятся и станут более похожи на алгоритмы расследования в собственном смысле этого понятия, т.е. на такие программы действий следователя, которые выглядят более жесткими и однозначными по сравнению с обычными частными методиками, где такие алгоритмы неизбежно многовариантны и менее категоричны»<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Возгрин И.А. Указ. соч. С. 11–13.

<sup>37</sup> Белкин Р.С. Указ. соч. Т. 3. С. 197.

<sup>38</sup> См. напр.: Столбов А.Н. Методика расследования заведомо ложного сообщения об акте терроризма: дис. ... к.ю.н. М., 2007. 180 с.; Крамская Е.С. Методика расследования грабежей и разбоев, совершаемых группами несовершеннолетних: дис. ... к.ю.н. М., 2008. 235 с.; Федотов И.С. Расследование насильственных преступлений, совершаемых в отношении малолетних: правовые, теоретические и организационные основы: дис. ... д.ю.н. Воронеж, 2009. 466 с.; Кокорева Л.В. Методика расследования карманных краж, совершенных в общественном транспорте: дис. ... к.ю.н. М., 2010. 307 с.; Аронов А.В. Расследование преступлений, совершенных с целью незаконного корпоративного захвата: дис. ... к.ю.н. Владимир, 2011. 211 с.; Кучин О.С. Криминалистическая теория и практика выявления и расследования незаконного оборота ценностей: дис. ... д.ю.н. М., 2012. 417 с.; Лавров В.П. Расследование нераскрытых преступлений прошлых лет. М., 2013. 72 с.; Енгибарян В.Г. Указ. соч.

<sup>39</sup> Белкин Р.С. Указ. соч. Т. 3. С. 218.

Этот процесс является реальным и неизбежным. Внутренние потребности криминалистики, ее ярко выраженный интегративный характер, определяют необходимость внедрения и широкого применения знаний, накопленных в математике, логике, кибернетике, информатике, социологии, научной организации труда, других науках, в том числе для изучения познавательного потенциала криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений. В конечном счете, его использование будет способствовать решению не только практических, но и научных задач любой степени сложности, в том числе тех, что сопряжены с разработкой новейших технологий обнаружения, изъятия, фиксации и исследования криминалистически значимой информации, а также с углубленным изучением фундаментальных категорий криминалистической методологии и других разделов науки.

Накопленный в ней опыт раскрытия и расследования преступлений, непрерывающийся научный поиск новых способов обнаружения и извлечения криминалистически значимой информации, закономерно привел к необходимости обобщения, систематизации и типизации сведений содержащихся в частных криминалистических методиках. Возникла настоятельная потребность в разработке таких научных рекомендаций, которые позволят следователям и дознавателям, производить по конкретной, заранее разработанной схеме, последовательные операции, представленные, в частности, криминалистическим алгоритмом или программой расследования. Их применение поможет сконцентрировать внимание на всех наиболее важных направлениях предстоящей профессиональной деятельности и, что особенно важно, обеспечит интеллектуальную поддержку решения ими задач предварительного расследования. Для того чтобы все это стало реальностью, каждая частная криминалистическая методика должна быть видоизменена, максимально упрощена и представлена совокупностью криминалистических алгоритмов и программ расследования. Используя содержащиеся в них сведения и совершая рекомендованные действия, дознаватели, следователи за сравнительно небольшой промежуток времени смогут наметить оптимальные пути переработки исходных данных о следственной ситуации в искомые результаты.

Сама идея криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений, отнюдь не нова. Возникнув на почве осознания криминалистами низкой научной и информационной вооруженности дознавателей и следователей, она послужила мощным импульсом для выявления недостатков в их деятельности и поиска путей их устранения.

Предложение о программировании процесса расследования преступлений было выдвинуто И.Л. Петрухиным в 1973 г.<sup>40</sup> Понимая его преждевременность и невозможность скорого внедрения в следственную и судебную практику, он выделил в качестве имеющих объективных препятствий: теоретические трудности, неэкономичность использования быстродействующих электронных машин для целей правосудия и трудности разработки для них алгоритмов<sup>41</sup>. Оказавшись «неподъемной» для процессуалистов, эта идея показала привлекательной криминалистам. Они приступили к широкому обсуждению ее научных и практических аспектов.

На первых порах ими обосновывалась необходимость отдельного изложения в частных методиках алгоритма расследования преступлений и тактики производства следственных действий. Потребность в этом объяснялась тем, что созданные по такой

---

<sup>40</sup> Петрухин И.Л. Понятие и содержание оценки доказательств / Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 433–434.

<sup>41</sup> Там же. С. 434.

конструкции частные методики, смогут включать большое количество вариантов программ расследования, не связывая каждую из них с особенностями тактики наиболее характерных для данного вида преступления следственных действий<sup>42</sup>.

Довольно большую работу по разработке криминалистических алгоритмов и программ расследования проделал Л.Г. Видонов<sup>43</sup>. Изучая закономерные связи между личностью потерпевшего и преступника, обстановкой и способом совершения преступления, он пришел к выводу, что в значительной мере они обусловлены «... универсальным законом материальных процессов, происходящих в объективной действительности»<sup>44</sup>. Благодаря его научным изысканиям в трудах криминалистов все больше проявлялось осознание того, что с точки зрения задач и специфики предварительного расследования частная криминалистическая методика в окончательном виде должна представлять собой целевую программу, содержащую совокупность криминалистических алгоритмов, необходимых для расследования преступлений какого-либо вида или группы. Их главными достоинствами должны стать простота (т.е. отсутствие пространственных обоснований и множества частных деталей) и доступность (т.е. легкость использования при познании события преступления). Такой подход характерен для работ Г.А. Густова, посвященных проблемам криминалистической алгоритмизации и программирования расследования преступлений<sup>45</sup>. Их разработка и сегодня остается актуальной задачей отечественной криминалистики.

Проблемы эти архисложны. Для их решения понадобятся и разноаспектные специальные знания, и разработка информационного обеспечения фиксированных поисковых процессов, и современная компьютерная техника, и многое другое. Но объективные трудности не следует воспринимать как непреодолимые препятствия. Более того, свои исследования криминалисты должны проводить на ином, более высоком в качественном отношении уровне. Для этого существуют следующие объективные предпосылки:

увеличившиеся по объему и усложнившиеся по существу задачи предварительного расследования преступлений, решение которых связано с необходимостью улучшения интеллектуальной деятельности следователей и дознавателей;

регулярное осуществление в органах следствия и дознания глубокого статистического анализа;

изученные криминалистами сходные свойства, ситуации, признаки и обстоятельства, имевшие место при расследовании преступлений определенного вида или группы;

---

<sup>42</sup> Мирский Д.Я. О структуре работ по методике расследования отдельных видов преступлений / Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1968 год. Свердловск, 1969. С. 194–198; Возгрин И.А. О структуре методик расследования отдельных видов преступлений / Вопросы теории и практики борьбы с преступностью. Л., 1974. С. 74–84; и др.

<sup>43</sup> Видонов Л.Г. Использование аналоговых схем при выдвижении версий о лицах, совершивших умышленные убийства / Вопросы совершенствования деятельности прокуроров–криминалистов. М., 1976. С. 72–95; Он же (в соавторстве с Н.А. Селивановым). Типовые версии по делам об убийствах. Горький, 1981. 55 с.; и др.

<sup>44</sup> Видонов Л.Г. Криминалистические характеристики убийств и системы типовых версий о лицах, совершивших убийство без очевидцев. С. 10.

<sup>45</sup> Густов Г.А. Расследование хищений в торговле. Ч. 1. Криминалистические модели преступления. Л., 1979. 214 с.; Он же. Обнаружение способа должностного хищения в сложной ситуации. Факторный анализ. Л., 1985. 179 с.; Он же. Проблемы программирования расследования преступлений / Проблемы программирования, организации и информационного обеспечения предварительного следствия. Уфа, 1989. С. 17.

сформировавшаяся методология обнаружения, осмотра, фиксации, изъятия и исследования криминалистически значимой информации;

реальные возможности использования различных форм моделирования, как самого процесса познания, так и познаваемого объекта;

потребность в создании надежного связующего звена между научными достижениями криминалистики и практической деятельностью, непосредственно связанной с раскрытием и расследованием преступлений.

Эффективная переработка криминалистически значимой информации при раскрытии и расследовании преступлений, в равной мере необходима и следователю, и работнику органа дознания, и эксперту, и специалисту. Наряду с индивидуальными особенностями, их профессиональная деятельность несет в себе характерные черты самого общего порядка. Деля свою работу, они решают практически одни и те же задачи, совершают одни и те же действия, имеющие, как правило, комплексный характер, а значит и определенное сходство. Следовательно, на основе изучения закономерностей их практической деятельности и обобщения передового опыта можно выделить оптимальную последовательность действий этих субъектов в типичных следственных ситуациях с тем, чтобы изложить ее для дальнейшего использования в виде криминалистических алгоритмов и программ расследования.

Теоретическое осмысление этих и многих других проблем алгоритмизации и программирования на фоне их поэтапного решения, приведет к существенному повышению полезности методических рекомендаций. Следует подчеркнуть необходимость их максимальной ориентации на потребности практики.

Накопленный криминалистами опыт раскрытия и расследования преступлений, привел к необходимости систематизации и типизации полученных сведений. Все многообразие следственных ситуаций, например, наукой подразделяется на несколько групп (т.е. типизируется), что позволяет быстро и правильно определить оптимальное направление расследования уголовного дела. Версии, выдвинутые дознавателем или следователем, предполагают осуществление определенной совокупности следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, необходимых для их проверки. Этот факт также влияет на их типизацию. Следовательно, есть все основания для выделения типовых задач расследования, а также алгоритмов действий дознавателя и следователя по их последовательному и целенаправленному решению.

Большое значение для осмысления проблем криминалистической алгоритмизации и программирования расследования имеет дальнейшая разработка уже сложившихся теоретических направлений в криминалистике. Сюда следует отнести криминалистическое прогнозирование<sup>46</sup>, моделирование при расследовании преступлений<sup>47</sup>, учения

<sup>46</sup> См., напр.: *Колдин В.Я., Полевой Н.С.* Информационные процессы и структуры в криминалистике. М., 1986. 134 с.; *Горшенин Л.Г.* Криминалистическое прогнозирование. М., 1992; *Осипов Ю.Ю.* Деятельность следователя в условиях тактического риска. Саратов, 1996. 58 с.; *Белкин Р.С.* Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. М., 2001. 240 с.; *Литвинов А.Н., Степанюк Р.Л.* Прогнозирование и планирование в криминалистике. М., 2004. 160 с.; *Усманов Р.А.* Информационные основы предварительного расследования. М., 2006. 208 с.; *Белов О.А.* Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений. М., 2009. 136 с.; *Водянова Н.Б.* Основы планирования и программирования следственной деятельности. М., 2010. 144 с.; и др.

<sup>47</sup> См., напр.: *Густов Г.А.* Моделирование в работе следователя. Л., 1980; *Лузгин И.М.* Моделирование при расследовании преступлений. М., 1981. 152 с.; *Хлынцов М.Н.* Криминалистическая информация и моделирование при расследовании преступлений. Саратов, 1982; *Вещественные доказательства: Информационные технологии процессуального доказывания / под общ. ред. В.Я. Колдина.* М., 2002.

о следственных ситуациях<sup>48</sup> и механизме преступления<sup>49</sup>. С проблематикой криминалистической алгоритмизации и программирования расследования тесно связана и теория принятия решений. Именно в подготовке законного, обоснованного и мотивированного решения следователя или дознавателя в сложившейся следственной ситуации, заключается (по большому счету) смысл использования криминалистических алгоритмов и соответствующих программ в расследовании преступлений.

Криминалисты правильно отмечали, что без четко фиксированной связи понятий «ситуация — решение» постановка проблемы следственной ситуации утрачивает целевую направленность и прикладное значение<sup>50</sup>. Процесс принятия решения начинается именно с возникновения проблемной ситуации и заканчивается выбором действия (или их совокупности), которое может оптимально ее преобразовать. Учение о криминалистической характеристике преступлений также находится в неразрывной взаимосвязи с проблемами криминалистической алгоритмизации и программирования расследования. Это объясняется тем, что необходимость обращения следователя к криминалистическим алгоритмам и программам вызвана не только следственной ситуацией, но и стремлением получить дополнительную доказательственную, либо ориентирующую информацию по расследуемому уголовному делу.

Тесная взаимосвязь перечисленных учений и теорий с криминалистической алгоритмизацией и программированием расследования позволяет нам настаивать на обновлении подхода к разработке частных методик. Вместе с тем теория криминалистической алгоритмизации и программирования расследования выступает дополнительным системообразующим фактором для ряда других криминалистических учений и теорий, обеспечивающих в конечном итоге своими разработками создание методик расследования в полной мере соответствующих потребностям следственной практики. Мы это объясняем тем, что расследование преступлений относится к такой разновидности процесса, где познание типичного основано на изучении отдельного (расследование по конкретному уголовному делу), в котором объединены свойства общего, особенного и единичного.

Поступательное развитие отечественной криминалистики на исходе XX века привело нас к созданию новой теоретической конструкции общего характера. Криминалистическая алгоритмизация и программирование расследования преступлений была в ней логично представлена в виде оригинальной концептуальной модели. Поскольку криминалистические рекомендации реализуются (как правило) в следственных ситуа-

---

768 с.; *Плоткин Д.М., Ищенко Е.П.* Новейшие методы исследования вещественных доказательств в криминалистике. Рязань, 2005. 256 с.; и др.

<sup>48</sup> См., напр.: *Яблоков Н.П.* Криминалистическая характеристика преступления и типичные следственные ситуации как важные элементы разработки методики расследования // Вопросы борьбы с преступностью. Вып. 30. М., 1979. С. 110–122; *Грановский Г.Л.* О понятии, предмете и методике криминалистического ситуационного анализа / Следственная ситуация. М., 1985. С. 20–25; *Драпкин Л.Я.* Основы теории следственных ситуаций. Свердловск, 1987; *Михальчук А.Е.* Тактические комбинации при производстве следственных действий / под. ред. В.В. Степанова. Саратов, 1991. 128 с.; *Галанова Л.В.* Следственные ситуации и тактические операции при расследовании преступлений, связанных с вымогательством. Саратов, 2002. 72 с.

<sup>49</sup> См., напр.: *Кустов А.М.* Теоретические основы криминалистического учения о механизме преступления. М., 1997. 227 с.; *Веренич И.В., Кустов А.М., Прошин В.М.* Криминалистическая теория механизма преступления. М., 2014. 640 с.

<sup>50</sup> См., напр.: *Цветков С.И.* Криминалистическая теория тактических решений: дис. ... д. ю. н. М., 1991.

циях, такая концепция готова к выполнению роли инновационного связующего звена между наукой и практикой расследования преступлений.

Состоятельность этого утверждения подтверждается не только необходимостью дальнейшего развития общей теории криминалистики и системы частных криминалистических методик, но и довольно высоким уровнем развития смежных отраслей знания. Возможно именно криминалистическая алгоритмизация и программирование расследования будет наиболее активно способствовать научной интеграции положений криминалистической техники и тактики в частные методики расследования. Интегрируясь с криминалистической теорией принятия решений, например, криминалистическая алгоритмизация и программирование расследования позволят создавать универсальные системы поддержки принятия адекватных решений. В борьбе с преступностью положения криминалистической алгоритмизации и программирования будут способствовать повышению эффективности всего процесса расследования преступлений посредством диагностики, моделирования и управления сложившейся следственной ситуацией. Дальнейшая целенаправленная разработка проблем криминалистической алгоритмизации и программирования расследования позволит следователям и дознавателям:

- совершенствовать технологию работы;
- избегать ошибок в решении поставленных задач;
- относительно быстро принимать процессуальные и тактические решения;
- предвидеть возможные последствия их принятия и вероятный исход ситуаций тактического риска;
- в полной мере использовать криминалистически значимую информацию.

Положения теории криминалистической алгоритмизации и программирования расследования могут использоваться и в дидактических целях. Многолетний опыт преподавания криминалистики в высших учебных заведениях, позволяет утверждать, что криминалистические алгоритмы и программы действий следователя и дознавателя в типичных следственных ситуациях являются наиболее добротным и хорошо усваиваемым учебно-методическим материалом. Благодаря активной научно-исследовательской работе криминалистов он постепенно умножается<sup>51</sup>. Сам же процесс получения юридического образования без обстоятельного изучения курса криминалистики становится ущербным. Более того, без минимально необходимого всем юристам объема криминалистических знаний, перспективы их профессионального, личностного и карьерного роста вполне могут приобрести весьма призрачный характер. Если далее задать вопросы, что же такое криминалистические знания, откуда они берутся, то можно увидеть, что это продукты человеческого мозга и то, что их носители — продукты среды, развивавшиеся вместе с ней.

В современной криминалистике можно выделить:

- ядро науки, которое образуют частные теории как системы суждений, обладающие статусом научных;
- инструктивные (практикоориентированные) суждения, являющиеся ключевыми в учебном процессе (профессиональной подготовке юриста);

<sup>51</sup> См., напр.: *Вандер М.* Схемы криминалистических алгоритмов. СПб., 1999. 32 с.; *Асташкина Е.Н., Марочкин Н.А.* Квартирные кражи: проблемы оптимизации и алгоритмизации первоначального этапа расследования. М., 2003. 112 с.; *Асташкина Е.Н., Марочкин Н.А.* Криминалистические алгоритмы в расследовании квартирных краж. М., 2005. 184 с.; *Корноухов В.Е.* Методика расследования преступлений: теоретические основы. М., 2010. 223 с.; *Можяева И.П.* Основы научной организации деятельности следователя. М., 2012. 149 с.; *Енгибарян В.Г.* Указ. соч.

эмпирическую информацию, используемую для получения либо формулирования таких суждений;

обыденно-правовые компоненты, отражающие мнения заинтересованных органов и должностных лиц, которые они не всегда считают нужным специально обосновывать.

Такой подход пока нецелесообразно подвергать организационным изменениям, поскольку он способствует правильной оценке информации, которую принято включать в содержание криминалистической науки. Более того, с его помощью можно различать благие пожелания, административные установки, научные положения и основанные на них практические рекомендации, отвечающие признаваемым профессиональным стандартам. Применительно к научным проектам криминалистической тематики они непременно должны предусматривать:

выявление и описание проблемной ситуации, порождающей необходимость совершенствования уже имеющейся или разработки новой частной криминалистической теории;

обоснование ее выбора на основе рассмотрения различных вариантов, средств формулирования и их текстурального оформления;

расчет позитивных и негативных последствий на основе произведенного сравнительного анализа;

понятную и убедительную аргументацию.

Этот набор профессиональных стандартов не нов. Требования такого рода уже формулировались неоднократно. Проблема в том, что они либо предаются забвению, либо их оказывается недостаточно. Однако в любом случае продукты научной деятельности в криминалистической сфере, подготовленные на основе этих требований, становятся носителями (как минимум) двух характерных признаков:

относимостью к действующему законодательству (уголовному и уголовно-процессуальному) и практике его применения;

выраженностью в текстах, продуцируемых криминалистами и публикуемых в специальных изданиях (т.е. некоторой формой).

Далее, такие продукты оказывают воздействие на следственную, судебную практику, правотворчество и порядок применения норм уголовного права хотя бы потому, что излагаются в учебниках, статьях, монографиях, комментариях либо создают иллюзию проработанности и обдуманности решений различного ранга, принимаемых на основе текстов, порождаемых последователями наук уголовно-правового цикла. Объявленные научными суждения, содержащиеся в таких текстах, подвергаются осознанию и обсуждению заинтересованными деятелями науки и практики, в результате чего воспринимаются либо отвергаются ими.

Таким образом, в отечественной криминалистике имеются необходимые предпосылки для совершенствования криминалистической методики. Дальнейшее развитие теории криминалистической алгоритмизации и программирования позволит исследователям осуществлять разработку универсальных криминалистических рекомендаций нового поколения, специально предназначенных для управления различными следственными ситуациями в ходе расследования преступлений, имеющих видовое и групповое сходство. Сами же криминалистические алгоритмы и программы расследования, несомненно, принесут пользу следователям и дознавателям в их профессиональной деятельности.

Несомненно, что разрабатываемые в рамках криминалистической методики научные положения и практические рекомендации должны иметь все необходимое для того,

чтобы применяться в деле защиты прав и законных интересов потерпевших от преступлений, а также личности от незаконного обвинения, осуждения, ограничения прав и свобод. Они должны содержать типичные аргументы для принятия промежуточных и итоговых решений по уголовным делам, представляя собой постоянно пополняемый комплекс криминалистических алгоритмов и программ, из которых (в конечном счете) должна формироваться оптимальная технология досудебного и судебного производства по тому или иному уголовному делу. Именно их нужно делать объектом постоянного интереса дознавателей, следователей, прокуроров, адвокатов, судей и, как минимум, обязательной составляющей набора профессиональных компетенций юриста. Чтобы решить проблему такого рода, необходим переход на качественно новый уровень развития научного знания, предполагающий поэтапное и целенаправленное обновление состояния криминалистической науки, устранение накопившихся в ней иллюзий и догм.

Меняющиеся социально-экономические отношения, потребности преодоления кризисных явлений практически во всех юридических науках, непрекращающиеся поиски оптимального правового регулирования, недоверие к правоохранительной системе, непрерывное обновление способов подготовки, совершения и сокрытия преступлений, требуют усиления служебной роли криминалистики и последовательной корректировки стоящих перед ней задач. Признание этого факта порождает необходимость скорейшего перехода к новому этапу ее развития. Иными должны стать не только теоретические основы науки, но и практика легитимного и результативного использования ее достижений.



## Библиография

- Белкин Р.С. Криминалистика: проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. М.: Норма, 2001. 240 с.
- Белов О.А. Информационное обеспечение раскрытия и расследования преступлений. Монография. М.: Юрлитинформ, 2009. 136 с.
- Веренич И.В., Кустов А.М., Прошин В.М. Криминалистическая теория механизма преступления. М.: Юрлитинформ, 2014. 640 с.
- Водянова Н.Б. Основы планирования и программирования следственной деятельности. М.: Юрлитинформ, 2010. 144 с.
- Галанова Л.В. Следственные ситуации и тактические операции при расследовании преступлений, связанных с вымогательством. Учебное пособие. Саратов: Изд-во Саратовской гос. акад. права, 2002. 72 с.
- Енгибарян В.Г. Расследование массовых беспорядков: теоретические, организационные и методико-криминалистические основы: дис ... д. ю. н. М., 2015. 422 с.
- Корноухов В.Е. Методика расследования преступлений: теоретические основы. М.: Норма, 2010. 223 с.
- Лавров В.П. Расследование нераскрытых преступлений прошлых лет. Учебное пособие. М.: Акад. управления МВД России, 2013. 72 с.
- Литвинов А.Н., Степанюк Р.Л. Прогнозирование и планирование в криминалистике. М.: Юркнига, 2004. 160 с.
- Можаева И.П. Концепция криминалистического учения об организации расследования преступлений. М.: Юрлитинформ, 2014. 256 с.
- Можаева И.П. Основы научной организации деятельности следователя. М.: Юрлитинформ, 2012. 149 с.
- Усманов Р.А. Информационные основы предварительного расследования. Монография. М.: Юрлитинформ, 2006. 208 с.

Чурилов С.Н. Криминалистическая методика. История и современность. М.: Маркетинг, 2002. 370 с.

Шмонин А.В. Методика расследования преступлений. М.: Юстицинформ, 2006. 464 с.

Эксархопуло А.А. Предмет и система криминалистики. Проблемы развития на рубеже XX–XXI вв. Курс лекций. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2004. 112 с.

## Algorithmization and Programming of Investigation in the Criminalistics Methodology



**Alexander S. Shatalov**

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



### Abstract

The paper examines the issues of the increase in the efficiency of methodologies of investigation of crimes, separate kinds and groups. Having generalized the points of view of criminal law experts, the author aims to prove that developed within the framework of criminalistics methodology, as division of criminalistics scientific positions and practical recommendations, while does not have all necessary for the real application to protect rights and legal interests of victims from crimes, and personality, from illegal prosecution, conviction, limitation of her rights and freedoms. It is considered that research positions and practical recommendations must contain typical arguments for the acceptance of intermediate and final decisions on criminal cases, by submitting constantly executable complex of criminalistics algorithms and programs, from that optimal technology of pre-trial and judicial production will be formed in one or another criminal case. With their help, the development of the universal criminalistics recommendations of new generation, specially intended for a management by inquisitional situations arising at the investigation of crimes, must come true. They are suggested to be the object of permanent interest of investigators, public prosecutors, lawyers, judges and obligatory constituent of set of professional competences of lawyer. Along with individual features, their professional activity carries general personal touches. Doing their work, they perform the same tasks practically, accomplish the same actions, having, as a rule, complex character, and certain likeness. Consequently, based on study of conformities to law of their practical activity and generalization of advanced experience, it is possible to distinguish the optimal sequence of executions of these subjects in typical inquisitional situations, with that to expound it for the further use as criminalistics algorithms and programs of investigation.



### Keywords

criminalistics; algorithmization; criminalistics methodology; programming of investigation, private criminal methods, recommendations on criminalistics, investigation, modus operandi, information relevant to criminalistics.

Citation: Shatalov A.S. (2017) Algorithmization and Programming Investigation in the Criminalistics Methodology. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 155–172 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.155.172



### References

Belkin R.S. (2001) *Kriminalistika: problemy segodnyashnego dnya. Zlobodnevnyye voprosy rossiyskoy kriminalistiki* [Criminalistics: Current Issues]. Moscow: Norma, 240 p. (in Russian)

Belov O.A. (2009) *Informatsionnoe obespechenie raskrytiya i rassledovaniya prestupleniy* [Information Support in Investigation]. Moscow: YurLitinform, 136 p. (in Russian)

Churilov S.N. (2002) *Kriminalisticheskaya metodika. Istoriya i sovremennost'* [Criminalistics Methodology. Past and Present]. Moscow: Marketing, 370 p. (in Russian)

- Eksarkhopulo A.A. (2004) *Predmet i sistema kriminalistiki. Problemy razvitiya na rubezhe 19-20 vv.* [Subject and System of Criminalistics. Development at the Turn of 19th and 20th Centuries]. Saint Petersburg: University, 112 p. (in Russian)
- Engibaryan V.G. (2015) *Rassledovanie massovykh besporyadkov: teoreticheskie, organizatsionnye i metodiko-kriminalisticheskie osnovy*: Diss. Doct. Yurid. Nauk [Investigating Public Disorder: Theoretical, Organizational and Criminalistics Basics. Doctor of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 422 p.
- Galanova L.V. (2002) *Sledstvennye situatsii i takticheskie operatsii pri rassledovanii prestupleniy, svyazannykh s vymogatel'stvom.* [Tactical Operations in Investigating Blackmail Crimes]. Saratov: Akademia prava, 72 p. (in Russian)
- Kornoukhov V.E. (2010) *Metodika rassledovaniya prestupleniy: teoreticheskie osnovy* [Approaches of Investigating Crimes]. Moscow: Norma, 223 p. (in Russian)
- Lavrov V.P. (2013) *Rassledovanie neraskrytykh prestupleniy proshlykh let. Uchebnoye posobie* [Investigating Unsolved Crimes. Manual]. Moscow: MVD Rossii, 72 p. (in Russian)
- Litvinov A.N., Stepanyuk R.L. (2004) *Prognozirovanie i planirovanie v kriminalistike* [Forecasting and Planning in Criminalistics] Moscow: Yurkniga, 160 p. (in Russian)
- Mozhaeva I.P. (2014) *Kontseptsiya kriminalisticheskogo ucheniya ob organizatsii rassledovaniya prestupleniy* [Criminalistics Theory on Organizing the Investigation of Crimes]. Moscow: Yurlitinform, 256 p. (in Russian)
- Mozhaeva I.P. (2012) *Osnovy nauchnoy organizatsii deyatel'nosti sledovatelya* [Organizational Aspect in the Activity of Investigator]. Moscow: Yurlitinform, 149 p. (in Russian)
- Shmonin A.V. (2006) *Metodika rassledovaniya prestupleniy* [Methodology of Investigating Crimes]. Moscow: Yustitsinform, 464 p. (in Russian)
- Usmanov R.A. (2006) *Informatsionnye osnovy predvaritel'nogo rassledovaniya.* [Information Grounds of Preliminary Investigation]. Moscow: Yurlitinform, 208 p. (in Russian)
- Verenich I.V., Kustov A.M., Proshin V.M. (2014) *Kriminalisticheskaya teoriya mekhanizma prestupleniya* [Criminalistics Theory of Crime Mechanism]. Moscow: Yurlitinform, 640 p. (in Russian)
- Vodyanova N.B. (2010) *Osnovy planirovaniya i programmirovaniya sledstvennoy deyatel'nosti* [Planning and Programming Investigation]. Moscow: Yurlitinform, 144 p. (in Russian)

# Имплементация принципов международного коммерческого арбитража в российское законодательство о третейских судах



**С.Ю. Казаченок**

профессор кафедры гражданского и международного частного права Волгоградского государственного университета (базовой кафедры ЮНЦ РАН), доктор юридических наук. Адрес: 400062, Российская Федерация, Волгоград, Университетский проспект, 100. E-mail: kazachenok@mail.ru, gimchp@volsu.ru



## Аннотация

Рассмотрение международными коммерческими судами возникающих между сторонами разногласий является одним из наиболее эффективных способов разрешения конфликтов из внешне-экономических сделок. Существенные преимущества третейского разбирательства и в том числе международного коммерческого арбитража основаны на проработанном зарубежном законодательстве, имплементация которого в российскую правовую систему осуществляется в процессе судебной реформы. Эти преимущества проанализированы автором через исследование принципов деятельности международного коммерческого арбитража, таких как принцип быстроты, принцип нейтральности и интернационализма, принцип экономичности правосудия, принцип паритета интересов и деловых отношений, принцип свободы волеизъявления при выборе права, подлежащего применению, принцип конфиденциальности, принцип профессионализма и незаинтересованности арбитра. В статье проанализированы основные новеллы Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», а также их влияние на научную доктрину и дальнейшую практику, в том числе установление презумпции действительности третейского (арбитражного) соглашения, описание новых способов заключения арбитражного соглашения, введение разрешительного порядка создания постоянно действующих арбитражных учреждений наряду с установлением обязательных требований к ним, а также высоких требований к образованию и стажу третейских судей. Новый закон ввел четкие рамки арбитрабельности корпоративных споров, которые помогут правильно решить вопрос о том, возможно ли передать на разрешение третейского суда конкретный спор. Сделан вывод о целесообразности законодательного закрепления возможности включения арбитражных оговорок в учредительный договор, что согласуется с Нью-Йоркской конвенцией «О признании и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений» (1958), а также изменении законодательства о применении международным коммерческим арбитражем обеспечительным мер и необходимости введения института чрезвычайного арбитра. Отмечено, что Закон № 382 не лишен недостатков, так как некоторые из нововведений характеризуются половинчатостью, что позволяет сделать вывод о необходимости его дальнейшего совершенствования.



## Ключевые слова

международный коммерческий арбитраж, третейское (арбитражное) соглашение, принципы международного коммерческого арбитража, арбитрабельность споров, третейское разбирательство, альтернативные процедуры разрешения споров.

Библиографическое описание: Казачонок С.Ю. Имплементация принципов международного коммерческого арбитража в российское законодательство о третейских судах //Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 173–185.

JEL: K33; УДК: К341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.173.185

Интеграция национальной экономики России в глобальную мировую экономическую систему неизбежно влечет увеличение внешнеэкономических сделок, к основной составляющей успешности которых следует отнести оперативное, своевременное и справедливое рассмотрение возможных споров и разногласий, вытекающих из внешнеэкономических контрактов. Одним из способов эффективного разрешения конфликтов является рассмотрение возникающих между сторонами разногласий международными коммерческими арбитражными судами, обращение в которые становится возможным в случае заключения сторонами арбитражного соглашения.

Бизнес-сообщество признает приоритет арбитражного разбирательства над осуществляемым в государственных судах. Основаниями выступают существенные преимущества третейского разбирательства и в том числе международного коммерческого арбитража (далее — МКА), основанные на проработанном и совершенном зарубежном законодательстве, имплементацию которого в российскую правовую систему мы наблюдаем в процессе осуществляемой судебной реформы.

Указанные преимущества напрямую связаны с принципами деятельности международного коммерческого арбитража, основными из которых являются следующие:

**1. Принцип быстроты.** Как правило, сроки рассмотрения дел в государственном арбитражном суде являются более длительными (общий срок рассмотрения дел в судах первой, апелляционной, кассационной и надзорной инстанций составляет не менее одного года) по сравнению с разбирательством в международном коммерческом арбитраже.

Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации содержит указание на максимально допустимый срок, в который должно быть вынесено арбитражное решение. Он составляет 180 дней, что находится в общем русле с наиболее авторитетными западными арбитражными институтами, большинство из которых также устанавливает шестимесячный срок, в течение которого спор должен быть разрешен. На наш взгляд, это достаточный срок, в течение которого арбитры могут объективно и всесторонне исследовать обстоятельства дела, а стороны изложить все доводы и аргументы.

Внешнеэкономические сделки часто заключаются на длительный период времени, и надлежащее исполнение контракта требует регулярных действий обеих сторон, поэтому при возникновении конфликта объективно существует потребность в скорейшем урегулировании спора для продолжения партнерских отношений. Ярким примером эффективного разрешения данной ситуации является относительно новый институт чрезвычайного арбитра. Впервые данный институт был введен посредством принятия Регламента ICDR 2006 года и с этого момента стал неотъемлемой составляющей таких арбитражных учреждений как, например, Международной торговой палаты, Международного центра регулирования споров, Австралийского центра международного коммерческого арбитража, Арбитражной ассоциации Швейцарии и других.

С 1 октября 2014 года данный институт закреплен и в новом Регламенте Лондонского суда международного арбитража (ЛСМА). Причины введения института чрезвычайного арбитра в Регламент ясны: во-первых, оно позволяет назначить единоличного арбитра, даже если арбитражным соглашением предусмотрено назначение трех

арбитров, что тем самым позволит существенно сократить время судебного разбирательства. Во-вторых, данный институт является весьма привлекательным с точки зрения потребностей сторон арбитражного соглашения, так дает сторонам возможность получить итоговое решение по делу в максимально сжатые сроки (как правило, срок рассмотрения дела составляет 3–14 дней), если необходимо принять срочные меры для урегулирования конфликта.

Востребованность чрезвычайного арбитра при разрешении споров высока и доказана мировой практикой, поэтому российскому законодателю, на наш взгляд, важно прислушаться к мнению ученых и практиков и внести соответствующие изменения в российское законодательство.

**2. Принцип нейтральности и интернационализма.** По сравнению с обращением в государственные суды в МКА существует возможность сторон влиять на состав коллегии арбитров, обеспечивая действительно независимое, объективное и компетентное рассмотрение спора, что называется «контролем над процессом». Как отмечалось в 2010 г. в справочнике международного арбитража, 66% опрошенных специалистов ведущих мировых компаний считают основным преимуществом международного арбитража именно его нейтральность и интернационализм — качества, не свойственные большинству государственных судов<sup>1</sup>.

**3. Принцип экономичности правосудия.** В коммерческом арбитраже арбитр не исследует и не истребует всех возможных доказательств по делу как в государственных судах, а анализирует только доказательства, предъявленные сторонами в сроки, предусмотренные регламентом МКА, графиком арбитражного рассмотрения, арбитражным соглашением. Если сроки представления доказательств нарушены без уважительных причин, арбитраж не принимает их к рассмотрению, что значительно сокращает сроки вынесения решения, которое стороны могут признать окончательным.

**4. Принцип паритета интересов и деловых отношений.** Каждые партнерские отношения уникальны, следовательно, для их сохранения зачастую не подходят императивные нормы и строго формализованные процедуры, предлагаемые государственным судопроизводством. Арбитражное соглашение, развиваясь в русле усиления принципов гибкости и автономии воли сторон, позволяет сторонам совместно выработать именно те меры и формы поведения на случай возникновения конфликта, которые приемлемы в целях сохранения стабильности данного конкретного контракта и лояльности отношений данных конкретных участников внешнеэкономической деятельности<sup>2</sup>.

**5. Свобода волеизъявления при выборе права, подлежащего применению.** Стороны по своему выбору могут избрать посредством арбитражного соглашения в качестве применимого права одной из сторон или право любой другой страны. Возможно также использовать в качестве применимого права *lex mercatoria* — транснациональное торговое право.

Следует отметить, что в последнее время динамично развивающаяся международная коммерческая практика все чаще свидетельствует о постоянном стремлении делового сообщества использовать нормы и принципы неформального характера, имеющие международное происхождение при разрешении споров в МКА, который был избран сторонами вместо обращения к юрисдикции национальных судов, поскольку контрагент-

<sup>1</sup> См.: Третейский суд. 2011. № 5. С. 89.

<sup>2</sup> Иншакова А. О., Антипов И. Позитивные факторы и гибкие правовые средства развития международного коммерческого арбитража // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5. Юриспруденция. 2014. № 1 (21). С. 30–39.

ты ориентируются на присущие международному арбитражу автономность, гибкость и справедливость арбитражного разбирательства. Более того, как показали проведенные исследования, деловые круги отдают предпочтение применению транснациональных неформальных норм перед традиционным догматическим подходом, прежде всего, по прагматическим соображениям, поскольку в таком случае этот метод решения международных коммерческих споров в большей степени отвечает их ожиданиям<sup>3</sup>.

В соответствии со ст. 33 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ допускается вынесение решения на основе *ex aequo et bono*, если стороны прямо уполномочили МКА на это, и если закон, регулирующий арбитражный процесс, допускает такое арбитражное разбирательство. *Ex aequo et bono* переводится как «по справедливости и доброй совести»; при таком порядке вынесения решения суд не связан конкретными нормами национального права, а может руководствоваться соображениями справедливости и здравого смысла.

Указанный порядок с 1 января 1998 г. установлен в германском законодательстве. В п. 1051 Гражданского процессуального уложения Германии предусматривается, что третейский суд разрешает дело по справедливости, если стороны уполномочили его на это<sup>4</sup>. Подобный подход не единичен, так, согласно ст. 14.3 Закона об арбитраже Шотландии стороны могут достигнуть соглашения о разрешении спора третейским судом *ex bono et aequo*.

**6. Принцип конфиденциальности.** Как правило, слушание дел в государственных судах производится в открытых заседаниях, и их решения могут быть опубликованы в полном объеме, тогда как в МКА дела рассматриваются в закрытых заседаниях, а решения если и публикуются, то без указания спорящих сторон и с их согласия. Данное обстоятельство является неоспоримым преимуществом МКА перед государственными судами, особенно для иностранных инвесторов, когда информация о наличии конфликта может привести к умалению деловой репутации и негативно сказаться на дальнейшей деятельности.

**7. Принцип профессионализма и незаинтересованности арбитра.** Третейские группы формируются по согласию сторон из высококвалифицированных специалистов, которые обладают необходимыми знаниями для разрешения возникшего спора, являются компетентными в сфере возникновения конфликта и имеют общепризнанную и безукоризненную репутацию.

Вышеизложенные и другие принципы деятельности МКА снискали ему как методу рассмотрения споров с участием сторон, domiciliрованных в разных государствах, широкую популярность, которая продолжает расти. Так, в Лондонском суде международного арбитража в 2012 г. было рассмотрено 265 дел в порядке арбитража, 12 — в порядке медиации и других альтернативных форм разрешения споров (что означает рост на 18,3% по сравнению с 2011 г.<sup>5</sup>, в котором в порядке арбитража было разрешено 224 спора, а в порядке медиации и других альтернативных форм — 13)<sup>6</sup>. В 2014 г. выне-

<sup>3</sup> Berger K. The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration — Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law // ASA Bulletin. 2000. P. 667.

<sup>4</sup> Гражданское процессуальное уложение Германии. Под ред. В. Бергман. М., 2006. С. 363.

<sup>5</sup> Registrar's Report 2012. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=261> (дата обращения: 6.01.2017)

<sup>6</sup> Director General's Report 2011. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=206> (дата обращения: 6.01.2017)

сено уже более 300 решений арбитража *ad hoc*, где ЛСМА выступал как администратор; вынесено 232 решения самим этим арбитражным судом, и на рассмотрении на ноябрь 2014 г. находилось еще 302 новых дела; около 100 дел рассмотрено в Лондонском суде международного арбитража по Регламенту ЛСМА. Итого более 900 дел, при этом более 20% дел с участием российского капитала. Еще более очевидная положительная тенденция просматривается в более отдаленной ретроспективе.

Особенно важно, что в большинстве стран мира достаточно велика доля успешно исполняемых иностранных арбитражных решений МКА. Однако в России обращение к альтернативным процедурам разрешения споров, несмотря на вышеуказанные преимущества и достаточное количество судов (имеется более 400 третейских судов), не получило должного распространения.

Это во многом связано с несовершенством процедур третейского разбирательства на территории России, что характерно также для споров, которые рассматриваются в рамках Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. На это обращает внимание А.А. Панов, говоря о необходимости изменения отдельных процессуальных аспектов рассмотрения дела при осуществлении третейского разбирательства в МКАС<sup>7</sup>.

Для решения вышеуказанных проблем и во исполнение п. 11 Перечня поручений по реализации Послания Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 12.12.2013, в котором указывается, что «механизмы разрешения хозяйственных споров по-прежнему далеки от лучших мировых практик, нам нужно серьезно повысить авторитет третейских судов», был разработан и принят Федеральный закон от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Закон № 382), который вступил в силу с 1 сентября 2016 г.

Разработчики Закона отмечали, что существующее законодательство, регулирующее институт международного арбитража, не позволяет обеспечить высокого уровня третейского разбирательства и востребованность этого института со стороны участников гражданского оборота. Несовершенство правового механизма Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1 (ред. от 29.12.2015) «О международном коммерческом арбитраже» (далее — ФЗ «О МКА»), отмечают они, приводило к многочисленным злоупотреблениям с использованием третейских судов, что, в свою очередь, приводило к дискредитации данного института, поскольку их объективность и независимость от лиц, их создавших, ставилась под сомнение.

В Федеральном законе «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29.12.2015 закреплены принципы деятельности МКАС. В статье 4 — принцип эстоппеля, в ст. 18 — принцип независимости и беспристрастности арбитров, в ст. 21 — принцип конфиденциальности, в ст. 22 — принцип пропорциональности, в ст. 49 — принцип приоритета мирного урегулирования спора. Это свидетельствует об унификации национального законодательства с правом ВТО, в том числе. При этом следует отметить, что ранее действующая редакция ФЗ «О МКА» не содержала указания на принципы, кроме равноправия сторон, как и старый проект изменений ФЗ «О МКА» 2011 г., где дополнительно указывался только принцип добросовестности.

Принципы как основные начала правового регулирования данных общественных отношений имеют существенное значение; отсутствие их законодательного закрепления дает основание для возникновения споров на самом раннем этапе арбитражного

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

разбирательства — при определении содержания арбитражного соглашения, его действительности и, следовательно, компетенции коммерческого арбитража.

В новом Законе закреплена также презумпция действительности третейского (арбитражного) соглашения. При толковании арбитражного соглашения любые сомнения должны толковаться в пользу его действительности и исполнимости. Подобное прямое указание отсутствовало в ФЗ «О МКА», в связи с чем судебная практика развивалась по консервативному пути и любые сомнения в действительности арбитражного соглашения толковались в пользу его недействительности.

Развитие торговых отношений во всем их многообразии привело к необходимости закрепления новых способов заключения арбитражного соглашения с указанием, что письменная форма считается соблюденной, если арбитражное соглашение заключено, в том числе путем обмена письмами, телеграммами, телексами и иными документами, включая электронные документы, передаваемые по каналам связи, позволяющим достоверно установить, что документ исходит от другой стороны.

Впервые закон допускает заключение арбитражного соглашения путем включения его в правила организованных торгов или правила клиринга, в устав юридического лица на случай передачи в арбитраж споров участников созданного на территории России юридического лица с данным юридическим лицом. Арбитражное соглашение также считается заключенным, если стороны обменялись процессуальными документами, в которых одна сторона заявляет о наличии соглашения, а другая это не отрицает.

Существенные коррективы Закон внес и в деятельность постоянно действующих арбитражных учреждений, введя разрешительный порядок их создания. Согласно Закону № 382-ФЗ право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения будет предоставляться актом Правительства Российской Федерации на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства (далее — Совет). Только получив необходимое разрешение, организация вправе осуществлять деятельность по администрированию арбитража при условии размещения ею на своем сайте правил арбитража, депонированных в установленном Правительством Российской Федерации порядке.

Деятельность третейских судов, не соответствующих новым требованиям, будет прекращена.

На стадии подготовки Закона указанные положения вызвали критику со стороны части юридического сообщества. В частности, указывалось, что данные положения способствуют усилению государственной роли в третейском разбирательстве и усмотрению чиновников при создании арбитражных учреждений. В результате в целях минимизации влияния государства и повышения доверия к третейским судам в Закон введено ограничение, по которому число чиновников в Совете не должно превышать трети его состава.

Закон предъявляет к некоммерческой организации следующие требования, необходимые для получения права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения:

1. Соответствие представленных правил постоянно действующего арбитражного учреждения требованиям Закона № 382-ФЗ;
2. Наличие у постоянно действующего арбитражного учреждения рекомендованного списка арбитров, соответствующего требованиям Закона № 382-ФЗ;
3. Достоверность представленной информации о некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, и ее учредителях (участниках);

4. Репутация некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, масштаб и характер ее деятельности с учетом состава ее учредителей (участников);

5. Обеспечение высокого уровня организации деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения, в том числе в части финансового обеспечения создания и деятельности соответствующего учреждения, осуществление указанной организацией деятельности, направленной на развитие арбитража в России.

Несмотря на то, что указанный перечень является закрытым, очевидно, что требование к репутации, масштабу и характеру деятельности организации может быть широко истолковано, что приведет к субъективной оценке при принятии Советом решений. Более того, не вполне понятно, как сможет соответствовать репутационному критерию вновь созданная некоммерческая организация. Получается, что шанс на положительное решение имеют только те некоммерческие организации, которые либо уже функционируют, либо начнут функционировать и нарабатывать репутацию до обращения в компетентные органы.

Поскольку организация, считающая отказ в праве на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения необоснованным, может обжаловать его в суде, границы субъективного усмотрения при оценке репутации, скорее всего, будут вырабатываться судебной практикой.

Закон №382-ФЗ предусматривает, что арбитраж (третейское разбирательство) может осуществляться как в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, так и в рамках арбитража, осуществляемого третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора (суды *ad hoc*). При этом законодатель ограничил компетенцию третейского суда *ad hoc* по сравнению с третейским судом, администрируемым постоянно действующим арбитражным учреждением. К таким ограничениям относятся:

- 1) невозможность рассмотрения корпоративных споров<sup>8</sup>;
- 2) запрет установления сторонами *ad hoc* условия об окончательности вынесенного им решения;
- 3) недопустимость обращения к компетентному суду с запросом об оказании содействия в получении доказательств;
- 4) отсутствие права выполнять отдельные функции по администрированию спора, рассматриваемого судом *ad hoc*, как организацией, не являющейся постоянно действующим арбитражным учреждением.

С учетом меньшего администрирования арбитража *ad hoc* думается, что установление для них данных ограничений является обоснованным и направлено на недопущение злоупотреблений с использованием данных судов. Подобная точка зрения имеется и в научной литературе.

Помимо требований к арбитражному учреждению новый Закон предъявляет высокие требования к образованию и стажу третейских судей. Совет по совершенствованию третейского разбирательства будет запрашивать документы и сведения, в том числе содержащие персональные данные для проверки учредителей и списка арбитров суда. В таком списке должно быть не менее 30 арбитров, при этом не менее 50% из них должны иметь опыт работы не менее 10 лет в качестве арбитра (третейского судьи) или

<sup>8</sup> Габов А.В. Подведомственность корпоративных споров третейским судам (к дискуссии о проектах законов, направленных на реформирование законодательства о третейских судах) // Журнал российского права. 2015. № 3. С. 46–57.

статус федерального судьи в отставке, и не менее 30% должны иметь российскую научную степень по профильным специальностям (ст. 47 Закона № 382). Раньше закон ограничивался общими требованиями к квалификации третейского судьи: высшим юридическим образованием, отсутствием судимости и т.д. (ст. 8 Закона № 102-ФЗ)<sup>9</sup>.

Помимо соответствия высоким требованиям к репутации и профессионализму, суд должен быть независим в своих решениях. Закон содержит запрет на создание судов, зависимых от стороны спора, также установлен запрет на создание постоянно действующих арбитражных учреждений при коммерческих организациях. Закон предполагает, что постоянно действующие арбитражные учреждения будут являться подразделениями некоммерческих организаций, в функции которых будет входить администрирование арбитража (третейского разбирательства).

Как отмечают в литературе, критерием эффективности и справедливости третейского разбирательства является его независимость от участников экономических споров. С ростом числа хозяйственных споров такой юрисдикционный орган альтернативного разрешения споров становится важным элементом снижения нагрузки на государственные суды<sup>10</sup>.

Иными словами, арбитражные учреждения будут заниматься исключительно организационными вопросами по обеспечению арбитража (третейского разбирательства) без права разрешения споров, в то время как функции по разрешению споров будет осуществлять третейский суд, администрируемый данным арбитражным учреждением<sup>11</sup>.

Не все некоммерческие организации наделены правом на создание арбитражных учреждений. Перечень организаций, которым запрещено создавать арбитражные учреждения, приводится в Законе № 382-ФЗ.

Прежнее законодательство о третейских судах не предъявляло специальных требований к их созданию. Достаточно было утвердить регламент работы и уведомить государственный арбитражный суд о создании третейского суда. Эта ситуация привела к росту количества третейских судов и к злоупотреблению полномочиями. Компания-заказчик могла навязать третейскую оговорку и рассматривать спор в созданном ею суде. При этом директором лица, при котором создавался суд, мог оказаться истец или ответчик по делу. Это лишало процесс беспристрастности, и другой стороне спора приходилось оспаривать судебный акт или доказывать недействительность третейской оговорки в арбитражном суде<sup>12</sup>.

Закон № 382-ФЗ внес некоторые процедурные коррективы в работу судов: возможность судебного разбирательства на основе документов и других материалов без устных слушаний, а также расширил возможности использования электронных, магнитных, оптических и иных средств связи. Это, несомненно, обеспечит соблюдение принципа скорости и экономичности третейского разбирательства, как и введение возможности своим прямым соглашением предусмотреть, что арбитражное решение является для сторон окончательным. Окончательное арбитражное решение не подлежит отмене.

<sup>9</sup> Бодрова О. Реформа третейского законодательства // ЭЖ-Юрист. 2016. № 11. С. 8.

<sup>10</sup> Кажлаев С.А. Достижение баланса частного и публичного интереса в третейских спорах // Журнал российского права. 2016. № 4. С. 119–124.

<sup>11</sup> Долинская В.В. Проблемы правового статуса третейского суда и постоянно действующих арбитражных учреждений // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2017. № 4. С. 7–18.

<sup>12</sup> Решение Арбитражного суда Москвы от 13.04.2016 по делу № А40-91439/14-6-770 / [Электронный ресурс]: // URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/3f030665-57ba-4c18-be9e-fa406be8c93e/A40-91439-2014\\_20160413\\_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/3f030665-57ba-4c18-be9e-fa406be8c93e/A40-91439-2014_20160413_Reshenija%20i%20postanovlenija.pdf) (дата обращения: 09.01.2017)

Если в арбитражном соглашении не предусмотрено, что арбитражное решение является окончательным, такое решение может быть отменено по основаниям, установленным процессуальным законодательством Российской Федерации.

Данная норма полностью согласуется с п. 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда от 22.12.2005 №96, в соответствии с которым государственный арбитражный суд прекращает производство по делу об отмене решения третейского суда, если установит, что третейское соглашение содержит положение, согласно которому решение третейского суда является окончательным.

Мотивированный отказ компетентного суда в разбирательстве по делу, по которому было заключено действительное арбитражное соглашение, не может быть признан отказом в доступе к правосудию в смысле ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950), поскольку сторонами был предусмотрен иной порядок разрешения спора, отличный от стандартного судебного процесса. Это является примером реализации принципа автономии воли сторон.

Расширен перечень арбитрабельных споров в третейских судах. Закреплена возможность сторон исключить своим соглашением полномочия компетентного государственного суда по решению вопросов:

- об избрании (назначении) арбитра (ст. 11 Закона № 382)
- об отводе арбитра (ч. 3 ст. 13);
- о прекращении полномочий арбитра (ч. 1 ст. 14);
- об отсутствии у третейского суда компетенции (ч. 3 ст. 16);
- оспаривания арбитражного решения (ст. 40).

Также за третейскими судами впервые законодательно закреплено право рассматривать корпоративные споры (ч. 7 и 8 ст. 45). Установлены четкие критерии арбитрабельности для корпоративных споров, которые помогут решить вопрос, возможно ли передать спор на разрешение третейского суда.

К неарбитрабельным относятся споры, которые имеют элементы публично-правовых отношений и перечисленные в п. 2 ч. 1 ст. 225.1 АПК РФ. Остальные споры арбитрабельны и их можно условно разбить на две категории:

*Первая категория* — гражданско-правовые споры между сторонами, которые не оказывают влияния на третьих лиц или саму компанию. Например, по договорам о купле-продаже акций. Эти споры стороны вправе передать на рассмотрение третейского суда, если:

- арбитражные соглашения по ним заключаются не ранее 1 февраля 2017 г.;
- споры рассматриваются только в рамках арбитража, администрируемого ПДАУ (ч. 5 ст. 225.1 АПК РФ).

*Вторая категория* — споры, затрагивающие интересы других участников, самого юридического лица или третьих лиц. Чаще всего это споры по поводу акционерных соглашений. Стороны вправе передать такой спор на рассмотрение в третейский суд, если:

- соблюдаются условия для споров первой категории;
- есть арбитражное соглашение между организацией, всеми ее участниками, а также иными лицами, которые выступают истцами или ответчиками в таких спорах. Такое соглашение может быть заключено путем включения положения о нем в устав. Исключения составляют акционерные общества с числом акционеров свыше 1000 или публичные акционерные общества;

арбитражные учреждения, которые администрируют такие споры, имеют специальные правила по администрированию корпоративных споров, утвержденные и депонированные в соответствии с требованиями закона;

место арбитража находится на территории России (ч. 3 ст. 225.1 АПК РФ).

Целесообразно законодательно закрепить возможность включение арбитражных оговорок и в учредительный договор, что согласуется с Нью-Йоркской конвенцией «О признании и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений» (1958). Там указано, что арбитражное соглашение может быть не только частью договора, но и содержаться в других документах. Развивая это положение относительно и применительно к российскому праву, следует констатировать, что сложилась практика, устанавливающая, что при учреждении юридического лица с иностранным капиталом с условием, что российская или иностранная сторона-учредитель будет находиться в договорных отношениях с этим юридическим лицом, например, как управляющая компания, покупатель, заказчик, или в других договорных отношениях, целесообразно в учредительный договор вновь создаваемого юридического лица включить арбитражное соглашение.

До принятия нового Закона как в юридической литературе, так и на практике спорным являлся вопрос о действительности арбитражного соглашения при перемене сторон в основном обязательстве. Законодатель поставил в данной дискуссии точку, установив, что при перемене лица в обязательстве, применительно к которому заключено арбитражное соглашение, оно действует в отношении как первоначальных, так и новых кредитора и должника.

Несмотря на перечисленные положительные примеры имплементации принципов МКА в российское законодательство о третейских судах, следует отметить, что Закон № 382-ФЗ не лишен недостатков. Некоторые из нововведений характеризуются половинчатостью.

Так, ст. 17 нового Закона предоставляет третейскому суду (арбитражу) полномочия принятия обеспечительных мер, если стороны не договорились об ином. Такая же норма имела место в ранее действовавшей редакции ФЗ «О МКА». Но МКА крайне редко пользуется этим правом, что негативно в дальнейшем может сказаться на исполнении арбитражного решения. В связи с международной практикой, когда коммерческий арбитраж самостоятельно имеет право привлекать к ответственности за неисполнение принятого промежуточного решения об обеспечительных мерах, назрела необходимость:

- исключить из ст. 17 Закона № 382-ФЗ словосочетание «если стороны не договорились об ином», что расширяет возможности МКА для принятия решения об обеспечении иска;
- дополнить ст. 17 Закона № 382-ФЗ пунктом, что при неисполнении одной из сторон отдельного решения об обеспечительных мерах арбитраж (третейский суд) может приостановить рассмотрение исковых требований или встречных исковых требований или отклонить их путем вынесения окончательного решения.

Аналогичные нормы закреплены в Регламенте Лондонского суда международного арбитража и Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ (2010).

Также обострилась терминологическая проблема, связанная с применением ст. 35 «Постановление третейского суда» Закона № 382-ФЗ, которая гласит: «По вопросам, не затрагивающим существа спора, третейский суд выносит постановление». Между тем в теории процессуального права постановление является итоговым, а не промежуточным решением. Статья 37 ранее действующего Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» указывала, что по вопросам, не затрагивающим существа спора, третейский суд выносит определение. Представляется, что данный подход является более обоснованным. Аналогичный подход применяется законодателем относительно вынесения определений в ходе рассмотрения гражданских дел государственными судами не по существу спора (ст. 15 АПК РФ и ч. 1 ст. 224 ГПК РФ).

При бесспорной первичности экономических отношений право не только дает им форму, но и оказывает на них воздействие, что с очевидностью прослеживается на примере влияния правового института международного коммерческого арбитража на развитие и стабилизацию внешнеэкономических отношений, которые, в свою очередь, диктуют необходимость совершенствования законодательства.

Вступление в силу с 1 сентября 2016 г. Федерального закона № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», безусловно, окажет положительное влияние на совершенствование деятельности международного коммерческого арбитража, а ученым предстоит дальнейшее осмысление правовой природы арбитража и перспектив его развития.



## Библиография

Альтернативные способы разрешения споров между субъектами предпринимательской деятельности / С.С. Сулакшин [и др.]. М.: Научный эксперт, 2013. 272 с.

Барановская Е.А. Создание конкурентоспособного инвестиционного климата в России как основа модернизации: некоторые правовые аспекты // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2013. № 3. С. 143–151.

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

Вилкова Н.Г. Пределы процессуальной свободы сторон в международном коммерческом арбитраже, или Являются ли стороны хозяевами арбитражного процесса? / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сб. ст. к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда / под ред. А. А. Костина. М.: Статут, 2012. С. 51–67.

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

Гражданское процессуальное уложение Германии = Deutsche Zivilprozessordnung mit Einfuhrungsgesetz: вводный закон / под ред. В. Бергман. М.: Волтерс Клувер, 2006. 416 с.

Долинская В.В. Проблемы правового статуса третейского суда и постоянно действующих арбитражных учреждений // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2017. № 4. С. 7–18.

Иншакова А.О., Антипов И. Позитивные факторы и гибкие правовые средства развития международного коммерческого арбитража // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 5. Юриспруденция. 2014. № 1 (21). С. 30–39.

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

Кажлаев С.А. Достижение баланса частного и публичного интереса в третейских спорах // Журнал российского права. 2016. № 4. С. 119–124.

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

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

Berger K. The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration: Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law // ASA Bulletin. 2000. P. 667.

LCIA Director General's Report 2011. Available at: URL: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?Mediald=206> (дата обращения: 15.01.2017)

LCIA Registrar's Report 2012. Available at: URL: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?Mediald=261>, free (дата обращения: 15.01.2017)

## Implementing International Commercial Arbitration Principles in the Russian Legislation



**Svetlana Kazachenok**

Professor, Department of Civil and International Private Law, Volgograd State University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 100 Universitetsky Prospekt, Volgograd 400062, Russian Federation. E-mail: gimchp@volsu.ru, kazachenok@mail.ru



### Abstract

The arbitration of disputes arising between the parties by the international commercial arbitration courts is one of the most effective methods of conflict resolution in foreign economic transactions. Significant advantages of arbitration, including the International Commercial Arbitration, are based on the developed foreign legislation whose implementation in the Russian legal system in the ongoing judicial reform is analyzed by the author through the study of the principles of International Commercial Arbitration, such as the principle of promptness, principle of neutrality and internationalism, principle of justice economy, principle of parity of interests and business relations, principle of freedom of expression when choosing the law applicable, principle of confidentiality, principle of professionalism and disinterestedness of the referee. It was analyzed the main novella of the Federal Law of December 29, 2015 No. 382-FZ «On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation» and their influence upon legal doctrine and further practices, including the establishment of the presumption of validity of an arbitration agreement, the description of new methods of concluding an arbitration agreement, the introduction of a licensing procedure for the establishment of the permanent arbitral institutions along with the establishment of mandatory requirements to them, as well as the strict requirements for the arbitrators' education and experience. The new law has introduced a clear framework of the arbitrability of corporate disputes, which will help to decide on whether it is possible to transfer a particular dispute to arbitration. The author draws the conclusion on the expediency of legislative consolidation of possible including arbitration clauses into the articles of incorporation, which is consistent with New York Convention of 1958 "On Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", as well as of the changing the law on the application by International Commercial Arbitration of injunctive remedies and the need for introducing the institution of Emergency Arbitrator. The author notes that the Federal Law No 382-FZ is not without shortcomings, as some of the legal developments are characterized by halfway policy, that allows argue the need for its improvement.



### Keywords

International Commercial Arbitration; arbitration agreement; principles of International Commercial Arbitration; arbitrability of disputes; arbitration; alternative dispute resolution procedures.

Citation: Kazachenok S.Yu. (2017) Implementing International Commercial Arbitration Principles in the Russian Legislation. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 173–185 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.173.185



### References

Baranovskaya E.A. (2013) Sozdanie konkurentosposobnogo investitsionnogo klimata v Rossii kak osnova modernizatsii: nekotorye pravovye aspekty [Creating Competitive Investment Climate in Russia as a Basis for Modernization: Some Legal Aspects]. *Vestnik Baltiyskogo federal'nogo universiteta Kanta*, no. 3, pp. 143–151.

Berger K. (2000) The CENTRAL Enquiry on the Use of Transnational Law in International Contract Law and Arbitration: Selected Results from the First Worldwide Survey on the Practice of Transnational Commercial Law. *ASA Bulletin*, p. 667.

Bodrova O. (2016) Reforma treteyskogo zakonodatel'stva [Reform of Arbitration Legislation]. *EZh-Yurist*, no. 11, p. 8.

Dolinskaya V.V. (2017) Problemy pravovogo statusa arbitrazhnogo suda [Issues of Legal Status of Arbitration Court]. *Zakony Rossii*, no. 4, pp. 7–18.

Gabov A.V. (2015) Podvedomstvennost' korporativnykh sporov treteyskim sudam (k diskussii o proektakh zakonov, napravlennykh na reformirovanie zakonodatel'stva o treteyskikh sudakh) [Subject Matter Jurisdiction of Corporate Disputes as to Arbitration Courts (On the Drafts Concerning Reform of Arbitration Courts)]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 3, pp. 46–57.

Grazhdanskoe protsessual'noe ulozhenie Germanii = Deutsche Zivilprozessordnung mit Einfuhrungsgesetz (2006). V. Bergman (ed.). Moscow: Wolters Kluwer, 416 p. (in Russian)

Inshakova A.O., Antipov I. (2014) Pozitivnye faktory i gibkie pravovye sredstva razvitiya mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha [Positive Factors and Flexible Legal Tools to Develop International Commercial Arbitration]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta*. Seriya 5. Yurisprudentsiya, no. 1 (21), pp. 30–39.

Inshakova A.O. (2016) Reforma pravovykh osnov deyatel'nosti mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha v Rossiyskoy Federatsii: predposylki, obuslovlennost', perspektivy [Reform of the Legal Framework of ICA Activity in Russia: Prerequisites, Conditions, Perspectives]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 3, pp. 4–12.

Kazhlaev S.A. (2016) Dostizheniye balansa chastnykh i publicnykh interesov v treteyskikh sudah [Towards Balance of Private and Public Interests in Arbitration Courts]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no. 4, pp. 116–124.

LCIA Director General's Report. (2011) Available at: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=206> (accessed: 15.01. 2017)

LCIA Registrar's Report. (2012) Available at: <http://www.lcia.org//media/download.aspx?MediaId=261> (accessed: 15.01. 2017)

Panov A.A. (2015) Nuzhna li reforma Reglamenta MKAS, i esli da, to kakaya? [Is Reform of MKAS Necessary, and if yes, of what Kind?]. *Vestnik ekonomicheskogo pravosudiva*, no. 5, pp. 74–99.

Piskunov Ya. (2015) Treteyskoe razbiratel'stvo — eto ne biznes [Arbitration Procedure is not a Business]. *Zakon*, no. 10, pp. 6–16.

Sulakshin S.S. (2013) *Alternativnye sposoby razresheniya sporov mezhdub sub"ektami predprinimatel'skoy deyatel'nosti* [Alternative Ways and Means of Resolving Disputes between Entrepreneurial Entities]. Moscow: Nauchniy ekspert, 272 p. (in Russian)

Vilkova N.G. (2012) Predely protsessual'noy svobody storon v mezhdunarodnom kommercheskom arbitrazhe, ili yavlyayutsya li storony khozyaevami arbitrazhnogo protsesssa? [Limits of Procedural Freedom for the Parties in International Commercial Arbitration, or Are the Parties Control Arbitration?]. *Mezhdunarodnyi kommercheskiy arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya*. A.A. Kostin (ed.). Moscow: Statut, pp. 51–67.

# Практика как основа формирования международного обычая

---



## Ю.С. Ромашев

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



## Н.В. Остроухов

профессор кафедры международного права факультета права Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: ostroukhov\_nv@gov.ru

---



## Аннотация

В доктрине международного права, в деятельности государств и иных субъектов международного права распространена точка зрения, что «практика» является одним из основных элементов международного обычая. Вместе с тем нет единого мнения о характеристике обычно-правовой практики, а также обязательных требований, придающих такой практике особое качество. Не любая практика в отношениях субъектов международного права может стать прообразом обычной нормы международного права. В статье дана характеристика особенностей субъектов обычно-правовой практики и составляющих содержание практики отношений между субъектами международного права, ее видов и форм, а также составляющих основу практики видов деятельности государственных органов. Подробно рассматриваются требования к обычно-правовой практике, без которых обычай сформироваться не может. Авторы уточняют их перечень и предлагают к ним отнести: общность; единообразие и определенность; устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность); соответствие закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств. Эти требования носят системный характер, они взаимосвязаны, неразрывны и составляют единое целое. К числу важных требований к практике, носящих факультативный характер, предлагается относить ее прогрессивность. Согласно позиции авторов, продолжительность во времени не следует относить к числу требований к обычно-правовой практике, она является лишь ее характеристикой. В работе анализируется концепция «моментального обычая» и возможность ее применения. В короткий период времени формируется обычная норма, соответствующая практике в новой области межгосударственных отношений. Завершение становления обычно-правовой практики характеризуется ее определенностью и стабильностью на конкретном этапе развития общества. Вместе с тем длительная устойчивая практика является лучшим доказательством наличия обычно-правовой практики. Уделяется внимание формированию локальной обычно-правовой практики. Делается вывод, что всеобщая практика, как правило, проходит стадию практики двух или группы государств. В дальнейшем такая практика может расширяться ввиду ее позитивности и соответствия жизненно важным интересам государств.

---



## Ключевые слова

международное право; источники международного права; международный обычай; право международных обычаев; обычные нормы международного права; международная практика.

---

Библиографическое описание: Ромашев Ю.С., Остроухов Н.В. Практика как основа формирования международного обычая // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 186–199.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.186.199

Международный обычай является одним из основных источников международного права, а его роль в наше время, несмотря на широкое распространение международных договоров, неуклонно возрастает. Вместе с тем эффективность международно-правового регулирования с использованием обычных норм международного права существенно снижается в связи с отсутствием общего понимания термина «международный обычай», его структуры и особенностей формирования. В настоящее время как в доктрине международного права, так и в практике государств, международном судопроизводстве преобладает точка зрения о двухэлементной структуре международного обычая, основанной на ст. 38 Статута Международного суда ООН, согласно которой международный обычай определяется «как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Проблемным вопросом также является выявление наличия обычной нормы международного права и установление ее содержания.

Несмотря на различия в понимании сущности международного обычая, «практика» как его элемент признается большинством ученых в области международного права. Хотя ради справедливости заметим, что довольно трудно рассматривать обычно-правовую практику в отрыве от ее последующего качественного состояния — правовой нормы.

В общем понимании норма права — это правило поведения, являющееся юридически обязательным для тех или иных субъектов права. В международном праве эта формулировка имеет особенности в зависимости от источников, в которых содержится это правило. Так, норма международного договора — это правило поведения, содержащееся в международном договоре, в отношении которого государства и/или иные субъекты международного права выразили юридическую обязательность. В свою очередь норма международного обычая — это всеобщее правило поведения (всеобщая практика), признанное государствами и/или иными субъектами международного права в качестве правовой нормы (несколько по-иному можно определить локальный обычай — *прим. авторов*). Эти общеизвестные постулаты должны быть положены в основу анализа формирования международного обычая как правовой нормы, его двухэлементного состава. Практику непременно следует ассоциировать с правилом поведения. К сожалению, во многих научных конструкциях в отношении содержания обычной нормы про это забывают, и, как следствие, рассуждения относительно международного обычая нередко осуществляются в отрыве от его содержания, не всегда носят последовательный характер и в конечном итоге довольно часто заходят в тупик.

Вместе с тем не любая практика в отношениях субъектов международного права может стать прообразом обычной нормы международного права, т.е. носить обычно-правовой характер. Такую практику иногда также называют «обыкновением» (“*usus*”, “*consuetude*” или “*diuturnitas*”), используя эти термины как взаимозаменяемые<sup>1</sup>. В дальнейшем она может по-прежнему оставаться обыкновением, не имеющим юридически значимого характера, и тем самым не стать обычной нормой международного права.

<sup>1</sup> Вуд М. Второй доклад по теме «Выявление международного обычного права». Комиссия международного права. 66-я сессия. Женева, 5.05–6.06 и 7.07–8.08 2014. Документ ООН A/CN.4/672. С. 17; Crawford J. Brownlie's Principles of Public International Law. Oxford, 2012. P. 24; и др.

Вместе с тем обыкновения становятся нормами международного права после их правового признания в международном обычае или закрепления в международном договоре.

В доктрине международного права нашли отражение самые различные характеристики обычно-правовой практики, а также обязательные к ней требования, придающие такой практике особое качество. По нашему мнению, обычно-правовую практику характеризуют прежде всего особенности ее субъектов, отношений между субъектами международного права, составляющих содержание практики, ее видов и форм, видов деятельности государственных органов, составляющих основу практики.

**Субъекты практики.** В основе практики, свойственной формирующейся обычной норме международного права, лежит правило поведение, которое в дальнейшей перспективе могло бы регулировать межгосударственные отношения между субъектами международного права. При этом приоритетное значение отводится государствам как основным субъектам международного права.

В обычном нормообразовании важную роль играет также практика международных межправительственных организаций, которая складывается как в их отношениях с государствами, так и между самими международными организациями. Это обусловлено увеличением числа международных организаций, возрастанием их роли и активности в международном общении. Нельзя не указать и на наличие обычно-правовой практики внутри самих международных организаций, например по организационным вопросам. Международный Суд ООН при рассмотрении переданных дел и вынесении консультативных заключений неоднократно обращался к внутренней практике международных организаций.

Вместе с тем деятельность субъектов международного права проявляется в работе органов (государственных, международных) и иных лиц, уполномоченных выступать на международной арене от имени таких субъектов и действия которых могут быть приписаны субъектам международного права, несущим международно-правовую ответственность. Этот подход, в частности, отражен в резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 12.12. 2001 № 56/83 «Ответственность государств за международно-противоправные деяния»<sup>2</sup>.

Применительно к новой практике в ее обычно-правовом контексте действия субъектов международного права должны соответствовать их международной правоспособности — универсальной или ограниченной. Так, государства, обладающие универсальной правоспособностью, должны действовать исходя из своего суверенитета и вытекающих из него суверенных прав и юрисдикции, не противоречащих основным принципам международного права. Вместе с тем такая практика не должна нарушать аналогичные права других государств, иных субъектов международного права, существующие международные договоры этого государства. Субъекты, участвующие в формировании обычных норм международного права, не могут выходить за пределы своей компетенции, предусмотренной для государств национальным законодательством и их международно-правовыми обязательствами, а для международных межправительственных организаций — учредительных договоров и других связанных с ними юридически обязательных документов. В противном случае такая практика будет противоправной с позиции законодательства государства или международного права, или того или другого. Нередко обычно-правовая практика призвана закрывать пробелы в международно-правовом регулировании или, при соответствующей имплементации — пробелы в законодательстве государств. Хотя следует заметить, что имеют место слу-

<sup>2</sup> Генеральная Ассамблея ООН. Официальные отчеты. 63-я сессия. Дополнение № 10 (A/63/10).

чаи, когда возникала обычно-правовая практика, противоречащая международным договорам или развивающая их положения. Например, это касается разрешительного порядка нерегулярных полетов над территорией государства иностранных воздушных судов, занятых в международных воздушных сообщениях, предусмотренного Чикагской конвенцией о международной гражданской авиации (1944), или порядка голосования в Совете Безопасности ООН.

**Отношения между субъектами международного права, составляющие содержание практики.** Важным для обычно-правовой практики является вопрос о том, входят ли в практику, ведущую к формированию международного обычая, только действия и заявления государств на международной арене или также внутригосударственная деятельность<sup>3</sup>.

Во многих случаях практика, которая могла бы стать в будущем обычаем, представляет собой новое правило поведения, которое при соответствующем признании в качестве правовой нормы призвано в будущем регулировать межгосударственные отношения, взаимоотношения субъектов международного права. Такая практика носит согласительный характер (вопросы дипломатических сношений и т.п.). Вместе с тем практика может иметь отношение и к внутригосударственной жизни (права и свободы человека, режим иностранцев, предоставление гражданства, уголовно-процессуальные вопросы и т.п.), а также к внутренней деятельности международных организаций (порядок уплаты членских взносов международных организаций, правила, регулирующие иные внутриорганизационные вопросы их деятельности). В этой ситуации практика, как правило, не носит согласованного с другими государствами характера, хотя государство может рассматривать зарубежную внутригосударственную практику как образец, соглашаться с ней путем заимствования. Но в любом случае должна быть убежденность государств рассматривать ту или иную практику как обычно-правовую. Например, это относится к практике, лежащей в основе таких обычно-правовых норм, как право человека на жизнь, беспрепятственный доступ к правосудию и т.п.

**Виды практики.** По общему мнению, обычно-правовая практика может иметь такие разновидности, как действия или бездействия. В отношении последних, их значения для формирования обычных норм международного права ведется немало споров среди ученых и практиков.

Само бездействие обычной нормы не создает. В противном случае любое бездействие уже закладывало бы фундамент обычной нормы международного права. По нашему мнению, бездействие может рассматриваться как обычно-правовая практика только когда оно закладывает основу межгосударственных отношений по тому или иному вопросу.

О бездействии как виде практики упоминается в ряде международных судебных решений, в частности, в решении по делам «Lotus»<sup>4</sup>, о военных и полувоенных действиях США против Никарагуа<sup>5</sup>. Практика воздержания от тех или иных действий на международной арене проявляется в таких основополагающих принципах международного права, как невмешательство и уважение суверенитета государств.

<sup>3</sup> Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дисс... к. ю. н. М., 2006. С. 81, 82.

<sup>4</sup> The Case of the SS 'Lotus' (France v Turkey), P.C.I. J. 1927. Series A. No. 10.

<sup>5</sup> Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits. Judgment. I.C.J. Reports 1986.

**Формы практики.** В доктрине международного права идут споры о том, какие формы может иметь обычно-правовая практика. На этот счет сложились две концепции относительно физических действий, а также письменных, устных заявлений. Споры идут в отношении вопроса, включает ли такая практика только физические действия, или только вербальные действия, или то и другое. По мнению М. Вуда, практика может иметь форму как физического, так и вербального действия<sup>6</sup>. Многие ученые стоят на противоположной позиции и утверждают о том, что до тех пор, пока государства не приняли меры по обеспечению исполнения вербальных актов, они не могут составлять материальный признак международного обычая<sup>7</sup>.

Физические действия государств, несомненно, являются основой для формирования обычных норм международного права. Вместе с тем, как указывалось выше, они не могут быть вне правового поля государства. Они должны быть облачены в форму тех или иных законодательных или иных нормативных правовых актов, или международных договоров, или, по крайней мере, должны быть не запрещены.

К сожалению, позитивность вербальных актов, в частности тех или иных заявлений уполномоченных государствами лиц, в качестве основы для формирования обычных норм международного права в настоящее время снижается. Государства преследуя узкие, эгоистические интересы (экономические, политические и т.д.) и активно противодействуя друг с другом на международной арене, довольно часто меняют позицию по межгосударственным вопросам. Поэтому, по нашему мнению, к вербальной практике следует относиться осторожно. При анализе такой практики необходимо смотреть на то, что делают государства и иные субъекты права, а не на то, что они заявляют. С этим согласны многие ученые в области международного права. Важно также смотреть на связь заявлений государств с их последующим юридически-правовым закреплением.

**Виды деятельности государственных органов, составляющие основу практики.** Как указывалось выше, практика государств состоит из присваиваемого ему поведения, будь то при осуществлении исполнительной, законодательной, судебной или любой другой функции<sup>8</sup>. Хотя имеют место иные точки зрения тех ученых, которые отвергают законодательную и судебную практику государств в создании обычных норм международного права.

К вербальному (письменному, устному)<sup>9</sup> поведению исполнительной власти государств нередко относят их указы и постановления, официальные заявления глав государств, правительств или ведомств иностранных дел по тем или иным международным проблемам, заявления данных лиц в парламенте, на международных конференциях или в международных организациях, пресс-релизы и заключения официальных юридических советников, руководства, разработанные в государствах по правовым вопросам (например, руководства по военному праву, распоряжения по вооруженным силам, правила боевых действий), позиции, выраженные государствами в национальных или международных судах и трибуналах, протесты в связи с резолюциями международных организаций и конференций, заявления от имени государств в отношении мер кодификации и т.п. В области дипломатических сношений — это дипломатические акты и кор-

<sup>6</sup> Документ ООН A/CN.4/672. С. 40.

<sup>7</sup> Weisburd A.M. Customary International Law: The Problem of Treaties // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1988. Vol. 21. No. 1. P. 31; Brownlie I. Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom // *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Ruiz*. Vol. I. Roma, 2004. P. 313–314.

<sup>8</sup> Док. ООН A/CN.4/672. С. 21.

<sup>9</sup> Там же. С. 22.

респонденция, в частности вербальные ноты, протесты посредством дипломатических представительств против практики других государств или иных субъектов международного права<sup>10</sup>. Вместе с тем Комиссия международного права ООН обратила внимание, что с учетом неизбежности перемен, как политических, так и технологических, и их темпов попытка составить исчерпывающий перечень этих «материальных источников» международного обычного права не является ни возможной, ни желательной<sup>11</sup>.

То, что касается законодательной практики (не практики законотворчества. — *прим. авт.*), то о ней, по нашему мнению, может идти речь, когда практика и ее признание в качестве правовой нормы могут рассматриваться как единое целое. В любом случае реализация таких законодательных норм основывается на действиях или бездействии органов исполнительной власти. Например, установление прибрежным государством с помощью своего законодательства 12-мильного предела территориального моря и напущенные его неправомерного пересечения обеспечиваются органами исполнительной власти государства, а также уважением этого правила другими государствами и их судами.

Споры идут и в отношении практики внутригосударственных судов. Отдельные государства относят судебную практику, прежде всего, в вопросах, относящихся к межгосударственным отношениям, к обычно-правовой практике. Есть и иные точки зрения, так, по мнению Г.М. Даниленко, в принципе внутреннее судебное решение само по себе не может играть независимую роль в создании межгосударственной практики, так как оно не является выражением первоначального притязания государства в области международных отношений<sup>12</sup>.

Вместе с тем к обычно-правовой практике, по мнению ученых, предъявляется ряд требований, без которых обычаи сформироваться не может. Заметим, что в доктрине международного права перечень этих требований не устоялся, нередко они именуется по-разному и довольно часто в них вкладывается различный смысл. К их числу относят: 1) общность (всеобщность); 2) единообразие и определенность; 3) устойчивость и постоянство; 4) продолжительность<sup>13</sup>. Некоторые авторы ограничивают их всеобщностью, единообразием и постоянством<sup>14</sup>.

**Общность практики.** При оценке общности обычно-правовой практики важно определение круга ее участников, а именно, ее всеобщности (для универсального международного обычая) и партикулярности (для локального международного обычая), т.е. практики, возникающей среди двух и более государств. Именно общность практики государств рассматривалась Комиссией международного права ООН в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права. Наоборот, отсутствие общности практики государств рассматривается как обстоятельство, исключающее существование нормы международного обычного права<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> См.: Документ ООН A/CN.4/672. С. 40; Crawford J. Op. cit. P. 24.

<sup>11</sup> Yearbook of the International Law Commission. N.Y., 1950. Vol. II. (United Nations Publication. No. 1957.). P. 368.

<sup>12</sup> Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М., 1988. С. 70, 71, 72.

<sup>13</sup> См. Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law // International Law Association. 69th Conference. Report of the Committee on the Formation of Customary (General) International Law. London, 2000. P. 20; Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

<sup>14</sup> Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 93–95.

<sup>15</sup> Формирование и доказательства существования международного обычного права. Меморандум Секретариата Комиссии международного права. 65-я сессия. Женева, 5.05.– 7.06. и 8.07.– 9.08. 2013. A/CN.4/659. С. 9.

**Всеобщность практики (для универсального международного обычая).** Напомним, что ст. 38 Статута Международного суда ООН определяет международный обычай, как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы. Вместе с тем понятие всеобщности до сих пор не нашло формального правового закрепления ввиду неопределенности в данном вопросе, которая наблюдается в доктрине международного права.

По мнению И.И. Лукашука, обычная норма международного права принимается большинством государств, представляющих главные формы цивилизации и основные правовые системы мира, т.е. международным сообществом в целом<sup>16</sup>. Широкое распространение нашла точка зрения, согласно которой для того, чтобы норма общего международного обычного права возникла, практика необязательно должна быть единодушной (всеобщей), однако она должна быть «обширной», т.е. распространенной. Есть, в частности, мнение, что при анализе практики государств невозможно теоретически определить точное их число, которое необходимо для того, чтобы практика была признана «общей». В одних случаях даже «внушительное» число государств, следующих той или иной практике, не всегда может быть достаточно; а в других — вполне возможно, что практике следует лишь относительно небольшое число государств и бездействия других будет достаточно для создания нормы международного обычного права<sup>17</sup>. Можно услышать схожее мнение, что практика, которой придерживается весьма небольшое число государств, может создавать норму обычного права, если нет практики, противоречащей этой норме<sup>18</sup>.

Конечно, в этом вопросе обо всех государствах не может идти и речи. Даже сложно назвать точное число государств, существующих в настоящее время в мире. На это влияют не только объективные причины, но и субъективные политические оценки государств и международных организаций, их отношение к тем или иным государственным образованиям. Сегодня, как известно, в ООН входит 193 государства-члена. Однако около десятка образований, имеющих признаки государственности, либо не признаны другими государствами, либо признаны недостаточным их количеством, и их правовой статус вызывает споры. 46 владений имеют постоянное коренное население и собственное гражданство. Существуют 35 зависимых территорий, имеющих постоянное население. В Общероссийском классификаторе стран мира (ОКСМ) число государств, государственных образований и территорий с различным правовым статусом достигает 251<sup>19</sup>. В пределах этих территорий может существовать та или иная практика относительно тех или иных правил поведения, имеющих отношение к межгосударственным отношениям. Поэтому в широком смысле можно говорить именно о такой обширной практике. В узком смысле — о практике государств, являющихся общепризнанными субъектами международного права, прежде всего членов ООН, хотя, по нашему мнению, это не в полной мере отражает «всеобщую практику». Вместе с тем в рамках ООН можно получать более или менее достоверные сведения о той или иной практике ее членов, чтобы оценить ее обычно-правовой характер.

<sup>16</sup> Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М., 1997. 128 с.

<sup>17</sup> Villiger M. Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources. The Hague, 1997. P. 30; Документ ООН A/CN.4/672. С. 43–44; North Sea Continental Shelf Judgment. I.C.J. Reports 1969. P. 3, p. 42, para 73.

<sup>18</sup> Akehurst M. Custom as a Source of International Law // British Yearbook of International Law. London, 1977. Vol. 47. No. 1. P. 18.

<sup>19</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://classifikators.ru/oksm#codes> (дата обращения: 01.02.2017)

По нашему мнению, практика возникает среди государств и иных субъектов международного права, которые могут реализовать то или иное правило поведения. Когда мы рассматриваем возникновение, например, норм международного морского права, то мы анализируем практику государств, которые имеют суда, плавающие под их флагом. В международном воздушном праве это государства, которые участвуют в международном воздушном сообщении, т.е. имеют летательные аппараты или над территорией, которых осуществляются международные полеты. В международном космическом праве это государства, которые в той или иной мере участвуют в исследовании и использовании космического пространства. Поэтому круг государств, среди которых может возникнуть практика, всегда ограничен, хотя, следуя принципу суверенного равенства государств, он может быть расширен за счет государств, которые при возникновении соответствующих условий и возможностей в дальнейшем могут стать субъектами обычно-правовой практики. Однако может иметь место и другая ситуация, когда практика имеет отношение ко всем государствам без каких-либо ограничений. Например, это относится к практике, на которой базируются обычные нормы международного права в области прав человека.

Важность критерия, отражающего заинтересованность в практике, потребность в ней, находит отражение в доктрине международного права<sup>20</sup>. По мнению Г.М. Даниленко, во многих случаях все государства оказываются затронутыми в равной мере, в других «затронутыми в особой мере»<sup>21</sup>.

**Обычность практики двух и более государств (для локального международного обычая).** Всеобщая практика, как правило, проходит стадию практики двух или группы государств. В дальнейшем такая ограниченная практика может расширяться ввиду ее позитивности и соответствия жизненно важным интересам государств. Например, два государства могут договориться, что их морские суда на взаимной основе могут заходить в порты друг друга без разрешения. Третье государства, видя, что такая практика имеет место и благотворно влияет на развитие межгосударственных отношений в экономической, культурной и иных сферах, способствует укреплению взаимопонимания между ними, может обратиться к этим государствам с предложением о применении такого рода практики в отношении себя. Таким образом, можно говорить о становлении локального обычая, которое не обязательно может стать всеобщей практикой. Хотя не исключено, что в дальнейшем этот процесс может получить дальнейшее распространение и достигнуть регионального, субрегионального или всеобщего уровня. Видимо, так и было в истории становления такого рода обычно-правовой практики в области международного морского права. В качестве примера ограниченной практики, которая лежит в основе возникновения локального обычая, можно привести норму, сложившуюся в отношениях США, Великобритании и СССР, а также ряда других государств, которые предоставляли дипломатические иммунитеты и привилегии административно-техническому персоналу и обслуживающему персоналу иностранных дипломатических представительств.

Рассматривая процесс обычного нормообразования в целом, Г.И. Тункин отмечал, что обычное правило может быть создано практикой ограниченного числа государств.

<sup>20</sup> См., напр.: Worster W. The Transformation of Quantity into Quality: Critical Mass in the Formation of Customary International Law // Boston University International Law Journal. 2013. No 1. P. 63; Ромашев Ю.С. Некоторые подходы к определению условий формирования общепризнанных норм международного права // Российский ежегодник международного права. М., 1999. С. 297–306.

<sup>21</sup> См., напр.: Danilenko G.M. Law-Making in the International Community. Dordrecht, 1993. P. 95.

Будучи признано в качестве правовой нормы, оно иногда является вначале обычной нормой, имеющей ограниченную сферу применения, которая путем признания этой нормы другими государствами постепенно расширяется, приближая соответствующую норму к общепризнанной норме международного права<sup>22</sup>.

**Единообразии и определенности практики.** В основе международного обычая лежит единообразная практика, которая рассматривается Комиссией международного права ООН в качестве ключевого соображения при выявлении нормы международного обычного права. При этом Комиссия употребляет различную терминологию, а именно, «единообразие» или «единообразная практика», «устоявшаяся практика», «четко установленная практика», «прочно укоренившаяся практика» и т.п.<sup>23</sup>

Вместе с тем, несмотря на столь «строгий» критерий, в доктрине международного права и практике существует точка зрения, что требование единообразия практики означает, что в аналогичных ситуациях действия различных государств должны быть в целом идентичными. Так, в решении по делу о военных и полувоенных действиях США против Никарагуа Международный Суд ООН отметил, что, по его мнению, для формирования обычной нормы не требуется, чтобы «практика полностью строго соответствовала данной норме»<sup>24</sup>. Согласно точке зрения Г.М. Даниленко, абсолютного единообразия практики не требуется: главное состоит в том, чтобы правило поведения, лежащее в основе практики, проявилось достаточно четко и в целом рассматривалось как необходимый стандарт поведения<sup>25</sup>. При этом нередко употребляется схожее требование к практике — ее **определенность** как следствие единообразного поведения.

Выполнение требования определенности необходимо для того, чтобы на основании единообразной практики можно было сформулировать общее правило. Причем, как и в случае с единообразием, по мнению И.И. Лукашука, достижения абсолютной определенности для формирования обычая не требуется, да и это не всегда возможно: «проблема определенности — одна из главных для обычного права, которое характеризуется недостаточной четкостью, расплывчатостью»<sup>26</sup>. Существуют и иные точки зрения; так, Л.Р. Шаммасова считает, что имеют место сомнения в необходимости выделения «определенности» практики в качестве самостоятельного требования и, по ее мнению, если практика удовлетворяет критериям постоянства и единообразия, то она не может быть неопределенной<sup>27</sup>.

Подобного рода заявления о необязательности абсолютного единообразия и определенности касаются, по нашему мнению, только общих норм, скорее принципов международного права, нежели конкретных норм, регулирующих специальные вопросы межгосударственных отношений. Расплывчатость формулировок, оправдываемых такими утверждениями, как раз и ведут к неэффективности обычно-правового регулирования, снижению его авторитета. В каждом случае необходимо выяснять, о какой практике идет речь, ее содержание, а также какой она имеет характер — общий или конкретный.

**Устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность) практики.** Чтобы стать основой международного обычая практика не должна быть хаотичной, то возни-

<sup>22</sup> Тункин Г.И. Теория международного права. М., 2000. С. 111.

<sup>23</sup> Документ ООН А/СН.4/659. С. 10, 13, 14.

<sup>24</sup> I.C.J. Reports 1986. P. 98.

<sup>25</sup> Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

<sup>26</sup> Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М., 1997. С. 223.

<sup>27</sup> Шаммасова Л.Р. Указ. соч. С. 86.

кать, то исчезать, т.е. согласно доктрине международного права, она должна быть устойчивой (стабильной), а также постоянной (непрерывной) во времени. По мнению Л.Р. Шаммасовой, требование постоянства означает, что практика должна быть достаточно устойчивой, стабильной, в отличие от простого существования одного или нескольких прецедентов<sup>28</sup>. Согласно утверждению Г.М. Даниленко, требование постоянства — необходимое требование, предъявляемое к практике государств, а процесс формирования обычной нормы предполагает наличие длящейся и повторяющейся практики<sup>29</sup>. Хотя Г.И. Тункин указывал на международную практику, имеющую перерыв. Несмотря на то, что, по его мнению, непрерывность не играет решающей роли в процессе образования нормы международного права, он подчеркивал, что прерывность может разрушить обычное правило поведения, и все зависит от того, какой характер имеет эта прерывность<sup>30</sup>. В любом случае, по нашему мнению, чтобы оценить наличие обычной нормы международного права рассматривают наличие устойчивой практики на конкретном этапе развития общества, и не имеет существенного значения, что в предыдущие этапы был перерыв. Хотя длительная устойчивая практика является лучшим доказательством наличия обычно-правовой практики.

**Продолжительность во времени.** Время является характеристикой становления и существования того или иного правила поведения в отношениях государств и иных субъектов международного права. Эта характеристика тесно связана с предыдущими требованиями. Правило может стать устойчивым и постоянным в течение определенного, более или менее длительного периода времени и не должно быть некоторым эпизодическим фактом. Хотя существует точка зрения, что современный обычай может возникать из практики, сложившейся в короткий период времени, даже в результате одного факта.

Да, действительно, ранее существовал обычай, что обычная норма международного права складывается в течение длительного периода времени. По мнению Г.М. Даниленко, прохождение определенного периода времени необходимо прежде всего в связи с тем, что государства должны иметь возможность узнать о правовых притязаниях других государств и соответствующим образом отреагировать на них<sup>31</sup>. Ныне, в реалиях современного информационного и динамично развивающегося общества, данная норма права международных обычаев претерпела изменения, и фактор времени не является решающим.

Длительный период времени становления обычно-правовой практики присущ процессу формирования нормы, для которой характерна противоречивая практика государств, нередко преследующих различные интересы. Например, это относится к истории становления обычной нормы о мирном проходе судна через территориальные воды (море) прибрежного государства, или же принципа открытого моря. Длительная противоречивая практика имеет место в отношении правила о 12-мильном максимальном пределе ширины территориального моря. Несомненно, что ввиду расширяющейся практики такое правило наряду с договорной нормой становится и обычной нормой международного права.

По нашему мнению, в короткий период времени формируется обычная норма, соответствующая практике в какой-либо новой области межгосударственных отношений.

<sup>28</sup> Там же. С. 84.

<sup>29</sup> Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 91.

<sup>30</sup> Тункин Г.И. Указ. соч. С. 100.

<sup>31</sup> Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 95.

Например, это касается безальтернативной по своему характеру нормы, предусматривающей свободу исследования и использования космического пространства в мирных целях. Она, по мнению многих ученых, возникла с момента запуска первого искусственного спутника Земли, и в этой связи была выдвинута концепция «моментального обычая». С нашей точки зрения, в таком событии в области использования космоса были прогрессивность и его поддержка мировым сообществом, а также невозможность государств, не участвующих в такой деятельности, каким-либо образом протестовать, — ведь космическое пространство никому не принадлежит, его невозможно присвоить, а ущерб от подобного рода полетов никто не нес (разве только «моральный»).

Вместе с тем следует заметить, что до этого полета сложилась другая обычная норма международного права, содержащая правило, согласно которому нельзя присвоить какую-либо территорию, если она не принадлежит какому-либо государству, а принадлежит всему мировому сообществу. Практика в области исследования и использования космического пространства в мирных целях, лежащая в основе данной нормы, не противоречила суверенитету ни одного из государств. Поэтому, наверное, это один из примеров формирования «моментального обычая»<sup>32</sup> при отсутствии альтернатив иной практике. То же самое можно сказать и о других областях международного права. Так, в ходе выступлений в Комиссии международного права ООН была выдвинута идея, что обычно-правовой принцип, в соответствии с которым государства обладают суверенитетом над воздушным пространством над их территорией, возник «мгновенно»<sup>33</sup>.

Вместе с тем, концепция «моментального обычая» имеет много противников. По мнению Г.М. Даниленко, поскольку обычай создается практикой государств, «моментального» или «мгновенного», обычай в реальной международной жизни быть не может. Для возникновения, консолидации и признания всеобщей практики необходимо наличие ряда прецедентов, состоящих из фактических действий, односторонних или многосторонних актов, что, как правило, требует прохождения, по крайней мере, определенного периода времени<sup>34</sup>.

Трудно найти компромисс между сторонниками «длительности формирования обычно-правовой практики»<sup>35</sup> и «возможности ее краткосрочности»<sup>36</sup>. По нашему мнению, длительность практики не является определяющей в рассматриваемом вопросе и вообще не является требованием к обычно-правовой практике. Время возникновения такой практики определяется становлением ее определенности, стабильности. Когда произойдет стабилизация в единообразии практики, ее определенность, тогда и можно рассуждать о возможности окончания становления обычно-правовой практики. Есть точка зрения, что при условии, что практика является достаточно общей и последовательной, конкретной продолжительности не требуется<sup>37</sup>. В каждом случае, по нашему мнению, необходимо анализировать практику на предмет соответствия этим вопросам.

<sup>32</sup> Лукашук И.И. Указ. соч. С. 76.

<sup>33</sup> Даниленко Г.М. Указ. соч. С. 98.

<sup>34</sup> Там же.

<sup>35</sup> Например, особое мнение судьи В.М. Корецкого по делу об определении границ континентального шельфа между Данией и ФРГ и между ФРГ и Нидерландами. См.: *Корецкий В.М. Избранные труды.* Киев, 1989. Кн. 2. С. 382.

<sup>36</sup> См.: Лукашук И.И. *Источники международного права.* Киев, 1966. С. 59; *Международное право / отв. ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунов. М., 1999. С. 109; Броунли Я. Международное право. В 2-х кн. М., 1977. Кн. 1. С. 28; Курс международного права в 7 т. М., 1989. Т. 1. С. 193.*

<sup>37</sup> Документ ООН A/CN.4/672. С. 52.

О факторах, которые могут повлиять на сокращение времени становления обычно-правовой практики, приходится говорить отдельно. Об этом уже много написано. Например, к их числу относят развитие средств коммуникации, прежде всего Интернета, активизацию международного общения государств, посредством проведения различного рода форумов и иных мероприятий, выпуска многочисленных научных публикаций. С помощью современных средств массовой информации государства быстро узнают о различных сторонах деятельности друг друга.

Поэтому в доктрине международного права в настоящее время начинает складываться общее мнение о необязательности длительного времени для формирования обычно-правовой практики. Как отмечал Международный суд ООН в деле о континентальном шельфе Северного моря, «непродолжительность существования не является обязательно или сама по себе препятствием для формирования новой нормы обычного международного права»<sup>38</sup>.

Обычно-правовая практика не должна отражать сиюминутные потребности. По нашему мнению, одни из ключевых требований, которые должны предъявляться к обычно-правовой практике, — это **соответствие практики закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств**, во многих случаях, **ее прогрессивность**. В противном случае практика не приживется. По мнению Ш. Вишера, обычная норма появляется тогда, когда практика в результате единообразного применения является достаточно стабилизировавшейся и в ней наблюдается выражение равновесия или хотя бы временной стабилизации существующих интересов<sup>39</sup>.

Таким образом, к числу основных требований к обычно-правовой практике можно отнести: ее общность; единообразие и определенность, устойчивость (стабильность) и постоянство (непрерывность), соответствие закономерностям общественного развития, потребностям развития межгосударственных отношений, общим интересам государств. Данные требования носят системный характер, они взаимосвязаны, неразрывны и составляют единое целое. Прогрессивность практики носит важный, но факультативный характер. Продолжительность во времени не следует относить к числу требований к обычно-правовой практике, она является лишь ее характеристикой.



### Библиография

- Броунли Я. Международное право. В 2-х кн. М.: Прогресс, 1977. Кн. 1. 507 с.
- Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. М.: Наука, 1988. 192 с.
- Корецкий В.М. Избранные труды. Киев: Наукова Думка, 1989. Кн. 2. 382 с.
- Лукашук И.И. Источники международного права. Киев, 1966. 125 с.
- Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М.: Спарк, 1997. 223 с.
- Международное право: учебник. Отв. ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов. М., 1999. 109 с.
- Ромашев Ю.С. Право международных обычаев в системе международного права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 103–112.
- Тункин Г.И. Теория международного права. М., Зерцало, 2000. 111 с.
- Шаммасова Л.Р. Международно-правовой обычай в современном международном праве: дис... к.ю.н. М., 2006. 214 с.

<sup>38</sup> I.C.J. Reports, 1969. P.43.

<sup>39</sup> De Visscher C. Coutume et traité en droit international public. Paris, 1955. P. 356.

Brownlie I. Some Problems in Evaluation of Practice of States as an Element of Custom // *Studi di diritto internazionale*. 2004. Vol. 1. P. 313–318.

de Visscher Ch. *Coutume et traité en droit international public*. Paris: Institut des hautes études internationales, 1955. 369 p.

Crawford J. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. 888 p.

Danilenko G.M. *Law-Making in the International Community*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993. 344 p.

Villiger M. *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997. 378 p.

Weisburd A.M. Customary international Law: The Problem of Treaties // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 1988. Vol. 21. No. 1. P. 1–46.

---

## Practice as a Basis of Forming International Custom



**Yuriy S. Romashev**

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



**Nikolai V. Ostroukhov**

Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Russian University of Peoples' Friendship, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Miklukho-Maklaya Str., Moscow, 117198, Russian Federation. E-mail: ostroukhov\_nv@gov.ru



### Abstract

The point of view that “practice” is one of the main elements of customary international law is the most widespread in the doctrine of international law, activities of states and other subjects of international law. However, there is no consensus on the characterization of customary practices, as well as mandatory requirements to it, giving such practice a special quality. Not any practice in the relations between subjects of international law can become a prototype of the customary rule of international law. The article presents the peculiarities of customary practice and constituting the contest of the practice relationships between subjects of international law, its types and forms, as well as types of activities of state bodies forming the basis of the practice. The authors detail on the requirements for the customary practice without which the custom cannot be formed. The article also clarifies the list of such requirements and proposes to include them: commonality; uniformity and certainty; sustainability (stability) and permanence (continuity); compliance with laws of social development, needs of the development of interstate relations, common interests of states. These requirements, according to the authors, are systemic, interrelated, inseparable and constitute a coherent whole. The progressiveness of practice is proposed to be referred to its important requirements, which are optional. According to the author's position the duration in time shouldn't be attributed to a number of requirements to the customary practice, it is only its characteristic. The author analyses the concept of “instant custom” and the possibility of its application. A customary rule, corresponding to practices in any new area of interstate relations is formed in a short period of time. The completion of the formation of customary practice is characterized by the presence of its certainty, stability at a particular stage of development of the society. However, a long-term sustainable practice is the best proof of the existence of customary practice. The article pays attention to the formation of local customary practice. It is concluded that the general practice, as a rule, passes the stage of practice of two states or a group of states. In the future, such limited practice can expand because of its positivity and conformity with the vital interests of States.



### Keywords

international law; sources of international law; international custom; law of international customs; norm formation; customary norms of international law; international practice.

Citation: Romashev Yu. S., Ostroukhov N.V. (2017) Practice as a Basis of Forming International Custom. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 186–199 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.186.199



## References

- Brownlie I. (1977) *Mezhdunarodnoe pravo*. [International Law]. Book 1. Moscow: Progress, 507 p. (in Russian)
- Brownlie I. (2004) Some Problems in the Evaluation of the Practice of States as an Element of Custom. *Studi di diritto internazionale*, vol. I, pp. 313–318.
- Danilenko G.M. (1993) *Law-Making in the International Community*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 344 p.
- Ignatenko G.V., Tiunov O.I. (eds.) (1999) *Mezhdunarodnoe pravo. Uchebnik*. [International Law. Textbook]. Moscow: Norma, 109 p. (in Russian)
- Crawford J. (2012) *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press, 888 p.
- Koretskiy V.M. (1989) *Izbrannie trudi* [Selected Works]. Book 2. Kiev: Naukova dumka, 382 p. (in Russian)
- Kurs mezhdunarodnogo prava v 7 t.* (1989) [Course in International Law in 7 vols.]. Vol.1. Moscow: Nauka, 193 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1966) *Istochniki mejdunarodnogo prava* [Sources of International Law]. Kiev: Naukova dumka, 125 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1997) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'*. [International Law. Common Part]. Moscow: BEK, 128 p. (in Russian)
- Lukashuk I.I. (1997) *Normy mejdunarodnogo prava v mejdunarodnoi normativnoi sisteme* [Norms of International Law in International Normative System]. Moscow: Spark, 223 p. (in Russian)
- Shammasova L.R. (2006) *Mezhdunarodno-pravovoy obychay v sovremennom mezhdunarodnom prave*. Diss. Kand. Yurid. Nauk [International Custom in Contemporary International Law. Candidate of Juridical Sciences Dissertation]. Moscow, 214 p.
- Tunkin G.I. (2000) *Teoriya mezhdunarodnogo prava* [Theory of International Law]. Moscow: Zertsalo, 111 p. (in Russian)
- Villiger M. (1997) *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 378 p.
- Visscher de C. (1955) *Coutume et traité en droit international public*. Paris: Institut des hautes études internationales, pp. 353–369.
- Weisburd A. (1988) Customary International Law: Problem of Treaties. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 21, no. 1, pp. 1–46.

# Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: национальное и региональное измерение<sup>1</sup>

---



## **Н.Ю. Ерпылева**

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



## **Д.М. Максимов**

старший преподаватель кафедры международного публичного и частного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики». Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., д. 20. E-mail: aerolife@rambler.ru

---



## **Аннотация**

Рассматриваются вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений на национальном и региональном уровнях правового регулирования. Целью исследования является изучение отдельных аспектов признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, концентрируясь на трех составляющих: категории судебных решений, подлежащих признанию и исполнению; процедуре признания и исполнения; основаниях отказа в признании и исполнении. Предметом анализа являются акты национального законодательства Арбитражный процессуальный кодекс РФ и Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики (2017); международные договоры регионального характера (например, Минская конвенция СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (1993); Луганская конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам (2007)); нормативно-правовые документы международных организаций (например, Регламент ЕС № 1215/2012 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам»). Применяя сравнительно-правовой метод исследования, авторы пришли к выводу, что судебные решения, подлежащие признанию и исполнению, более жестко определяются в национальном законодательстве, нежели в международных договорах регионального характера и регламентах ЕС; процедура признания и исполнения иностранного судебного решения эволюционирует от обязательной выдачи экзекватуры запрашиваемым судом (в национальном законодательстве и ряде международных договоров регионального характера) до отсутствия таковой в ряде международных договоров регионального характера и регламентах ЕС; основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения представлены в виде закрытого перечня, в обязательном порядке содержащего ненадлежащее уведомление ответчика, наличие вступившего в законную силу решения суда в запрашиваемом государстве, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, нарушение публичного порядка в запрашиваемом государстве.

---

<sup>1</sup> Статья подготовлена с использованием справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.



### Ключевые слова

международное частное право, международный гражданский процесс, признание и принудительное исполнение, иностранные судебные решения, запрашиваемый суд, запрашивающий суд, экзекватура, публичный порядок

Библиографическое описание: Ерпылева Н. Ю., Максимов Д. М. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: национальное и региональное измерение // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 200–222.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.200.222

В международном гражданско-процессуальном праве как отрасли международного частного права (далее — МЧП) наиболее значительным является вопрос о признании и приведении в исполнение судебного решения, так как именно на этой стадии судопроизводства происходит окончательное урегулирование спорных отношений в форме материального удовлетворения исковых требований истца. Однако практическая сложность этого вопроса заключается в том, что судебное решение, будучи актом публичной власти одного государства, принятым в пределах ее юрисдикции, должно быть признано и приведено в исполнение на территории другого государства, на которую вышеупомянутая публичная власть не распространяется. В силу общепризнанных принципов международного права, а именно территориальной целостности и суверенного равенства государств, признание и принудительное исполнение иностранного судебного решения на территории какого-либо государства возможны лишь на основании соответствующих норм национального законодательства, международного договора или принципа взаимности, отраженного в правовых нормах или судебно-арбитражной практике<sup>2</sup>.

Государство, где испрашивается признание и принудительное исполнение иностранного судебного решения, регулирует основания такого признания и исполнения, соответствующую процедуру, основания отказа в признании и исполнении. Каждое государство самостоятельно устанавливает параметры признания и исполнения иностранных судебных решений, определяя категории решений, подлежащих признанию и принудительному исполнению, и применяя (или не применяя) процедуру выдачи экзекватуры. Авторы ставят целью изучить отдельные аспекты признания и приведения

<sup>2</sup> См. подробнее: *Кайсин Д.В., Безрученков М.В.* Исполнение российских судебных решений за рубежом: современные тенденции // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2. С. 161–168; *Молева Г.В., Лапаев И.С.* Признание и исполнение иностранных судебных решений как средство повышения эффективности правосудия // Правовая политика и правовая жизнь. 2015. № 3. С. 150–152; *Тур И.А., Севастьянова В.Н.* Признание и исполнение иностранных судебных решений в РФ: проблема применения отдельных положений международных договоров // Закон. 2014. № 8. С. 70–74; *Чупилин Д.А.* Обзор актуальных проблем признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации // Вестник юридического факультета Южного федерального университета. 2015. № 2. С. 77–82; *Шебанова Н.А.* Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов // Труды Института государства и права РАН. 2017. № 1. С. 22–43; *Kaysin D.V.* The Doctrine of International Comity and Enforcement of Foreign Judgments in Russia // Закон. 2014. № 6. С. 152–161; *Brand R.* Transaction Panning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments. Brill, 2014; *Enforcement of Foreign Judgments 2017.* Freeman L. (ed.). Toronto, 2017; *Kramer X.* Harmonization of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law / *Kramer X., van Rhee C.* (eds.) *Civil Litigation in a Globalizing World.* Asser Press, 2014. P.121–140; *Rutherglen G.* *Transnational Civil Litigation.* Washington, 2016.

в исполнение иностранных судебных решений, концентрируясь на трех составляющих: на категории судебных решений, подлежащих признанию и исполнению; на процедуре признания и исполнения; на основаниях отказа в признании и исполнении. Предметом исследования выступают акты национального законодательства, международные договоры и нормативно-правовые документы международных организаций.

## **1. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: национальное измерение (на примере законодательства России и Кыргызстана)**

Нормы законодательства России о признании и исполнении иностранных судебных решений содержатся в гл. 31 «Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений» Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации от 24.07.2002 в ред. от 19.12.2016<sup>3</sup> (далее — АПК РФ). Согласно п. 1 ст. 241 АПК РФ решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, признаются и приводятся в исполнение арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором и федеральным законом<sup>4</sup>. Нормы законодательства Кыргызстана по рассматриваемому вопросу содержатся в гл. 48 «Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных (международных) арбитражей» Гражданского процессуального кодекса КР от 25.01.2017<sup>5</sup> (далее — ГПК КР). Ст. 428 ГПК КР говорит о том, что решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и приводятся в исполнение в КР, если это предусмотрено законами или вступившими в установленном законом порядке в силу международными договорами, участницей которых является КР, либо на началах взаимности.

Таким образом, в ГПК КР принцип взаимности четко выделен в качестве самостоятельного основания признания и исполнения иностранных судебных решений на тер-

<sup>3</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012; 2016. № 52 (ч. 5). Ст. 7484. Новая редакция АПК РФ вступила в силу 01.01.2017. Речь идет о производстве по делам о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по международным коммерческим спорам, т.е. спорам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями. Такие дела рассматриваются арбитражными судами, являющимися федеральными судами (специализированными по своему характеру).

<sup>4</sup> См.: *Муранов А.И.* Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003. Так, руководствуясь ч. 1 ст. 241 АПК РФ, российский арбитражный суд правомерно отказал в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда на территории России, поскольку установил, что между нею и Приднестровской Молдавской Республикой отсутствует международный договор о взаимном признании судебных решений. См.: Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 19.10.2016 № Ф09-9213/16 по делу № А60-15050/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>5</sup> Текст кодекса на русском языке см.: [Электронный ресурс]: // URL: [http://online.adviser.kg/Document/?doc\\_id=33430670](http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=33430670) (дата обращения: 10.01.2017). ГПК КР вступает в силу с 01.07.2017. Речь идет о производстве по делам о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по любым спорам частноправового характера. Дела по международным коммерческим спорам, равно как и по любым гражданским спорам, рассматриваются местными судами КР, являющимися судами общей юрисдикции. ГПК КР был выбран в качестве предмета сравнительного исследования не случайно: это новейший нормативный акт в государствах-членах ЕАЭС.

ритории Кыргызстана. Что касается России, то формально-логический анализ формулировки п. 1 ст. 241 АПК РФ позволяет говорить о применении принципа взаимности в данном вопросе с большой осторожностью. Признание и исполнение иностранного судебного решения на основании федерального закона означает, что новое основание для такого признания и исполнения — принцип взаимности — должен быть закреплен в отдельных федеральных законах<sup>6</sup>. Однако в качестве примера приводится лишь Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 в ред. от 28.12.2016<sup>7</sup>, где в п. 6 ст. 1 сказано, что решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории России в соответствии с международными договорами России. При отсутствии международных договоров решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории России на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом. В изложенной норме закона речь идет лишь о признании иностранного судебного решения на основе взаимности, но не о его принудительном исполнении. Кроме этого, принцип взаимности применяется лишь к узкой группе иностранных судебных решений, вынесенных по делам о несостоятельности (банкротстве).

И российское, и кыргызское законодательство говорит о «решениях иностранных судов», подлежащих признанию и исполнению, понимая под ними судебные акты, которыми спор разрешается по существу. Так, согласно п. 2 ст. 15 АПК РФ судебный акт, принятый арбитражным судом первой инстанции при рассмотрении дела по существу, именуется решением. К числу судебных актов российское законодательство относит также судебный приказ, постановление, определение. Согласно п. 1 ст. 16 ГПК КР, суд принимает по гражданским делам судебные акты в форме решения, приказа, определения и постановления. Акт суда первой инстанции, которым дело разрешается по существу, выносится в форме решения (п. 1 ст. 198 ГПК КР). В п. 26 Информационного письма Президиума Высшего арбитражного суда РФ №78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер» от 07.07.2004<sup>8</sup> подчеркивалось, что определения иностранных судов о применении обеспечительных мер (как предварительных, так и обеспечения иска) не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории России, поскольку не являются окончательными судебными актами по существу спора, вынесенными в состязательных процессах<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> См.: *Власова Н.В.* Взаимность как основание признания и исполнения в России иностранных судебных решений // *Актуальные проблемы российского права.* 2016. № 10. С. 190–196; *Гинтов Д.В.* Частное право: принцип взаимности как основание для признания и исполнения решений иностранных судов // *Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал.* 2014. № 6; *Зимненко Б.Л.* К вопросу об исполнении и признании иностранных судебных и арбитражных решений при условии взаимности // *Журнал российского права.* 2006. № 8. С. 58–64; *Литвинский Д.В.* Принципы «взаимности» и «права на суд» в области экзекватуры на исполнение в России иностранных судебных решений: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 2.03.2006 // *Международный коммерческий арбитраж.* 2006. № 4. С. 37–65.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2017. № 1 (ч. 1). Ст. 29. Новая редакция настоящего закона вступает в силу с 01.07.2017.

<sup>8</sup> Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2004. № 8.

<sup>9</sup> По мнению Высшего арбитражного суда, из буквального содержания п. 1 ст. 241 АПК следует, что признанию и приведению в исполнение подлежат решения судов иностранных государств, принятые ими по существу спора. Положения АПК не предусматривают возможности приведения в исполнение иных, помимо решений, актов судов иностранных государств, принятых ими до или после рассмотрения спора по существу. Нормы АПК распространяются только на окончательные решения, вынесенные

Процедура признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения в России и в Кыргызстане предполагает выдачу экзекватуры запрашиваемым судом<sup>10</sup> и выглядит следующим образом. Согласно российскому законодательству, заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда подается стороной, в пользу которой принято решение (далее — взыскатель), в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника либо, если его место нахождения или место жительства неизвестно, по месту нахождения имущества должника. Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем. Указанное заявление также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (п. 1, 2 ст. 242 АПК РФ).

Согласно кыргызскому законодательству, заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда подается взыскателем в районный или приравненный к нему суд по месту жительства или месту нахождения должника либо, если место жительства или место нахождения должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника (ст. 429 ГПК КР). Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда подается в письменной форме машинописным текстом и должно быть подписано взыскателем или его представителем (п. 1 ст. 430 ГПК КР)<sup>11</sup>.

Заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда рассматривается **судьей единолично** в срок, не превышающий **одного месяца** со дня его поступления в арбитражный суд субъекта Российской Федерации<sup>12</sup> или межрайонный суд КР (п. 1 ст. 243 АПК РФ; ст. 431 ГПК КР). При рассмотрении дела **арбитражный суд не вправе пересматривать решение иностранного суда по существу** (п. 4 ст. 243

---

в результате рассмотрения спора о конкретном предмете и по конкретным основаниям при анализе всего комплекса доказательств в полноценной процедуре.

<sup>10</sup> Экзекватура представляет собой специальное постановление запрашиваемого суда, разрешающее признание или принудительное исполнение решения иностранного суда. См. об этом: *Гетьман-Павлова И.В.* Международное частное право. М., 2016. С. 806–807; *Канашиевский В.А.* Международное частное право. М., 2016. С. 895. Известный российский юрист Т.М. Яблочков еще в начале XX века писал следующее: «Ехекуатур есть судебное определение, которым государственная власть снабжает иностранное судебное решение исполнительной формулой, т.е. дает этому решению на его территории содействие закона и помощь местных властей». См.: *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909. Цит. по изд.: *Яблочков Т.М.* Труды по международному частному праву. М., 2009. С. 161.

<sup>11</sup> К заявлению о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда в обязательном порядке прилагаются документы, среди которых содержатся решение иностранного суда либо удостоверенная надлежащим образом копия решения иностранного суда, о признании и приведении в исполнение которого ходатайствует взыскатель (п. 3(1) ст. 242 АПК; п. 3(1) ст. 430 ГПК КР); документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий вступление решения иностранного суда в законную силу, если это не указано в тексте самого решения (п. 3(2) ст. 242 АПК), либо о том, что оно подлежит исполнению до вступления в законную силу, если это не следует из самого решения (п. 3(2) ст. 430 ГПК КР); документ, удостоверенный надлежащим образом и подтверждающий, что должник был своевременно и в надлежащей форме извещен о разбирательстве дела в иностранном суде, о признании и приведении в исполнение решения которого ходатайствует взыскатель (п. 3(3) ст. 242 АПК; п. 3(3) ст. 430 ГПК КР).

<sup>12</sup> См.: *Костин А.А.* Вопросы действительности соглашения о международной подсудности на этапе признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения // Арбитражный и гражданский процесс. 2014. № 5. С. 49–53.

АПК)<sup>13</sup>. По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда арбитражный суд выносит **определение** по правилам, установленным в гл. 20 АПК для принятия решения. Определение арбитражного суда по делу о признании решения иностранного суда и приведении его в исполнение может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение одного месяца со дня вынесения определения (п. 1, 3 ст. 245 АПК РФ)<sup>14</sup>. Согласно ст. 433 ГПК КР, выслушав объяснения должника и рассмотрев представленные доказательства, суд выносит определение о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или об отказе в этом по правилам, установленным гл. 21 «Определение суда» ГПК КР. Определение по делу о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда может быть обжаловано в установленном порядке.

Принудительное исполнение решения иностранного суда производится на основании **исполнительного листа**, выдаваемого арбитражным судом, вынесшим определение о его признании и приведении в исполнение, в порядке, предусмотренном АПК и Федеральным законом «Об исполнительном производстве» от 02.10.2007 в ред. от 28.12.2016<sup>15</sup> (п. 1 ст. 246 АПК). Решение иностранного суда может быть предъявлено к принудительному исполнению в срок, не превышающий **трих лет** со дня вступления его в законную силу. В случае пропуска указанного срока он может быть восстановлен арбитражным судом по ходатайству взыскателя (п. 2 ст. 246 АПК). Согласно ст. 434 ГПК КР, исполнение решения иностранного суда производится на основании исполнительного листа, выдаваемого судом, вынесшим определение о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, в порядке, предусмотренном ГПК КР и Законом КР № 15 «О статусе судебных исполнителей и об исполнительном производстве» от 28.01.2017<sup>16</sup>. Решение иностранного суда может быть предъявлено к исполнению в срок, не превышающий **трих лет** со дня вступления его в законную силу. В случае пропуска указанного срока он может быть восстановлен судом по ходатайству взыскателя.

Оба кодекса содержат практически одинаковый перечень оснований для отказа арбитражным судом России или судом общей юрисдикции Кыргызстана в признании и принудительном исполнении иностранного судебного решения (ст. 244 АПК РФ и ст. 432 ГПК КР). Отказ допускается в следующих случаях, перечень которых является исчерпывающим как в российском, так и в кыргызском законодательстве:

<sup>13</sup> Отказывая в удовлетворении ходатайства об утверждении мирового соглашения, российский арбитражный суд пришел к обоснованному выводу о том, что в соответствии с ч. 4 ст. 243 АПК РФ при рассмотрении дела по спору о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда арбитражный суд не вправе пересматривать такое решение по существу. См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 29.12.2015 по делу № А56-49906/2011 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>14</sup> В соответствии с правовой позицией, изложенной в п. 3 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда № 36 от 28.05.2009 «О применении Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации при рассмотрении дел в арбитражном суде апелляционной инстанции» от 28.05.2009, определения о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, а также об отказе в признании и приведении в исполнение соответствующего решения обжалуются в порядке кассационного производства. См.: Вестник Высшего Арбитражного суда Российской Федерации. 2009. № 8.

<sup>15</sup> СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849; 2017. № 1 (ч. 1). Ст. 33. Новая редакция настоящего закона вступила в силу с 09.01.2017.

<sup>16</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [http://base.spinform.ru/show\\_doc.fwx?rgn=94380](http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=94380). Настоящий закон вступает в силу с 01.07.2017.

1) решение по закону государства, на территории которого оно принято, не вступило в законную силу (п. 1(1) ст. 244 АПК РФ)<sup>17</sup> или не подлежит исполнению, за исключением случаев, когда решение подлежит исполнению до вступления в законную силу (п. 1 ст. 432 ГПК КР);

2) сторона, против которой принято решение, не была своевременно и надлежащим образом извещена о времени и месте рассмотрения дела или по другим причинам не могла представить в суд свои объяснения (п. 1(2) ст. 244 АПК РФ<sup>18</sup>; п. 2 ст. 432 ГПК КР);

3) рассмотрение дела в соответствии с международным договором РФ или законом относится к исключительной компетенции арбитражного суда в РФ или суда КР (п. 1(3) ст. 244 АПК РФ; п. 3 ст. 432 ГПК КР);

4) имеется вступившее в законную силу решение суда в РФ, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (п. 1(4) ст. 244 АПК РФ); имеется вступившее в законную силу решение суда КР или имеется признанное решение суда третьего государства, принятое по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям (п. 4 ст. 432 ГПК КР);

5) на рассмотрении суда в РФ или КР находится дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям, производство по которому возбуждено до возбуждения производства по делу в иностранном суде (п. 1(5) ст. 244 АПК РФ; п. 5 ст. 432 ГПК КР), или суд в РФ первым принял к своему производству заявление по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (п. 1(5) ст. 244 АПК РФ);

6) истек срок давности приведения решения иностранного суда к принудительному исполнению и этот срок не восстановлен арбитражным судом или межрайонным судом (п. 1(6) ст. 244 АПК РФ<sup>19</sup>; п. 6 ст. 432 ГПК КР);

7) исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку РФ или КР (п. 1(7) ст. 244 АПК РФ; п. 7 ст. 432 ГПК КР)<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Руководствуясь статьей 244 АПК РФ, российский арбитражный суд правомерно удовлетворил заявление о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда на территории РФ, так как, среди прочего, судебное решение вступило в законную силу (соответствующая отметка имеется на надлежаще заверенной копии судебного акта) и не отменено иностранным судом. См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 08.08.2016 № Ф08-5326/2016 по делу № А53-1260/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>18</sup> Руководствуясь ст. 244 АПК РФ и установив, что на момент принятия решения иностранным судом у ответчика имелся корпоративный конфликт, и доказательств извещения уполномоченного органа ответчика о рассмотрении дела иностранным судом не представлено, российский арбитражный суд правомерно отказал в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, поскольку, исходя из представленных документов, у него отсутствовала возможность определить, соблюдено ли иностранным судом право на судебную защиту, являющееся одним из основополагающих принципов российского права. См.: Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 16.08.2016 № Ф07-6280/2016 по делу № А56-13465/2016 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>19</sup> Руководствуясь п. 6 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, российский арбитражный суд правомерно отказал в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда с указанием на отказ в восстановлении пропущенного срока, отклонив ссылку заявителя на его тяжелое финансовое положение, наличие задолженности перед контрагентами и работниками общества в обоснование пропуска срока для обращения в арбитражный суд, учитывая значительность пропуска срока. См.: Постановление Арбитражного суда Московского округа от 04.10.2016 № Ф05-14800/2016 по делу № А40-45081/16 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>20</sup> См.: Курочкин С.А. Нарушение публичного порядка Российской Федерации как основание для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений // Закон. 2013. №2. С. 39–45; Литвинский Д. Исполнение иностранных судебных решений: сферы

Применительно к последнему из вышеперечисленных оснований для отказа в приведении в исполнение иностранного судебного решения Президиум Высшего Арбитражного суда РФ выпустил Информационное письмо № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26.02.2013<sup>21</sup> (далее — Письмо ВАС № 156). Одним из важнейших достижений данного документа выступает сформулированное Высшим арбитражным судом РФ определение понятия «публичный порядок». Под ним понимаются **фундаментальные правовые начала (принципы)**, которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства (п. 1)<sup>22</sup>.

Абсолютной новеллой и российского, и кыргызского процессуального права выступает норма о признании иностранных судебных решений, не требующих принудительного исполнения. Согласно п. 1–4 ст. 245.1. АПК РФ решения иностранных судов, не требующие принудительного исполнения, признаются в России, если их признание предусмотрено международным договором РФ и федеральным законом. Такие решения признаются в России без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого. Заинтересованное лицо в течение **одного месяца** после того, как ему стало известно о решении иностранного суда, может заявить возражения относительно признания этого решения в арбитражный суд субъекта России по месту нахождения или месту жительства заинтересованного лица либо месту нахождения его имущества, а если заинтересованное лицо не имеет места жительства, места нахождения или имущества в России, в Арбитражный суд Москвы.

Заявление рассматривается в срок, не превышающий **одного месяца** со дня его поступления в арбитражный суд. При рассмотрении заявления арбитражный суд вправе привлечь к участию в деле лиц, в отношении прав и обязанностей которых вынесено решение иностранного суда, с продлением срока рассмотрения этого заявления. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, а также заинтересованного лица не являются препятствием для рассмотрения дела. Арбитражный суд отказывает в признании решения иностранного суда по основаниям, установленным п. 1(1–5) (7) ст. 244 АПК РФ. Определение арбитражного суда по делу о признании решения иностранного суда, не требующего принудительного исполнения, может быть обжаловано в кассационном порядке в арбитражный суд округа в течение **одного месяца** со дня вынесения определения (п. 10–14 ст. 245.1 АПК РФ).

---

действия российского публичного порядка // Вестник Государственной регистрационной палаты при Министерстве юстиции РФ. 2013. № 2. С. 19–30; *Набидолламова Б.Т., Абилова М.Н.* Виды публичного порядка в международном частном праве // Интернаука. 2016. № 2. С. 62–64; *Саломов И.И.* Институт «оговорка о публичном порядке» в международном частном праве // Правовая жизнь. 2016. № 3. С. 75–82. Интересно отметить что российский арбитражный суд пришел к мнению, что если решение иностранного суда нарушает нормы международных договоров и основополагающие нормы российского законодательства, то это противоречит публичному порядку Российской Федерации. См.: постановление Арбитражного суда Московского округа от 20.09.2016 № Ф05-14113/2016 по делу № А40-251865/15 // СПС КонсультантПлюс. В АПК РФ речь идет о противоречии публичному порядку не самого решения как такового, а его исполнения на территории России.

<sup>21</sup> Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. 2013. № 5.

<sup>22</sup> См.: *Курочкин С.А.* Комментарий к Обзору практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений // Вестник Федерального арбитражного суда Уральского округа. 2013. № 3. С. 32–51.

В Кыргызстане признаются следующие решения иностранных судов, не требующие по своему характеру исполнения: 1) затрагивающие личный статус граждан государства, суд которого вынес решение; 2) о расторжении или признании недействительными браков между гражданами КР и иностранными гражданами, если в момент расторжения брака хотя бы один из супругов проживал вне пределов КР; 3) о расторжении или признании недействительными браков между гражданами КР, если оба супруга в момент расторжения брака проживали вне пределов КР; 4) в других случаях, предусмотренных законом (ст. 435 ГПК КР).

Решения иностранных судов, которые не требуют исполнения, признаются без дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения. Заинтересованное лицо по месту своего жительства или месту своего нахождения в течение месяца после того, как ему стало известно о поступлении решения иностранного суда в районный или приравненный к нему суд, может заявить свои возражения относительно признания этого решения. Возражения заинтересованного лица относительно признания решения иностранного суда рассматриваются в судебном заседании с извещением лица о времени и месте рассмотрения возражений. Неявка заинтересованного лица, надлежащим образом извещенного о времени и месте слушания дела, не является препятствием к рассмотрению возражений. После рассмотрения судом возражений относительно признания решения иностранного суда выносится определение, которое может быть обжаловано в установленном порядке (ст. 436 ГПК КР). Отказ в признании решения иностранного суда, которое не подлежит принудительному исполнению, допускается при наличии оснований, предусмотренных п. 1–5, 7 ст. 432 настоящего кодекса (ст. 437 ГПК КР).

Таким образом, применительно к национальному уровню правового регулирования признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений можно прийти к следующему заключению. Национальное законодательство допускает лишь признание и исполнение судебных решений в узком смысле слова, т.е. судебных актов, которые вынесены судами первой инстанции и разрешают дело по существу. Принудительное исполнение иностранного судебного решения производится в порядке выдачи экзекватуры запрашиваемым судом, при этом не допускается пересмотр такого решения по существу. Запрашиваемый суд отказывает в выдаче экзекватуры по основаниям, содержащимся в национальном процессуальном законодательстве, перечень которых является закрытым и не подлежит расширительному толкованию.

## **2. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений: региональное измерение**

Процедура признания и исполнения иностранных судебных решений помимо национального законодательства, действующего в рамках каждого отдельного государства, закреплена также в международных договорах и в нормативно-правовых актах международных организаций. Наиболее яркими примерами международных организаций регионального характера выступают Содружество независимых государств (далее — СНГ) и Европейский Союз (далее — ЕС), имеющие различную юридическую природу, но, по сути, являющиеся интеграционными объединениями<sup>23</sup>. Одним из примеров международного договора регионального характера выступает, в частности, Минская

<sup>23</sup> В СНГ вопросы признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений регулируются международными (межгосударственными) договорами, в ЕС — нормативно-правовыми актами, действующими непосредственно на территории всех государств-членов, а именно, регламентами.

конвенция СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (далее — Минская конвенция) в ред. Московского протокола 1997 г. (далее — Московский протокол)<sup>24</sup>, содержащая разд. III «Признание и исполнение решений»<sup>25</sup>.

Под термином «решения» применительно к международному гражданскому процессу Минская конвенция понимает решения учреждений юстиции по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения по таким делам и нотариальные акты в отношении денежных обязательств; решения судов по уголовным делам о возмещении ущерба (далее — решения). Вынесенные учреждениями юстиции каждой из Договаривающихся сторон и вступившие в законную силу решения, не требующие по своему характеру исполнения, признаются на территориях других Договаривающихся сторон без специального производства при условии, если: а) учреждения юстиции запрашиваемой Договаривающейся стороны не вынесли ранее по этому делу решения, вступившего в законную силу; б) дело согласно настоящей Конвенции, а в случаях, не предусмотренных ею, согласно законодательству Договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть признано, не относится к исключительной компетенции учреждений юстиции этой Договаривающейся стороны (ст. 52).

Ходатайство о разрешении принудительного исполнения решения подается в компетентный суд Договаривающейся стороны, где решение подлежит исполнению. Оно может быть подано и в суд, который вынес решение по делу в первой инстанции. Этот суд направляет ходатайство суду, компетентному вынести решение по ходатайству<sup>26</sup>. К ходатайству прилагаются: а) решение или его заверенная копия, а также официальный документ о том, что решение вступило в законную силу и подлежит исполнению, или о том, что оно подлежит исполнению до вступления в законную силу, если это не следует из самого решения; б) документ, из которого следует, что сторона, против которой было вынесено решение, не принявшая участия в процессе, была в надлежащем порядке и своевременно вызвана в суд, а в случае ее процессуальной недееспособности была надлежащим образом представлена; в) документ, подтверждающий частичное исполнение решения на момент его пересылки; г) документ, подтверждающий соглашение сторон по делам договорной подсудности.

Ходатайство о разрешении принудительного исполнения решения и приложенные к нему документы снабжаются заверенным переводом на язык запрашиваемой Договари-

<sup>24</sup> БМД. 1995. № 2; 2008. № 4. Минская конвенция вступила в силу 19.05.1994. После ратификации для России она вступила в силу с 10.12.1994. Московский протокол вступил в силу с 17.09.1999. После ратификации для России он вступил в силу с 09.01.2001.

<sup>25</sup> См.: Егоров А.А. Признание и исполнение судебных решений стран-участниц Минской конвенции СНГ // Законодательство и экономика. 1998. № 12. С. 37–38.

<sup>26</sup> В определении Свердловского областного суда от 10.08.2006 по делу № 33-5785/2006 справедливо указано, что Минская конвенция предусматривает определенное, пусть и упрощенное, судебное производство по признанию и исполнению. В частности, согласно ст. 53 Минской конвенции ходатайство о разрешении принудительного исполнения решения подается альтернативно либо в компетентный суд государства, где решение подлежит исполнению, либо в суд, который вынес решение по делу в первой инстанции. В последнем случае этот суд направляет ходатайство суду, компетентному вынести решение по ходатайству. Таким образом, процедура признания состоит в следующем: ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решений рассматривается судами государств, на территории которых должно быть осуществлено принудительное исполнение. Суд, рассматривающий ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решения, ограничивается установлением того, что условия, предусмотренные Конвенцией, соблюдены (СПС КонсультантПлюс).

вающейся стороны или на русский язык (ст. 53). Ходатайства о признании и разрешении принудительного исполнения решений рассматриваются судами Договаривающейся стороны, на территории которой должно быть осуществлено принудительное исполнение. Суд, рассматривающий ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решения, ограничивается установлением того, что условия, предусмотренные настоящей конвенцией, соблюдены. В случае, если условия соблюдены, **суд выносит решение о принудительном исполнении**<sup>27</sup>. Порядок принудительного исполнения определяется по законодательству Договаривающейся стороны, на территории которой должно быть осуществлено принудительное исполнение (ст. 54)<sup>28</sup>. В признании решения и в выдаче разрешения на принудительное исполнение может быть отказано, если:

а) в соответствии с законодательством Договаривающейся стороны, на территории которой вынесено решение, оно не вступило в законную силу и не подлежит исполнению, за исключением случаев, когда решение подлежит исполнению до вступления в законную силу;

б) ответчик не принял участия в процессе вследствие того, что ему или его уполномоченному не был своевременно и надлежаще вручен вызов в суд;

в) по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию на территории Договаривающейся стороны, где должно быть признано и исполнено решение, было уже ранее вынесено вступившее в законную силу решение или имеется признанное решение суда третьего государства, либо если учреждением этой Договаривающейся стороны было ранее возбуждено производство по данному делу;

г) согласно положениям настоящей Конвенции, а в случаях, не предусмотренных ею, согласно законодательству Договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительно компетенции ее учреждения;

д) отсутствует документ, подтверждающий соглашение сторон по делу договорной подсудности;

е) истек срок давности принудительного исполнения, предусмотренный законодательством Договаривающейся стороны, суд которой исполняет решение (ст. 55)<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Так, Московский городской суд в определении от 05.09.2011 по делу № 3м-0213/2011 указал, что в соответствии со ст. 53, 54 Минской конвенции суд, рассматривающий ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решения, ограничивается установлением того, что условия, предусмотренные конвенцией, соблюдены. Если условия соблюдены, суд выносит решение о принудительном исполнении. Основания к отказу в признании и исполнении решений судов договаривающихся сторон устанавливает ст. 55 конвенции и ч. 1 ст. 412 ГПК РФ (СПС КонсультантПлюс). Следует отметить, что в подавляющем большинстве случаев Минская конвенция применяется к гражданско-правовым спорам неэкономического характера.

<sup>28</sup> Реально данная норма означает, что принудительное исполнение решения осуществляется по национальному процессуальному законодательству запрашиваемого суда в соответствии с коллизионным правилом *lex fori*.

<sup>29</sup> Российские суды ограничиваются проверкой наличия либо отсутствия оснований для отказа в признании и принудительном исполнении иностранных судебных решений, перечисленных в данной статье. Так, во многих определениях Московского городского суда упоминается следующая формулировка: основания к отказу в признании и исполнении решений судов договаривающихся сторон называет ст. 55 Минской конвенции и ч. 1 ст. 412 ГПК РФ. Из материалов дела следует, что оснований для отказа в принудительном исполнении решения, предусмотренных ст. 412 ГПК РФ и ст. 55 Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993, не имеется. Ходатайство о признании и принудительном исполнении на территории России решения суда (наименование суда государства-члена Минской конвенции и дата вынесения

Другим международным договором регионального характера в области признания и исполнения иностранных судебных решений выступает Киевское соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (1992)<sup>30</sup> (далее — Киевское соглашение), в соответствии со ст. 7 которого государства-участники СНГ приняли на себя обязательство взаимно признавать и исполнять вступившие в законную силу решения компетентных судов. Киевское соглашение говорит о том, что решения, вынесенные компетентными судами одного государства-участника СНГ, подлежат исполнению на территории других государств-участников СНГ. Такая формулировка означает, что **Киевское соглашение не предусматривает судебного производства о разрешении на принудительное исполнение**. В связи с этим ходатайство о приведении в исполнение решения заинтересованной стороной не может рассматриваться как ходатайство о разрешении принудительного исполнения.

Именно поэтому в числе документов, прилагаемых к ходатайству (должным образом заверенная копия решения, о принудительном исполнении которого возбуждено ходатайство; официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, если это не видно из текста самого решения; доказательства извещения другой стороны о процессе), значится и **исполнительный документ** (ст. 8)<sup>31</sup>. Киевское соглашение лишь предусматривает судебное производство по отказу в приведении в исполнение решения по просьбе стороны, против которой оно направлено, и закрепляет перечень доказательств, которые должны быть представлены компетентному суду по месту, где испрашивается приведение в исполнение. В число таких доказательств включены доказательства, что:

а) судом запрашиваемого государства — участника СНГ ранее вынесено вступившее в законную силу решение по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию;

б) имеется признанное решение компетентного суда третьего государства — участника СНГ либо государства, не являющегося членом СНГ, по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию;

в) спор разрешен некомпетентным судом;

г) другая сторона не была извещена о процессе<sup>32</sup>;

иностранного судебного решения) удовлетворить. Привести в исполнение на территории России решение суда (наименование суда государства-члена Минской конвенции и дата вынесения иностранного судебного решения). См., напр.: Определение Московского городского суда от 16.12.2010 по делу № 3м-390/3-2010 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>30</sup> Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. 1992. № 4. Киевское соглашение вступило в силу с 19.12.1992. После ратификации для России оно вступило в силу с 19.12.1992.

<sup>31</sup> Согласно п. 1 Письма Высшего Арбитражного суда РФ № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» от 22.12.2005, в случае рассмотрения российским арбитражным судом заявления взыскателя о принудительном исполнении решения суда, вынесенного на территории государства — участника Киевского соглашения, в России при отсутствии исполнительного документа, упомянутого в ст. 8 Киевского соглашения, суд первой инстанции должен оставить заявление без движения и установить срок, в течение которого заявителю надлежит представить исполнительный документ. В случае его непредставления в установленный срок суд должен возратить заявление взыскателю на основании п. 4 ст. 128 АПК РФ. См.: Вестник Высшего арбитражного суда РФ. 2006. № 3.

<sup>32</sup> Согласно позиции, содержащейся в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного суда № 17463/10 от 26.04.2011, применительно к деятельности суда под процессом понимается вся сово-

д) истек трехгодичный срок давности предъявления решения к принудительному исполнению (ст. 9).

Таким образом, Киевское соглашение не устанавливает обязательного судопроизводства по признанию и исполнению иностранного судебного решения, вынесенного компетентным судом государства — участника СНГ, что означает его признание и исполнение без судебного производства<sup>33</sup>. В этом контексте ходатайство взыскателя о приведении в исполнение судебного решения равноценно по своему назначению заявлению о возбуждении исполнительного производства<sup>34</sup>. Следует отметить, что Киевское соглашение предусматривает возможность исполнения судебных решений не только судебными исполнителями, но и другими органами, назначенными судом либо определенными законодательством места исполнения. Это могут быть кредитные организации, обладающие определенными полномочиями в отношении имущества ответчика, на которое обращено взыскание по решению суда.

Закономерно встает вопрос о соотношении норм Минской конвенции и Киевского соглашения, так как оба международных договора регулируют вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений на территории СНГ. По мнению Т.Н. Нешатаевой, Минская конвенция не распространяется на случаи исполнения решений хозяйственных (арбитражных) судов по спорам, связанным с осуществлением хозяйственной деятельности<sup>35</sup>. Данный вывод был сделан на основании анализа ст. 82 Конвенции, гласящей, что она не затрагивает положений других международных договоров, участ-

---

купность осуществляемых судом и лицами, участвующими в деле, процессуальных действий в рамках рассматриваемого дела, включая принятие искового заявления к производству, подготовку дела к судебному разбирательству, вынесение определений, извещение сторон, приостановление производства по делу, заявление и рассмотрение ходатайств, отложение слушания дела и другие процессуальные действия. Принимая во внимание данную позицию, Арбитражный суд Северо-Кавказского округа в постановлении от 10.02.2015 по делу № А15-2429/2014 указал, что отсутствие доказательства извещения ответчика о времени и месте судебного разбирательства, назначенного на конкретную дату, при наличии доказательства его извещения о процессе по данному делу с его участием, рассматриваемому в компетентном суде государства — участника СНГ, не может рассматриваться в качестве основания для отказа в признании и приведении в исполнение решения этого суда (СПС КонсультантПлюс).

<sup>33</sup> В постановлении Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 12.05.1997 по делу № А56-15024/96 подчеркнуто, что в соответствии со ст. 7 Киевского соглашения государства-участники соглашения взаимно признают и исполняют вступившие в законную силу решения компетентных судов. Решения, вынесенные компетентными судами одного государства-участника СНГ, подлежат исполнению на территории других участников СНГ. Нормы, регламентирующие порядок обращения с ходатайством о признании и приведении в исполнение решений компетентных судов одного государства-участника СНГ в суды другого государства-участника СНГ, в Киевском соглашении отсутствуют (СПС КонсультантПлюс).

<sup>34</sup> Необходимо отметить, что Решением Экономического суда СНГ № 01-1/1-16 «О толковании статьи 8 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20.03.1992 в части признания и приведения в исполнение судебных актов иностранных государств, принятых по делам приказного производства» от 17.06.2016 судебные акты государств-участников Киевского соглашения, принятые по результатам рассмотрения дел в порядке приказного производства (производства по делам о вынесении приказа о взыскании), не подлежат признанию и приведению в исполнение в рамках статьи 8 данного соглашения. Текст Решения см.: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.sudsgn.org/database/deed/182.html>. (дата обращения: 1.02.2017)

<sup>35</sup> См.: Нешатаева Т.Н. О признании и исполнении решений по хозяйственным спорам судов государств-участников СНГ на территории Российской Федерации // Журнал международного частного права. 1997. № 2. С. 9.

никами которых являются Договаривающиеся стороны<sup>36</sup>. Таким действующим международным договором для государств–участников СНГ и выступает Киевское соглашение, представляющее собой международный договор специального характера, который регулирует разрешение только хозяйственных дел (дел, вытекающих из договорных и иных гражданско-правовых отношений между хозяйствующими субъектами, из их отношений с государственными и иными органами) (ст. 1). Однако еще раз подчеркнем, что если речь идет о судебных решениях, вынесенных или подлежащих исполнению на территории Грузии или Молдовы, которые не участвуют в Киевском соглашении, то будут применяться нормы Минской конвенции.

Данная позиция нашла подтверждение и в Решении Экономического суда СНГ № 01-1/2-06 «О толковании статей 5, 7 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20.03.1992, статей 15, 17, 51, 54 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993 статей 15, 17, 54, 57 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 07.10.2002» от 21.02.2007<sup>37</sup>. В п. 5 данного решения прямо говорится, что Киевское соглашение, в отличие от Минской конвенции, регулирует более узкий круг отношений, возникающих при оказании правовой помощи, признании и исполнении иностранных судебных решений по хозяйственным делам. В силу этого, по мнению Суда, нормы Киевского соглашения следует рассматривать в качестве **специальных**. Исходя из общего принципа права «*lex specialis derogat legi generali*» («специальный закон отменяет общий»), специальный характер норм Киевского соглашения должен учитываться при решении вопроса о том, положения каких международных договоров (Киевского соглашения или Минской конвенции) подлежат применению в государствах-участниках по толкуемым вопросам. Соответственно, государствам–участникам Соглашения необходимо руководствоваться его нормами в вопросах оказания правовой помощи, выбора языка документов, признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений по хозяйственным спорам.

Необходимо отметить, что в развитие норм Киевского соглашения и Минской конвенции членами СНГ был принят международный договор, специально посвященный вопросам признания и приведения в исполнение судебных решений по экономическим спорам на территории Содружества, — Московское соглашение СНГ о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств–участников Содружества от 06.03.1998<sup>38</sup>. Его основной смысл состоит в исключении судебного производства по делу о разрешении принудительного исполнения иностранного судебного решения, что означает исполнение такого реше-

<sup>36</sup> Именно такая формулировка содержится в определении Верховного суда России от 25.10.1999 по делу № 16-Г99-12, в котором говорится, что удовлетворяя ходатайство о приведении решения хозяйственного суда Минской области в исполнение, судебная коллегия по гражданским делам Волгоградского областного суда сослалась на ст. 55 Минской конвенции, не приняв во внимание, что в соответствии с ее ст. 82 настоящая Конвенция не затрагивает положений других международных договоров, участниками которых являются договаривающиеся стороны. Судебная коллегия не учла, что порядок разрешения данного спора установлен Киевским соглашением о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, вступившим для России и Беларуси в силу с 19.12.1992 (СПС КонсультантПлюс).

<sup>37</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.sudsng.org/database/deed/116.html> (дата обращения: 1.02.2017)

<sup>38</sup> Содружество. 1998. № 1. Московское соглашение вступило в силу с 09.01.2001. Россия не является его участницей.

ния наравне с решениями собственных судов в порядке исполнительного производства в соответствии с требованиями национального законодательства. Вступившее в законную силу решение компетентного суда одной Договаривающейся стороны исполняется на территории другой Договаривающейся стороны в беспорядном порядке (ст. 3).

В ЕС в настоящее время вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений регулируются регламентами<sup>39</sup>, важнейшим из которых выступает Регламент № 1215/2012 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам» от 12.12.2012 в ред. от 26.11.2014<sup>40</sup> (далее — Регламент Брюссель I bis). В основе данного Регламента, как впрочем, и иных, лежат принципы взаимного признания и взаимного доверия, являющиеся краеугольным камнем пространства свободы, безопасности и правосудия ЕС.

Как отметил Суд ЕС в п. 78 своего решения по делу *Pal Aranyosi and Robert Caldaru* (2016), принцип взаимного доверия членов ЕС и принцип взаимного признания обладают фундаментальной важностью в праве ЕС в силу того, что они позволяют создавать и поддерживать пространство без внутренних границ. Принцип взаимного доверия, особенно в области свободы, безопасности и правосудия, требует от каждого из членов ЕС рассматривать все другие государства-члены как соблюдающие право ЕС и, в частности, фундаментальные права, признанные последним<sup>41</sup>. Именно эти принципы позволяют осуществлять свободное трансграничное движение судебных решений в рамках ЕС, что способствует развитию МЧП ЕС. В зарубежной научной литературе справедливо подчеркивалось, что концептуально сотрудничество судов путем взаимного признания судебных решений по гражданским и торговым делам было отправной точкой формирования МЧП ЕС путем имплементации международных договоров согласно ст. 220 Римского договора (1957)<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> К их числу относятся: Регламент ЕС № 2201/2003 «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение судебных решений по семейным делам и по делам об ответственности родителей» от 27.11.2003 (Брюссель II bis) // OJ L 338, 23.12.2003. P. 1–29; Регламент ЕС № 4/2009 «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и о сотрудничестве по делам, относящимся к алиментным обязательствам» от 18.12.2008 (Брюссель III) // OJ L 7, 10.1.2009. P. 1–79; Регламент ЕС № 650/2012 «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений, о принятии и приведении в исполнение аутентичных инструментов по делам о наследовании и о создании Европейского сертификата о наследовании» от 4.07.2012 (Рим IV) // OJ L201, 27.7.2012. P. 107–134; Регламент ЕС № 2016/1103, применяющий расширенное сотрудничество в области юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение решений по делам о режиме супружеской собственности от 24.06.2016 // OJ L 183, 08.07.2016. P. 1–29; Регламент ЕС № 2016/1104, применяющий расширенное сотрудничество в области юрисдикции, применимого права, признания и приведения в исполнение решений по делам об имущественных последствиях зарегистрированных партнерств от 24.06.2016 // OJ L 183, 08.07.2016. P. 30–56.

<sup>40</sup> EU Regulation № 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) // OJ L 351, 20.12.2012. P. 1–32; L 54, 25.02.2015. P. 1–9. Регламент Брюссель I bis заменил ранее действовавший регламент Брюссель I с аналогичным названием и применяется в новой редакции с 26.02.2015. Текст данного регламента на русском языке см.: СПС КонсультантПлюс. См. также: *Ермакова Е.П.* Унификация процедуры признания и исполнения иностранных судебных решений в Европейском Союзе: 5 новых регламентов ЕС 2012 года // Исполнительное право. 2014. № 2. С. 31–35.

<sup>41</sup> CJEU Case C-404/15 *Pal Aranyosi and Robert Caldaru* ECLI:EU:C:2016:198. [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6e08b2187904f46b6b243b0ec914d bead.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLb3f0?text=&docid=175547&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=65910> (дата обращения: 1. 02. 2017)

<sup>42</sup> См.: *Weller M.* Mutual trust within judicial cooperation in civil matters: a normative cornerstone / *Netherlands Internationaal Privaatrecht*. 2017. Vol. 35. No 1. P. 2. Следует отметить, что в основу Регламента Брюссель I bis

Рассматриваемым в настоящей статье вопросам посвящена гл. III «Признание и приведение в исполнение» (ст. 36–57), содержащая детальное нормативное регулирование на территории членов ЕС вопросов признания и принудительного исполнения судебных решений, вынесенных судами членов ЕС<sup>43</sup>. Прежде всего Брюссель Ibis четко разделяет процедуру признания и процедуру принудительного исполнения судебных решений. Согласно п. 1 ст. 36 судебное решение, вынесенное судом государства–члена ЕС, признается в других членах ЕС без соблюдения специальной процедуры. Согласно п. 1 ст. 37 сторона, намеренная ходатайствовать о признании в государстве–члене ЕС судебного решения, вынесенного судом другого члена ЕС, должна предъявить:

- а) копию судебного решения, позволяющую установить его подлинность (authenticity);
- б) свидетельство, выданное в соответствии со ст. 53<sup>44</sup>.

Суд или иной уполномоченный орган, рассматривающие ходатайство о признании судебного решения, принятого в другом государстве–члене ЕС, могут приостановить рассмотрение дела полностью или в части, если:

- а) судебное решение оспаривается в государстве–члене ЕС, где оно было принято; либо
- б) было подано ходатайство о вынесении решения об отсутствии оснований для отказа в признании в соответствии со ст. 45 либо ходатайство об отказе в признании по указанным основаниям.

Судебное решение, которое было принято в государстве–члене ЕС и подлежит в нем принудительному исполнению, может быть приведено в исполнение в другом члене ЕС без заявления о его исполнимости (ст. 39). Процедура приведения в исполнение судебных решений, принятых в другом государстве–члене ЕС, регулируется правом члена ЕС, в котором испрашивается исполнение. Исполнение судебных решений, которые были вынесены в государстве–члене ЕС и являются исполнимыми в члене ЕС, где испрашивается исполнение, регулируется теми же условиями, что и исполнение вынесенных в таком члене ЕС судебных решений<sup>45</sup>. Несмотря на вышеизложенное, основания для отказа в исполнении или приостановления исполнения, устанавливаемые правом члена ЕС, в котором испрашивается исполнение, применяются постольку, поскольку они не являются несовместимыми с основаниями, перечисленными в статье 45 (п. 1, 2 ст. 41).

Согласно п. 1 ст. 42 для целей исполнения в государстве–члене ЕС судебного решения, принятого в другом члене ЕС, ходатайствующее лицо (applicant) должно подать в уполномоченный орган:

- а) копию судебного решения, позволяющую установить его подлинность; и
- б) свидетельство, выданное в соответствии со ст. 53, подтверждающее исполнимость данного решения и содержащее выписку из решения, включающую в соответствующих случаях необходимую информацию о возмещаемых судебных издержках и расчет процентов<sup>46</sup>.

---

сель I легла Брюссельская конвенция 1968 г. с аналогичным названием, применявшаяся государствами–членами ЕС на протяжении нескольких десятков лет и замененная нынешним Регламентом в 2001 г.

<sup>43</sup> См.: *Fitchen J.* The Recognition and Enforcement of Member State Judgments — Arts 45–57 / Dickinson A., Lein E. (eds.) *The Brussels I Regulation Recast*. Oxford, 2015. P. 432–519; Lazic V., Stuij S. (eds.) *Brussels Ibis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*. Springer, 2017; *Brussels Ibis Regulation*. Sellier European Law Publishers Magnus U., Mankowski P. (eds.). Kluwer, 2015.

<sup>44</sup> Ст. 53 говорит, что суд, принявший решение, по ходатайству любой заинтересованной стороны выдает свидетельство согласно форме, предусмотренной в Приложении I.

<sup>45</sup> Данная норма означает, что принудительное исполнение решения осуществляется по национальному процессуальному законодательству запрашиваемого суда в соответствии с коллизионным правилом *lex fori*.

<sup>46</sup> Орган, осуществляющий полномочия в области исполнения, может в случае необходимости запросить у ходатайствующего об исполнении лица в соответствии со ст. 57 перевод свидетельства. Ор-

В случае подачи ходатайства об исполнении судебного решения, принятого в другом члене ЕС, лицу, против которого было вынесено указанное решение, вручается свидетельство, выданное в соответствии со ст. 53, до принятия первой принудительной меры. Вместе со свидетельством лицу вручается судебное решение, если оно не было передано ему ранее (п. 1 ст. 43)<sup>47</sup>. Согласно п. 1 ст. 45, по ходатайству заинтересованного лица в признании судебного решения может быть отказано:

а) если оно явным образом противоречит публичному порядку государства-члена ЕС, в котором испрашивается признание<sup>48</sup>;

б) когда решение было вынесено в отсутствие ответчика, если ответчику не было вручено извещение о начале рассмотрения дела либо иной эквивалентный документ в срок и способом, которые позволили бы ему должным образом подготовить защиту, если только ответчик не воспользовался имевшейся у него возможностью оспорить судебное решение<sup>49</sup>;

с) если решение противоречит судебному решению, вынесенному в члене ЕС, в котором испрашивается признание, по делу между теми же сторонами;

д) если решение противоречит судебному решению, вынесенному ранее в другом государстве-члене ЕС или третьем государстве по иску по тому же основанию и между теми же сторонами при условии, что последнее соответствует критериям, необходимым для его признания в государстве-члене ЕС, в котором такое испрашивается<sup>50</sup>; либо

ган, осуществляющий полномочия в области исполнения, может запросить у ходатайствующего об исполнении лица перевод судебного решения только при невозможности исполнения своих полномочий без такого перевода (п. 3, 4 ст. 42).

<sup>47</sup> В случае подачи ходатайства об отказе в исполнении судебного решения в соответствии с подразд. 2 разд. 3 суд государства-члена ЕС, в котором подается такое ходатайство, может по заявлению лица, против которого испрашивается исполнение: а) ограничить исполнение применением обеспечительных мер; б) поставить исполнение в зависимость от предоставления обеспечения, которое суд сочтет необходимым; или с) приостановить полностью или частично процесс исполнения решения. Компетентный орган члена ЕС, в котором подается ходатайство, может по заявлению лица, против которого испрашивается исполнение, приостановить процедуру исполнения, если исполнение решения приостанавливается в принявшем его члене ЕС (п. 1, 2 ст. 44).

<sup>48</sup> CJEU Case C-7/98 *Dieter Krombach v André Bamberski* ECLI:EU:C:2000:164 [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45196&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78026> (дата обращения: 1.02.2017). Суд ЕС в п. 21 решения по данному делу указал, что ссылка на оговорку о публичном порядке может быть сделана только в строго ограниченных случаях. По мнению Суда ЕС, применение оговорки о публичном порядке возможно только тогда, когда признание и принудительное исполнение судебного решения, вынесенного судом одного государства — члена ЕС, в неприемлемой степени (*unaccepted degree*) противоречит фундаментальным принципам правопорядка государства-члена ЕС, где испрашивается признание и исполнение такого решения (п. 37 решения по данному делу).

<sup>49</sup> CJEU Case C-123/91 *Minalmet GmbH v Brandeis Ltd.* ECLI:EU:C:1992:432. [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97975&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=78838> (дата обращения: 1.02.2017). Суд ЕС в п. 13 решения по данному делу указал, что надлежащий способ вручения извещения о начале рассмотрения дела ответчику и надлежащий срок для вручения такого извещения составляют две самостоятельных и параллельных гарантии ответчика, не принимавшего участие в судебном процессе. Наличие хотя бы одной из двух гарантий является основанием отказа в признании и исполнении судебного решения. В п. 21 Суд ЕС разъяснил, что в признании и исполнении судебного решения, полученного без участия ответчика в судопроизводстве, должно быть отказано, если извещение о начале рассмотрения дела было вручено ответчику ненадлежащим образом, даже если последний знал о вынесенном судебном решении и не оспаривал его.

<sup>50</sup> CJEU Case C-145/86 *Hoffman v Krieg* ECLI:EU:C:1988:61. [Электронный ресурс]: // URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=94758&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=fir>

е) если решение противоречит:

i) разд. 3, 4, 5 гл. II в том случае, когда держатель полиса, застрахованное лицо или бенефициар по договору страхования либо пострадавшая сторона, потребитель или работник выступали в качестве ответчика; или

ii) разд. 6 гл. II<sup>51</sup>.

Согласно ст. 46, по ходатайству лица, против которого испрашивается исполнение, в исполнении судебного решения должно быть отказано, если будет установлено наличие одного из оснований, перечисленных в ст. 45. Согласно п. 1–3 ст. 47, ходатайство об отказе в принудительном исполнении подается в суд, о котором государство–член ЕС в соответствии с п. «а» ст. 75 сообщило Европейской комиссии как о суде, уполномоченном принимать подобные ходатайства. Процедура отказа в принудительном исполнении, не установленная в настоящем Регламенте, регулируется национальным правом того члена ЕС, в котором подается ходатайство. Подающее ходатайство лицо предоставляет суду копию судебного решения и при необходимости его перевод.

Суд выносит решение о ходатайстве об отказе в исполнении незамедлительно (ст. 48). Любая из сторон может подать апелляцию на решение относительно такого ходатайства. Апелляция подается в суд, о котором государство–член ЕС в соответствии с п. «b» ст. 75 сообщило Европейской комиссии как о суде, уполномоченном принимать подобные апелляции (ст. 49). Решение по апелляции может быть обжаловано только если государство — член ЕС в соответствии с п. «с» ст. 75 сообщило Европейской комиссии о судах, в которые может подаваться соответствующая жалоба (ст. 50). Суд, рассматривающий ходатайство об отказе в исполнении или апелляции, поданные в соответствии со ст. 49 или 50, может приостановить рассмотрение дела, если в суд члена ЕС, в котором принято первоначальное судебное решение, была в обычном порядке подана апелляция на это решение, либо если не истек срок для подачи такой апелляции. В последнем случае суд может установить срок для подачи апелляции (п. 1 ст. 51).

Ни при каких обстоятельствах решение, принятое в одном государстве–члене ЕС, не может быть пересмотрено по существу в другом государстве–члене ЕС, где подается ходатайство (ст. 52). Суд, принявший решение, по ходатайству любой заинтересованной стороны выдает свидетельство по форме, предусмотренной в Приложении I (ст. 53). Судебное решение, принятое в государстве–члене ЕС и обязывающее лицо к выплате штрафа (penalty), может быть исполнено в другом члене ЕС, только если подлежащая к выплате сумма была окончательно определена вынесшим решение судом (ст. 55). От лица, ходатайствующего в государстве–члене ЕС об исполнении решения, принятого в другом члене ЕС, не может требоваться внесение обеспечения, гарантии или депозита,

---

st&part=1&cid=79713 (дата обращения:1.02.2017). Суд ЕС в п. 13 решения по данному делу указал, что судебные решения признаются противоречащими друг другу, если они влекут взаимоисключающие последствия. Когда решение, вынесенное судом государства–члена ЕС, где испрашивается признание и исполнение, противоречит решению суда другого члена ЕС, приоритет отдается именно ему независимо от того, что оно может быть вынесено и позднее судебного решения, о признании и исполнении которого заявлено ходатайство. При этом данные судебные решения должны быть вынесены по спору между теми же лицами, но могут быть вынесены не по тому же основанию. Когда же решение, о признании и исполнении которого заявлено ходатайство, противоречит решению суда другого государства — члена ЕС или третьего государства, такие судебные решения должны быть вынесены по тому же основанию. При этом приоритетом обладает судебное решение, вынесенное ранее.

<sup>51</sup> Юрисдикция суда, вынесшего решение (court of origin), не может быть пересмотрена. Критерий соответствия публичному порядку не применяется в отношении правил определения юрисдикции (п. 3 ст. 45).

как бы оно ни называлось, только на основании того, что указанное лицо является иностранным гражданином или не имеет domicilio или места жительства в государстве, где испрашивается исполнение (ст. 56).

В зарубежной литературе выделено три модели трансграничного признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, формирующие свободное движение таких решений на территории государств-членов ЕС. Примером первой модели служат регламенты Брюссель II bis (в отношении определенных категорий дел) и Рим IV, которые сохранили как процедуру выдачи экзекватуры, так и перечень оснований для отказа в признании и принудительном исполнении судебного решения. Вторая модель представлена Регламентом Брюссель I bis, исключившим процедуру выдачи экзекватуры (свидетельство, выдаваемое запрашивающим судом, служит лишь фактом подтверждения вынесения судебного решения), однако оставил перечень оснований для отказа в признании и исполнении. Примером третьей модели является Регламент Брюссель III, исключивший как экзекватуру, так и основания для отказа в признании и исполнении, в силу чего олицетворяющий собой реализацию полной свободы трансграничного движения судебных решений<sup>52</sup>.

Нельзя не сказать о Луганской конвенции 2007 г. о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам<sup>53</sup> (далее — Луганская конвенция), которая содержит гл. III «Признание и приведение в исполнение», специально регулиющую вопросы признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений на территории государств-участников. Согласно Луганской конвенции, термин «судебное решение» означает любое решение, принятое судом или трибуналом Договаривающегося государства, независимо от его названия, в том числе постановление, приказ, решение или исполнительный документ, а также определение о судебных издержках или расходах, изданное должностным лицом суда (ст. 32). Судебное решение, вынесенное в одном Договаривающемся государстве, признается в других Договаривающихся государствах, для чего не требуется специальной процедуры (п. 1 ст. 33). Судебное решение не признается в случаях:

1) если такое признание явно противоречит публичному порядку в государстве, в котором испрашивается признание;

2) если оно вынесено в отсутствие ответчика, которому не был вручен документ о возбуждении судебного разбирательства или равноценный ему документ, в должное время и надлежащим образом, чтобы дать возможность ответчику подготовиться к защите;

<sup>52</sup> См.: *Hazelhorst M. Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial.* Springer, 2017. P. 43.

<sup>53</sup> *Lugano Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters* // OJ L 339, 21.10.2007. P. 3–41. Луганская конвенция была заключена государствами-членами ЕС и ЕАСТ (Европейской ассоциации свободной торговли), к ней могут присоединиться и другие государства. Она вступила в силу с 01.01.2011 и заменила аналогичную конвенцию 1988 г. Принятие новой Луганской конвенции было обусловлено изменениями в международном процессуальном праве ЕС, приведшими к замене Брюссельской конвенции 1968 г. Регламентом Брюссель I. В литературе Брюссельская конвенция 1968 г. и Луганская конвенция 1988 г. получили название «параллельных» конвенций. Россия не являлась и не является участницей ни той, ни другой конвенции. Как отмечал А.А. Матвеев, «на пути участия России в Луганской конвенции лежат, по меньшей мере, две существенные преграды: неготовность европейцев видеть нас в числе участников и нежелание российского законодателя лишать свободы определять пределы исключительной юрисдикции российских судов». См.: *Матвеев А.А. Россия и международные договоры по вопросам признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений* // Московский журнал международного права. 2004. № 2. С. 186.

3) если оно несовместимо с решением, вынесенным по спору между теми же сторонами в государстве, в котором испрашивается признание;

4) если решение несовместимо с решением, вынесенным ранее в другом Договариваемом государстве или в государстве, не являющемся участником Луганской конвенции, по делу с тем же основанием и между теми же сторонами, при условии, что это решение отвечает требованиям, необходимым для его признания в запрашиваемом государстве (п. 1–4 ст. 34).

**Ни при каких обстоятельствах иностранное судебное решение не может быть пересмотрено по существу** (ст. 36). Суд Договариваемого государства, в котором испрашивается признание судебного решения, вынесенного в другом Договариваемом государстве, может приостановить рассмотрение ходатайства, если на это решение подана обычная апелляция (п. 1 ст. 37). Судебное решение, вынесенное в одном Договариваемом государстве и подлежащее принудительному исполнению в этом государстве, приводится в исполнение в другом Договариваемом государстве, после того как по ходатайству заинтересованной стороны оно объявлено подлежащим принудительному исполнению (п. 1 ст. 38). Процедура подачи ходатайства определяется законом государства, в котором испрашивается исполнение решения (п. 1 ст. 40). Запрашиваемый суд принимает **постановление об исполнении решения** (declaration of enforceability) безотлагательно. Сторона, против которой испрашивается исполнение решения, на этой стадии не вправе делать какие-либо представления в отношении ходатайства (ст. 41). Постановление об исполнении вручается стороне, против которой такое исполнение испрашивается. К постановлению прилагается судебное решение (п. 2 ст. 42). Постановление об исполнении может быть обжаловано, как правило, в апелляционный (кассационный) суд. Данное постановление может быть обжаловано в течение **одного месяца** с момента его получения стороной, против которой испрашивается исполнение. Если последняя домицилирована в другом Договариваемом государстве, нежели государство, где было принято постановление об исполнении, срок для подачи апелляционной жалобы удваивается до двух месяцев (п. 1–5 ст. 43). Суд, в который подана жалоба, отзывает или отменяет постановление об исполнении, только по основаниям, упомянутым в ст. 34. Решение по жалобе должно быть вынесено незамедлительно. **Ни при каких обстоятельствах иностранное судебное решение не может быть пересмотрено по существу** (п. 1, 2 ст. 45).

Суд, в который поступила апелляционная жалоба, может по ходатайству заявителя приостановить рассмотрение вопроса, если обычная апелляция подана на решение по делу в государстве, где вынесено это решение, или если срок подачи такой апелляции еще не истек. Суд также может поставить исполнение решения в зависимость от обеспечительной меры, применение которой он сочтет необходимым (п. 1 ст. 46). Иностранное судебное решение, обязывающее производить периодические платежи в качестве штрафной санкции, подлежит принудительному исполнению в запрашиваемом государстве только при условии, если сумма выплаты окончательно установлена судом запрашивающего государства (ст. 49)<sup>54</sup>. Сторона, ходатайствующая о признании

<sup>54</sup> От стороны, ходатайствующей о приведении в исполнение в одном Договариваемом государстве судебного решения, вынесенного в другом Договариваемом государстве, не требуется поручительства, залога или задатка в какой-либо форме на основании того, что эта сторона является иностранцем или не имеет домицилия на территории государства, в котором заявлено ходатайство на приведение в исполнение судебного решения (ст. 51). При рассмотрении ходатайства о приведении в исполнение судебного решения и выдаче постановления об исполнении судом того Договариваемого

или принудительном исполнении судебного решения, предъявляет: 1) копию судебного решения, удовлетворяющую условиям, необходимым для установления его достоверности (аутентичности); 2) сертификат, выданный судом или иным компетентным органом того Договаривающегося государства, где было принято судебное решение, в соответствии со стандартной формой, указанной в Приложении V к Луганской конвенции (ст. 53–54)<sup>55</sup>.

Таким образом, международные договоры и регламенты ЕС допускают признание и исполнение судебных решений в широком смысле слова, т.е. не только судебных актов, которые вынесены судами первой инстанции и разрешают дело по существу, но и иных судебных актов. Принудительное исполнение иностранного судебного решения отходит от выдачи экзекватуры запрашиваемым судом (за исключением Минской и Луганской конвенций), при этом не допускается пересмотр такого решения по существу. Лицу, против которого испрашивается исполнение, оставляется право заявить ходатайство о признании иностранного судебного решения не подлежащим исполнению по основаниям, содержащимся в международных договорах или регламентах ЕС.

Перечень таких оснований является закрытым и не подлежит расширительному толкованию, либо полностью исключается. В этом контексте Минская и Луганская конвенции соответствуют первой модели трансграничного признания и исполнения судебных решений, а Киевское соглашение и Регламент Брюссель I bis — второй модели.



## Библиография

Власова Н.В. Взаимность как основание признания и исполнения в России иностранных судебных решений // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 10. С. 190–196.

Ермакова Е.П. Унификация процедуры признания и исполнения иностранных судебных решений в Европейском Союзе: пять новых регламентов ЕС 2012 года // Исполнительное право. 2014. № 2. С. 31–35.

Кайсин Д.В., Безрученков М.В. Исполнение российских судебных решений за рубежом: современные тенденции // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2. С. 161–168.

Костин А.А. Вопросы действительности соглашения о международной подсудности на этапе признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения // Арбитражный и гражданский процесс. 2014. № 5. С. 49–53.

Молева Г.В., Лапаев И.С. Признание и исполнение иностранных судебных решений как средство повышения эффективности правосудия // Правовая политика и правовая жизнь. 2015. № 3. С. 150–152.

Саломов И.И. Институт «оговорка о публичном порядке» в международном частном праве // Правовая жизнь. 2016. № 3. С. 75–82.

Шебанова Н.А. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в практике российских судов // Труды Института государства и права РАН. 2017. Вып. 1. С. 22–43.

Brand R. *Transaction Panning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*. Brill: Nijhoff, 2014. 360 p.

Briggs A. *Civil Jurisdiction and Judgments*. N.Y.: Routledge, 2015. 988 p.

Freeman L. (ed.) *Enforcement of Foreign Judgments 2017*. Global Legal Group Ltd., 2017. 182 p.

---

ся государства, где испрашивается исполнение, не взимаются никакие пошлины, сборы и выплаты (duties, fees and charges), рассчитываемые в зависимости от суммы, указанной в судебном решении (ст. 52).

<sup>55</sup> См. об этом более подробно: *Briggs A. Civil Jurisdiction and Judgments*. N.Y., 2015; *Hartley T. Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments*. Oxford, 2013; *Newton J. Uniform Interpretation of the Brussels and Lugano Conventions*. Oxford, 2002.

Hazelhorst M. *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. Springer, 2017. 448 p.

Kramer X. *Harmonization of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law / Kramer X.E., van Rhee C.H. (eds.) Civil Litigation in a Globalizing World*. Springer, 2014. P. 121–140.

Lazic V., Stuij S. (eds.) *Brussels Ibis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*. Springer, 2017. 152 p.

Magnus U., Mankowski P. (eds.) *Brussels Ibis Regulation*. Sellier European Law Publishers, 2015. 1000 p.

Rutherglen G. *Transnational Civil Litigation*. Washington: Foundation Press, 2016. 211 p.

---

## Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: National and Regional Dimensions



### Nataliya Yu. Erpyleva

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



### Dmitry Maksimov

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



### Abstract

The paper considers the issues of recognizing and enforcing foreign judgments at national and regional levels of legal regulation. The aim of the research is to study certain aspects of recognizing and enforcing foreign judgments including categories of foreign judgments which are subject to recognition and enforcement, procedure of recognition and enforcement, grounds for the refusal of recognition and enforcement. It is scrutinized national legislation represented by the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation of 2002 and the Civil Procedure Code of the Kyrgyz Republic of 2017; international treaties of regional character (e.g. Minsk convention on legal assistance and legal relations in civil, matrimonial and criminal matters of 1993; Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 2007) and legal documents of international organizations (e.g. EU Regulation № 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters of 2012). Applying the comparative research method, the authors came to the conclusion that foreign judgments subject to recognition and enforcement are strictly defined in national legislation than in certain international treaties of regional character and EU regulations. The procedure of recognition and enforcement of foreign judgments has been evolving from exequatur issued by court addressed (in national legislation and certain international treaties of regional character) to its abolishing in certain international treaties of regional character and EC regulations. The grounds for the refusal of recognition and enforcement are strictly limited and include undue service of documents instituting the proceedings on the defendant not enabling the person to arrange defence; the judgment is irreconcilable with a judgment given between the same parties, on the same subject matter rendered by the court in the state addressed or in another country; if the recognition and enforcement are manifestly contrary to public order in the state addressed.



### Keywords

international private law, international civil procedure, recognition and enforcement, foreign judgments, court addressed, court of origin, exequatur, public order.

Citation: Erpylyova N.Yu., Maximov D.M. (2017) Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: National and Regional Judgments. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 200–222 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.200.222



## References

Brand R. (2014) *Transaction Panning Using Rules on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments*. Brill: Nijhoff, 360 p.

Briggs A. (2015) *Civil Jurisdiction and Judgments*. London: Routledge, 988 p.

Hazelhorst M. (2017) *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial*. Springer, 448 p.

Ermakova E.P. (2014) Unifikatsiya protsedury priznaniya i ispolneniya inostrannykh sudebnykh resheniy v Evropeyskom Soyuze: 5 novykh reglamentov ES 2012 goda [Unifying Procedure of Recognizing and Executing Foreign Judgments in the EU: 5 new EU Rules of 2012]. *Ispolnitel'noe pravo*, no. 2, pp. 31–35.

Freeman L. et al. (2017) *Enforcement of Foreign Judgments 2017*. Global Legal Group Ltd., 182 p.

Kaysin D.V., Bezruchenkov M.V. (2016) Ispolnenie rossiyskikh sudebnykh resheniy za rubezhom: sovremennyye tendentsii [Executing Russian Judgments Abroad: Modern Trends]. *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha*, no. 2, pp. 161–168.

Kostin A.A. (2014) Voprosy deystvitel'nosti soglasheniya o mezhdunarodnoy podsudnosti na etape priznaniya i privedeniya v ispolnenie inostrannogo sudebnogo resheniya [Issues of the Validity of agreement on International Jurisdiction at the Stage of Recognizing and Executing Foreign Judgment]. *Arbitrazhnyy i grazhdanskiy protsess*, no. 5, pp. 49–53.

Kramer X. (2014) Harmonisation of Civil Procedure and the Interaction with Private International Law. Kramer X., van Rhee C. (eds.) *Civil Litigation in a Globalizing World*. Springer, pp. 121–140.

Lazic V., Stuij S. (eds.) (2017) *Brussels I bis Regulation: Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme*. Springer, 152 p.

Magnus U., Mankowski P. (eds.) (2015) *Brussels Ibis Regulation (European Commentaries on Private International Law Series)*. Sellier European Law Publishers, 1000 p.

Moleva G.V., Lapaev I.S. (2015) Priznanie i ispolnenie inostrannykh sudebnykh resheniy kak sredstvo povysheniya effektivnosti pravosudiya [Recognizing and Enforcing Foreign Judgments to Increase Efficiency of Judgment]. *Pravovaya politika i pravovaya zhizn'*, no. 3, pp. 150–152.

Rutherglen G. (2016) *Transnational Civil Litigation*. Washington: Foundation Press, 211 p.

Salomov I.I. (2016) Institut «ogovorki o publichnom poryadke» v mezhdunarodnom chastnom prave [Public Order Clause in International Private Law]. *Pravovaya zhizn'*, no. 3, pp. 75–82.

Shebanova N.A. (2017) Priznanie i privedenie v ispolnenie inostrannykh sudebnykh resheniy v praktike rossiyskikh sudov [Recognizing and Enforcing Foreign Judgments in Practice of Russian Courts]. Trudy Instituta gosudarstva i prava RAN, issue 1, pp. 22–43.

Vlasova N.V. (2016) Vzaimnost' kak osnovanie priznaniya i ispolneniya v Rossii inostrannykh sudebnykh resheniy [Mutuality as a Ground to Recognize and Execute Foreign Judgments in Russia]. *Aktual'nye problemy rossiyskogo prava*, no. 10, pp. 190–196.

---

# Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация: соотношение правовых режимов

---



**Д.С. Боклан**

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

---



## Аннотация

В настоящей статье проблема соотношения правовых режимов Всемирной торговой организации (ВТО) и Евразийского экономического союза (ЕАЭС) анализируется в контексте трех аспектов: место правового режима ВТО и правового режима ЕАЭС в системе международного права; место права ЕАЭС в правовом режиме ВТО; место норм соглашений ВТО в правовом режиме ЕАЭС. Правовой режим ВТО и правовой режим ЕАЭС являются частью международного права, они входят в автономный комплекс норм, регулирующих международные торговые отношения в рамках многосторонней торговой системы. Правовой режим ВТО и правовой режим ЕАЭС не существуют изолированно от системы международного права. Они должны толковаться и применяться на основе принципа гармонизации с учетом цели системной интеграции. Положения Договора о ЕАЭС не представляют собой развития и дополнения соглашений ВТО, т.е. Договор о ЕАЭС и соглашения ВТО не являются договорами, «относящимися к одному и тому же предмету» в понимании ст. 30 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (ВКПМД). Региональные торговые соглашения (РТС) не являются «соглашениями об изменении» многосторонних соглашений ВТО между их участниками в понимании ст. 41 ВКПМД. Нормы РТС являются допустимыми, правомерными исключениями из ГАТТ и ГАТС, и не рассматриваются Органом разрешения споров ВТО как нормы права, а рассматриваются как меры, принимаемые государствами-участниками таких соглашений. Этот вывод справедлив и для норм права ЕАЭС. При этом все действия ЕАЭС присваиваются каждому государству-члену ЕАЭС, в том числе и России. Суды РТС, в том числе и Суд ЕАЭС не обладают юрисдикцией рассматривать споры, вытекающие из соглашений ВТО. Однако Суд ЕАЭС полномочен толковать нормы права ЕАЭС, учитывая нормы права ВТО.

---



## Ключевые слова

Всемирная торговая организация, Евразийский экономический союз, Суд Евразийского экономического союза, Орган по разрешению споров, региональные торговые соглашения, толкование, соотношение.

---

Библиографическое описание: Боклан Д.С. Евразийский экономический союз и Всемирная торговая организация: соотношение правовых режимов // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 223–236.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.223.236

## Введение

С одной стороны, региональная экономическая интеграция способствует либерализации торговли, которая, в свою очередь, является одной из целей Соглашений ВТО. С другой стороны, региональные (преференциальные)<sup>1</sup> торговые соглашения (далее — РТС) являются способом «обхода» обязанностей, предусмотренных соглашениями ВТО. По состоянию на сентябрь 2016 г. все государства-члены ВТО являются участниками РТС. На сегодняшний день 267 РТС были нотифицированы в ВТО и вступили в силу<sup>2</sup>. Среди таких РТС и Договор о Евразийском экономическом союзе 2014 г. (далее — Договор о ЕАЭС)<sup>3</sup>. В связи с присоединением к ВТО всех (за исключением Беларуси<sup>4</sup>) государств-членов Евразийского экономического союза (далее — ЕАЭС) на повестке дня стоит вопрос о соотношении правовых режимов ВТО и ЕАЭС. В настоящей статье данный вопрос рассматривается в контексте трех проблем, а именно: места правовых режимов ВТО и ЕАЭС в системе международного права; места права ЕАЭС в правовом режиме ВТО и места норм соглашений ВТО в правовом режиме ЕАЭС.

### 1. Правовые режимы ВТО и ЕАЭС в системе международного права

Комиссия международного права ООН (далее — КМП) указала на возникновение специализированных и (соответственно) автономных норм или комплексов норм, правовых институтов в системе международного права. К таким специализированным автономным комплексам норм КМП отнесла торговое право и указала на наличие в нем собственных принципов и институтов<sup>5</sup>. КМП характеризует такие комплексы норм как «замкнутые» режимы и определяет их как группу норм и принципов, связанных специальным предметом регулирования и рассматривает их как *lex specialis*<sup>6</sup>.

В соответствии со ст. 1 Договора о разрешении споров ВТО (далее — ДРС), Орган по рассмотрению споров ВТО (далее — ОРС) при разрешении споров применяет только «охваченные соглашения», т.е. соглашения ВТО. Однако в соответствии со ст. 3.2 ДРС, «члены [ВТО] признают, что система урегулирования споров имеет целью ... внести ясность в отношении действующих положений этих соглашений в соответствии с обычными правилами толкования международного публичного права» (*курсив наш*). Толкуя данное положение, Апелляционный орган ОРС ВТО указал, что обычные нормы

<sup>1</sup> Здесь и далее «региональные торговые соглашения» и «преференциальные торговые соглашения» употребляются как синонимы. О разнице данных понятий см.: *Van den Bossche P., Zdouc W. The Law and Policy of the World Trade Organization. Cambridge, 2013. P. 648–649.*

<sup>2</sup> [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.wto.org/english/news\\_e/spra\\_e/spra138\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/spra_e/spra138_e.htm) (дата обращения: 04.04.2017)

<sup>3</sup> Подробнее о предпосылках создания ЕАЭС см.: *Шумилов В.М., Боклан Д.С., Лифшиц И.М. Правовые новеллы договора о Евразийском экономическом союзе // Российский внешнеэкономический вестник. 2015. № 4. С. 88–100.*

<sup>4</sup> При этом переговоры о присоединении Беларуси к ВТО активно ведутся. Последнее заседание рабочей группы состоялось в январе 2017 г. [Электронный ресурс]: // URL: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news17\\_e/acc\\_blr\\_24jan17\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news17_e/acc_blr_24jan17_e.htm) (дата обращения: 05.04.2017)

<sup>5</sup> *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Yearbook of International Law Commission. 2006. Vol. II. Part II. Chapter XII, para 243.*

<sup>6</sup> *Ibid. Para 247, 251 (11).*

международного права о толковании международных договоров, о которых речь идет в ст. 3.2. ДРС, закреплены в ст. 31 Венской конвенции ООН о праве международных договоров (1969) (далее — ВКПМД) и что «... Генеральное соглашение не может быть прочтено объективно изолированно от публичного международного права»<sup>7</sup>. Как пишет Г. Марсо, «третейские группы и Апелляционный орган обязаны толковать нормы ВТО, принимая во внимание все соответствующие нормы международного права, действующие между членами ВТО»<sup>8</sup>. Более того, члены ВТО вправе ссылаться при рассмотрении между ними спора на положения действующего между ними соглашения, не входящего в «пакет» ВТО для формирования защитной позиции<sup>9</sup>. Однако Апелляционный орган подчеркнул, что «в соответствии с ДРС у Апелляционного органа и третейских групп нет оснований рассматривать споры, вытекающие из соглашений, за рамками ВТО»<sup>10</sup>.

Таким образом, международное торговое право, включая право ВТО, рассматривается как неотъемлемая часть международного права<sup>11</sup>. Право ВТО не является закрытой, замкнутой, изолированной от международного права системой<sup>12</sup>. «Абсолютный характер замкнутости права ВТО, отделенность от других договорных режимов не прослеживается ни в одном из дел, рассмотренных ОРС. На самом деле существующие договорные режимы не могут и не должны быть действительно замкнутыми»<sup>13</sup>. Право ВТО не представляет собой отдельную «систему», оно является «подсистемой» международного права<sup>14</sup>.

Следовательно, нормы права ВТО и права ЕАЭС, регулирующие международные торговые отношения можно отнести к «(относительно) автономным ... комплексам норм», таких как «торговое право» в понимании КМП<sup>15</sup>. Однако они не изолированы от системы международного права и должны толковаться и применяться на основе принципа гармонизации с учетом цели системной интеграции. КМП указывает, что «торговое право» развивается как средство реагирования на возможности, создаваемые сравнительными преимуществами в международных отношениях»<sup>16</sup>. На наш взгляд, возникновение РТС, к которым относится Договор о ЕАЭС, является именно такой реакцией.

Необходимо отметить, что нормы права ЕАЭС, так же как и нормы соглашений ВТО, преимущественно регулирует международные торговые и связанные с ними отношения. Сферы отношений, регулируемых правом ВТО и правом ЕАЭС, зачастую совпадают. Более того, большинство региональных торговых соглашений, включая Договор о ЕАЭС, содержат отсылки к соглашениям ВТО. По мнению КМП, «когда несколько норм касаются одного вопроса, они должны в максимально возможной степени толко-

<sup>7</sup> Appellate Body Report, *Us-Gasoline* (1996), para 16.

<sup>8</sup> *Marceau G. Conflicts of Norms of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties // Journal of World Trade. 2001. № 6. P. 1129.*

<sup>9</sup> *Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Norms of International Law. Cambridge, 2003. P. 473, 491.*

<sup>10</sup> Appellate Body Report, *Mexico-Soft Drinks* (2006), para 56.

<sup>11</sup> *Van den Bossche P., Zdouc W. Op. cit. P. 60.*

<sup>12</sup> *Ibid. P. 61.*

<sup>13</sup> *Право ВТО: теория и практика применения:/ под ред. Л.П. Ануфриевой. М., 2016. С. 328.*

<sup>14</sup> *Pauwelyn J. Op. cit. P. 38.*

<sup>15</sup> *Fragmentation of International Law: Difficulties..., Chapter XII, para 243.*

<sup>16</sup> *Ibid. Para 247.*

ваться таким образом, чтобы устанавливать единый ряд совместимых обязательств»<sup>17</sup>. Указанное положение именуется принципом гармонизации. Таким образом, принцип гармонизации должен лежать в основе многосторонней торговой системы, которая «стоит как из норм, действующих на универсальном уровне ВТО, так и из норм преференциальных торговых соглашений, как двусторонних, так и многосторонних. Вместе они формируют глобальную систему»<sup>18</sup>.

В связи с этим встает вопрос: можно ли Договор о ЕАЭС и соглашения ВТО отнести к договорам, заключенным по одному и тому же вопросу, в понимании ст. 30 ВКПМД? И если да, то какие нормы должны иметь приоритет при возникновении противоречия: нормы Договора о ЕАЭС или нормы соглашений ВТО? Также встает вопрос, является ли Договор о ЕАЭС «соглашением об изменении многостороннего договора (т.е. соглашений ВТО) только во взаимоотношениях между отдельными участниками» (т.е. членами ЕАЭС) в контексте ст. 41 ВКПМД?

Отвечая на первый вопрос, отметим, что ст. 30 ВКПМД относится к «наиболее сложным положениям Конвенции, и ее предмет остается неясным аспектом права международных договоров»<sup>19</sup>. В международно-правовой доктрине высказываются две противоположные точки зрения, являются ли РТС и соглашения ВТО договорами, относящимися к одному и тому же вопросу в контексте ст. 30 ВКПМД<sup>20</sup>. В комментариях КМП к данной статье указывается, что «...заключение последующего договора абсолютно правомерно в случае, если является развитием или дополнением к ранее заключенному договору»<sup>21</sup>. На наш взгляд, положения Договора о ЕАЭС не представляют собой «развитие и дополнение» соглашений ВТО. Соответствующие положения Договора о ЕАЭС представляют собой *lex specialis* по отношению к соответствующим положениям соглашений ВТО, а значит «находятся за рамками действия ст. 30 ВКПМД»<sup>22</sup>.

Вместе с тем даже если рассматривать Договор о ЕАЭС как относящийся к тому же вопросу, что и соглашения ВТО, необходимо подчеркнуть, что в соответствии со ст. 30.2 ВКПМД, «если в договоре устанавливается, что он обусловлен предыдущим или последующим договором или что он не должен считаться несовместимым с таким договором, то преимущественную силу имеют положения этого другого договора». Именно такое по смыслу положение устанавливается в Договоре о ЕАЭС в Приложении № 31, кодифицировавшем Договор о функционировании Таможенного Союза в рамках многосторонней торговой системы (2011; далее — ДФТС). В соответствии со ст. 2 ДФТС «Стороны примут меры для приведения правовой системы Таможенного союза и решений его органов в соответствие с Соглашением ВТО... До того, как эти меры приняты, положения Соглашения ВТО ... имеют приоритет над соответствующими положениями международных договоров, заключенных в рамках Таможенного союза, и решений, принятых его органами».

<sup>17</sup> Ibid. Para 253.

<sup>18</sup> Cottier T., Foltea M. Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements / Bartels L., Ortino F. (eds.) Regional Trade Agreements and the WTO Legal System. Oxford, 2010. P. 46–47.

<sup>19</sup> Villiger M. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The Hague, 2009. P. 411.

<sup>20</sup> См.: McRae D. The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier? // JIEL. 2000. № 3. P. 21–47; Cottier T., Foltea M. Op. cit. P. 43–76.

<sup>21</sup> Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966 / Yearbook of the International Law Commission. 1966. Vol. II. P. 217.

<sup>22</sup> Villiger M. Op. cit. P. 403.

Следовательно, независимо от того, являются ли Договор о ЕАЭС и соглашения ВТО договорами «относящимися к одному и тому же предмету» в понимании ст. 30 ВКПМД, в случае противоречия нормы соглашения ВТО и нормы Договора о ЕАЭС должна применяться норма соглашения ВТО.

Отвечая на второй вопрос, необходимо отметить, что в соответствии с ст. 41 ВКПМД «два или несколько участников многостороннего договора могут заключить соглашение об изменении договора только во взаимоотношениях между собой». В комментариях КМП отмечается, что «изменение» означает отклонение от положений договора только между определенными участниками, что отличает изменение от внесения поправок, которое согласовывается всеми государствами-участниками договора<sup>23</sup>. Изменение в широком смысле может осуществляться в форме отдельного договора, заключение которого меняет правоотношения между государствами-членами ВТО<sup>24</sup>.

Однако, на наш взгляд, РТС не являются «соглашениями об изменении» многосторонних соглашений ВТО между участниками таких РТС. В поддержку тезиса о применении ст. 41 ВКПМД эксперты ссылаются на ст. XXIV Генерального соглашения о тарифах и торговле (далее — ГАТТ) и ст. V Генерального соглашения о торговле услугами (далее — ГАТС), допускающие создание зон свободной торговли и таможенных союзов<sup>25</sup>. На наш взгляд, указанные статьи ГАТТ и ГАТС не рассматривают РТС как изменяющие соглашения ВТО. В данных статьях речь идет о допустимых, правомерных исключениях, т.е. случаях, когда государства-члены ВТО имеют право отступать от положений ГАТТ и ГАТС, причем при соблюдении определенных, обозначенных в ГАТТ и ГАТС условий.

Апелляционный орган в докладе по делу «Турция-текстиль» указал, что «вводная часть ст. XXIV ГАТТ позволяет, при наличии соответствующих условий, оправдать принятие мер *[курсив мой — Д. Б.]*, не соответствующей некоторым положениям ГАТТ...»<sup>26</sup>. Кроме того, в деле «Гватемала — сельскохозяйственные товары» Апелляционный орган подчеркнул, что «соглашения ВТО содержат специальные положения об изъятиях региональных торговых соглашений, которые имеют преимущественную силу по отношению к общим положениям Венской конвенции, таким как статья 41»<sup>27</sup>. Следовательно, с точки зрения Апелляционного органа РТС по своей природе являются исключениями из правового режима ГАТТ и ГАТС, а не соглашениями об изменении многосторонних соглашений ВТО. Т.е. заключение РТС не является изменением соглашений ВТО. Данный вывод также подтверждается мнением Апелляционного органа о возможности использовать положения РТС для толкования нормы соглашения ВТО в деле «Гватемала — сельскохозяйственные товары».

Хотя Апелляционный орган подчеркнул, что не отвечает на вопрос, является ли РТС «нормами международного права» в контексте ст. 31 ВКПМД<sup>28</sup>, он указал, что ст. 31 ВКПМД «нацелена на определение обычного значения терминов договора, отражающего общее намерение сторон договора, а не только намерение некоторых сторон *[курсив*

<sup>23</sup> Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries 1966 / Yearbook of the International Law Commission, 1966. Vol. II. P. 232; Villiger M. Op. cit. P. 533.

<sup>24</sup> Pauwelyn J. Op. cit. P. 316.

<sup>25</sup> См.: Cottier T., Foltea M. Op. cit. P. 46–47.

<sup>26</sup> Appellate Body Report, *Turkey-Textiles* (1999), para 45.

<sup>27</sup> Appellate Body Report, *Peru-Agricultural products* (2015), para 5.112.

<sup>28</sup> Ibid. Para 5.99.

мой. — Д.Б.]. Несмотря на то, что толкование договора может на практике осуществляться в отношении сторон спора, оно должно устанавливать *общие намерения сторон толкуемого договора* [курсив мой. — Д.Б.]»<sup>29</sup>. В международно-правовой доктрине мы можем найти еще более радикальную точку зрения о том, что РТС «не могут использоваться для толкования права ВТО»<sup>30</sup>.

Таким образом, хотя мы, руководствуясь подходом КМП, определили право ВТО и право ЕАЭС как часть международного права, составные части автономного комплекса норм, регулирующих международные торговые отношения в рамках многосторонней торговой системы, в рамках ВТО нормы РТС рассматриваются не как нормы права, а как меры, принимаемые государствами-участниками таких соглашений.

## 2. Право Евразийского экономического союза в правовом режиме ВТО

Соглашения ВТО не запрещают государствам-членам ВТО заключать РТС. По ст. XXIV ГАТТ его положения не должны препятствовать образованию Договаривающимися Сторонами таможенного союза или зоны свободной торговли. В качестве условий создания таможенного союза или зоны свободной торговли в данной статье в соответствии с п. 5 (а) и п. 8 (а) указывается обязанность не устанавливать пошлины и другие меры регулирования торговли, в целом выше или более ограничительные, чем общая сфера действия пошлины и меры регулирования торговли, применявшиеся до образования таможенного союза или зоны свободной торговли. Толкуя ст. XXIV, Третейская группа указала, что «государства-члены [ВТО] вправе создавать таможенные союзы таким образом, чтобы не были нарушены обязательства третьих государств-членов [ВТО] в соответствии с приматом ВТО, что подтверждается Сингапурской Декларацией»<sup>31</sup>. Но данное толкование ст. XXIV не означает, что нормы РТС, не соответствующие соглашениям ВТО, признаются недействительными или ничтожными. В ответ на принятие таких мер третьи государства вправе требовать их отмены или компенсации причиненного ущерба.

Апелляционный орган установил двухшаговый тест, которому должны соответствовать меры, принимаемые государствами-участниками РТС ограничивающие торговлю с третьими государствами. Во-первых, необходимо продемонстрировать, что мера была принята в связи с сознанием таможенного союза, который полностью соответствует критериям ст. XXIV 8 (а) и 5 (а). Во-вторых, необходимо продемонстрировать, что создание таможенного союза зависит от принятия такой меры<sup>32</sup>.

ГАТС (ст. V) также «не препятствует никому из его членов участвовать в или заключать какое-либо соглашение, направленное на либерализацию торговли услугами между сторонами ... при условии, что такое соглашение охватывает существенное число секторов и не допускает дискриминации или устраняет в существенной мере всякую дискриминацию». Необходимо отметить, что ст. V ГАТС не проводит различия между таможенным союзом и зоной свободной торговли. Это связано, как минимум, с двумя обстоятельствами. Во-первых, с услуг не взыскиваются таможенные пошлины и сборы,

<sup>29</sup> Appellate Body Report, *Peru-Agricultural products* (2015), para 5.95.

<sup>30</sup> Qureshi A. *Interpreting WTO Agreements*. Cambridge, 2015. P. 349.

<sup>31</sup> Penal Report, *Turkey-Textiles* (1999), para. 9.183/4.

<sup>32</sup> Appellate Body Report, *Turkey-Textiles* (1999), para. 49.

поэтому для правового режима торговли услугами не имеет значение, оказываются они в рамках таможенного союза или в рамках зоны свободной торговли. Во-вторых, либерализация в сфере торговли услугами присуща более высокому уровню экономической интеграции, на что указывает и термин, закрепленный в ст. V ГАТС — «экономическая интеграция».

В международно-правовой доктрине указывается, что «не все таможенные союзы или зоны свободной торговли предусматривают либерализацию торговли услугами»<sup>33</sup>. В Договоре о ЕАЭС Раздел XV и Приложение № 16 предусматривают правовой режим торговли услугами в рамках Союза. При этом в качестве основной цели закрепляется либерализация торговли услугами (ст. 65.1 и ст. 66 Договора о ЕАЭС), а также принципы национального режима и режима наибольшего благоприятствования при торговле услугами (п. 21–29 Приложения № 16 к Договору).

В целом, несмотря на различия правового режима торговли услугами и товарами, ст. V ГАТС содержит схожие со ст. XXIV ГАТТ условия, а именно: региональное торговое соглашение должно охватывать существенную долю секторов услуг (ст. V.1 ГАТС), аналогичное положение содержится в ст. XXIV.8 ГАТТ; соглашение не должно увеличивать общий уровень барьеров в торговле услугами (ст. V.4 ГАТС), аналогичное положение содержит ст. XXIV.5 ГАТТ.

Таким образом, ГАТТ и ГАТС при соблюдении определенных условий позволяют государствам-членам ВТО принимать меры, которые будут рассматриваться как «преференциальные торговые исключения». Такие меры «были бы несоответствующими ВТО», но их принятие допускается в качестве правомерного исключения из режима наибольшего благоприятствования «в целях обеспечения экономической интеграции государств-членов ВТО»<sup>34</sup>.

Помимо указанных ранее условий, которым должны соответствовать рассматриваемые меры, также государства-участники РТС обязаны соблюдать принцип транспарентности. Соглашения ВТО устанавливают собственный режим транспарентности, требуя от государств-членов безотлагательной публикации мер общего применения, уведомление Совета Организации, компетентного в соответствующей области, а также предоставление информации по запросу другого члена. В рамках ВТО был принят Механизм транспарентности для региональных торговых соглашений, в соответствии с которым государства-члены ВТО обязаны представить в ВТО текст и все приложения РТС на одном из официальных языков ВТО.

Переходя непосредственно к праву ЕАЭС в правовом порядке ВТО, необходимо отметить, что в трех делах, где Россия является ответчиком, заявители поставили перед ОРС ВТО вопрос о признании норм права ЕАЭС не соответствующими праву ВТО. Это дела: «Россия: антидемпинговые пошлины на легкие коммерческие автомобили из Германии и Италии»; «Россия: тарифное регулирование некоторых сельскохозяйственных и промышленных товаров» и «Россия: меры, затрагивающие импорт железнодорожного оборудования».

Например, в последнем деле Украина просит признать мерой, противоречащей праву ВТО, не только решения Евразийской экономической комиссии, но и Технический регламент Таможенного Союза, и при этом указывает в качестве правового основания для введения оспариваемых мер целый раздел Договора о ЕАЭС (разд. 10 «Техническое

<sup>33</sup> *Krajewski M. Services Liberalization in Regional Trade Agreements: Lessons for GATS “Unfinished Business?” / Bartels L., Ortino F. (eds.) Op. cit. P. 178.*

<sup>34</sup> *Van den Bossche P., Zdouc W. Op. cit. P. 648.*

регулирование»). Во всех указанных делах нормы права ЕАЭС рассматриваются как меры, принятые одним из государств-членов ЕАЭС, а именно Россией, поскольку ЕАЭС не является членом ВТО. При этом все действия ЕАЭС (его органов) присваиваются каждому члену ЕАЭС, в том числе и России.

В докладе по делу «Турция-текстиль» Третьей группа подчеркнула, что «там, где государства действуют через общий орган, каждое такое государство становится ответственным за неверный акт», а действия общего органа «не могут быть рассмотрены иначе, как в контексте поведения каждого отдельного государства»<sup>35</sup>. В докладе по делу «Россия: тарифное регулирование» Третьей группа указала, что меры, принятые Евразийской экономической комиссией «не были приняты Россией, а были приняты Евразийским Экономическим Союзом (ЕАЭС), международной организацией, членом которой является Россия»<sup>36</sup>. Для нас является очевидным, что акт применения таможенных пошлин присваивается России»<sup>37</sup>.

Таким образом, ОРС ВТО рассматривает нормы права ЕАЭС в качестве мер, принятых Россией, а не в качестве норм международного права в понимании КПМ ООН

### 3. Нормы соглашений ВТО в правовом режиме ЕАЭС

В соответствии со ст. 6 Договора о ЕАЭС его право составляют: Договор о ЕАЭС, международные договоры в рамках ЕАЭС, международные договоры ЕАЭС с третьей стороной, решения и распоряжения органов ЕАЭС. Как указывалось ранее, ст. 2 ДФТС закрепляет приоритет соглашений ВТО над соответствующими положениями права ЕАЭС при противоречии между ними. В связи с этим встают вопросы: являются ли нормы соглашений ВТО частью права ЕАЭС? Может ли Суд ЕАЭС применять соглашения ВТО при разрешении споров? В международно-правовой доктрине указывается, что «очень непростым вопросом является вопрос о прямом и косвенном действии норм права ВТО в правопорядке Таможенного союза, т.е. о праве частных лиц ссылаться на нормы права ВТО в Суде ЕврАзЭС для оспаривания актов Евразийской комиссии либо при толковании права таможенного союза»<sup>38</sup>.

Предшественник Суда ЕАЭС, Суд ЕврАзЭС в решении от 24.06.2013 по делу о стальных кованых валках прокатных станов высказался о соотношении права ВТО и права ТС. Суд указал, что «международные договоры, заключенные в рамках таможенного союза, являются специальными по отношению к договорам, заключенным в рамках ВТО, как регулирующие отношения исключительно в рамках Таможенного союза...»<sup>39</sup>. Однако в случае противоречия между Соглашениями ВТО и договорами, заключенными в рамках Таможенного союза, а также решениями органов таможенного союза приоритет имеют соглашения ВТО<sup>40</sup>.

Необходимо отметить, что в п. 185 Доклада рабочей группы по присоединению Российской Федерации к ВТО (далее — Доклад рабочей группы) указывается, что «права и

<sup>35</sup> Panel Report, *Turkey-Textiles* (1999), para. 9.37.

<sup>36</sup> Panel Report, *Russia — Tariff Treatment* (2015), para 7.42.

<sup>37</sup> Ibid. Para 7.46.

<sup>38</sup> *Исполинов А.С.* Вопросы прямого применения права ВТО в правопорядке России // Законодательство. 2014. №2. С. 69.

<sup>39</sup> Там же. С. 20.

<sup>40</sup> Там же.

обязанности государств-членов Таможенного союза, вытекающие из Соглашения ВТО ... не могут быть отменены либо ограничены решением органов Таможенного союза, в том числе Судом... права и обязанности члена Таможенного союза по Соглашению ВТО будут иметь преимущество перед всеми прошлыми и будущими соглашениями Таможенного союза и решениями органов Таможенного союза». Далее в п. 186 указано, что нарушение данных прав и обязанностей государством-членом Таможенного союза либо органом Таможенного союза может быть обжаловано государством-членом Таможенного союза либо Комиссией Таможенного союза в Суде. Хозяйствующие субъекты также могут заявить о нарушениях ДФТС в Суд.

Компетенция Суда ЕАЭС определена в п. 39 Статута Суда ЕАЭС, в соответствии с которым Суд рассматривает споры, возникающие по вопросам реализации Договора о ЕАЭС, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза. Применимое Судом ЕАЭС право определено в п. 50 Статута Суда. К таковому относятся: общепризнанные принципы и нормы международного права; Договор о ЕАЭС; международные договоры в рамках Союза; иные международные договоры, участниками которых являются государства стороны-спора; решения и распоряжения органов Союза; международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы.

Можно ли соглашения ВТО отнести к международным договорам в рамках Союза или же к иным международным договорам, участниками которых являются государства стороны-спора? Определение «международного договора в рамках Союза» дано в ст. 2 Договора о ЕАЭС, под которым понимается международный договор, заключаемый между государствами-членами по вопросам, связанным с функционированием и развитием Союза. Очевидно, что соглашения ВТО не относятся к данной категории международных договоров.

Что касается понятия «иных международных договоров, участниками которых являются государства стороны-спора», то в решении от 21.06.2016 Апелляционная палата Суда ЕАЭС по жалобе ЗАО «Дженерал Трейд» на решение Коллегии Суда ЕАЭС от 04.04.2016 об отказе в удовлетворении заявления «Дженерал Трейд» и признании решения ЕЭК от 18.07.2014 № 117 «О классификации холодильной машины «чиллер» по единой Товарной номенклатуре внешнеэкономической деятельности Таможенного союза» соответствующим Договору, международным договорам в рамках ЕАЭС установила критерии, необходимые для применения международного договора, не являющегося международным договором в рамках Союза. В решении указывается на необходимость двух кумулятивных условий, которым должен соответствовать международный договор, не являющийся договором в рамках Союза, а именно: членство всех государств ЕАЭС в таком договоре и чтобы сфера действия такого договора относилась к области единой политики в рамках ЕАЭС<sup>41</sup>. На сегодняшний день даже по первому критерию соглашения ВТО нельзя отнести к иным международным договорам, участниками которых являются государства стороны-спора, поскольку Беларусь не является участником соглашений ВТО.

Кроме того, в международно-правовой доктрине есть мнение, что ОРС ВТО обладает исключительной юрисдикцией в отношении споров, возникающих из «охваченных» соглашений, т.е. соглашений ВТО<sup>42</sup>. Такой вывод делается из толкования ст. 23

<sup>41</sup> Решение Суда ЕАЭС по Делу № СЕ-1-2/2-16-АП от 21.06.16. С. 14.

<sup>42</sup> См., напр.: *Van den Bossche P, Zdouc W. Op. cit. P. 161–162.*

ДРС. В соответствии с данной статьей государства-члены ВТО «обязаны обращаться к и следовать процедурам» ДРС. «Члены ВТО обязаны запустить квази-автоматический быстрый и действенный механизм разрешения споров ВТО, *исключая*, таким образом, компетенцию других механизмов разрешения споров определять наличие нарушения право ВТО» [курсив мой. — Д.Б.]<sup>43</sup>. Аналогичный вывод можно сделать и из практики ОРС ВТО. Толкуя ст. 23 ДРС, Третьей группой подчеркнута, что государства-члены ВТО «должны обращаться к системе разрешения споров, предусмотренной ДРС, *как исключительной среди каких-либо иных систем*, в частности, систем одностороннего исполнения прав и обязанностей, предусмотренных ВТО» [курсив наш]<sup>44</sup>. Данное положение было также подтверждено позже Третьей группой в деле «ЕС — коммерческие суда», где указывалось на исключительную юрисдикцию ОРС ВТО относительно иных международных форумов<sup>45</sup>.

Таким образом, из практики ОРС ВТО также следует, что Суды РТС, в том числе и Суд ЕАЭС, не обладают юрисдикцией рассматривать споры, вытекающие из соглашений ВТО. Вместе с тем возникает вопрос, может ли Суд ЕАЭС при разрешении споров, вытекающих из права ЕАЭС, толковать право ЕАЭС с учетом права ВТО?

В целом РТС основываются на праве ВТО, содержат отсылки к нему и повторяют многие положения соглашений ВТО<sup>46</sup>. Это справедливо и в отношении Договора о ЕАЭС. Так, в преамбуле Договора о ЕАЭС указывается, что стороны «принимают во внимание нормы, правила и принципы Всемирной торговой организации». Данное положение конкретизируется далее в статьях Договора<sup>47</sup>. Очевидно, что при толковании права ЕАЭС, включая нормы Договора о ЕАЭС, Суд ЕАЭС руководствуется нормами о толковании международных договоров, закрепленными в ВКПМД, учитывая тот факт, что все государства-члены ЕАЭС участвуют в ВКПМД и что положения ВКПМД о толковании являются кодификацией обычных норм международного права. В соответствии со ст. 31.1 ВКПМД «договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в *их контексте*, а также в свете объекта и целей договора» [курсив мой. — Д.Б.]. Как указывалось ранее, в преамбуле Договора о ЕАЭС сказано, что стороны «принимают во внимание нормы, правила и принципы Всемирной торговой организации», что можно рассматривать, как «контекст», в котором должны толковаться все положения Договора о ЕАЭС. Кроме того, в соответствии со ст. 31.3.с) ВКПМД «наряду с контекстом учитываются любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками». На данный момент для всех государств-членов ЕАЭС, кроме Беларуси, соглашения ВТО относятся к таким нормам международного права.

Вместе с тем право Суда ЕАЭС толковать нормы права ЕАЭС, учитывая нормы права ВТО, не влечет за собой обязанности следовать толкованию ОРС ВТО. Международный трибунал по морскому праву указал, что «применение норм международного права о толковании международных договоров, когда толкуются идентичные или аналогичные положения, содержащиеся в различных международных договорах, могут не

<sup>43</sup> Kwak K., Marceau G. Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements / Bartels L. Ortino F. (eds.). Op. cit. P. 467.

<sup>44</sup> Panel Report, *US — Section 301 Trade Act (2000)*, para 7.43.

<sup>45</sup> Panel Report, *EC — Commercial Vessels (2005)*, para 7.193.

<sup>46</sup> См. подробнее: Qureshi A. Op. cit. P. 350–355.

<sup>47</sup> См. напр., Приложение № 31 и Приложение № 29 к Договору о ЕАЭС.

приводить к одинаковым результатам, принимая во внимание, среди прочего, разницу в соответствующих контекстах, объектах и целях, практике сторон и подготовительных материалах»<sup>48</sup>. «Не должно быть слепых или раболепных отсылок к толкованиям ВТО, поскольку региональные торговые соглашения представляют собой отдельные международные договоры, наравне [с соглашениями ВТО] подпадающие под правила толкования норм международного права»<sup>49</sup>.

Таким образом, Суд ЕАЭС при использовании права ВТО в целях толкования Договора о ЕАЭС должен руководствоваться целями, объектом Договора о ЕАЭС, а также практикой государств-членов по его применению и подготовительными материалами. Данный вопрос актуален, поскольку Судом ЕАЭС 1.11.2016 принято к производству заявление публичного акционерного общества «Арселор Миттат Кривой Рог» (Украина). В этом заявлении истец указывает на несоответствие решения Евразийской экономической комиссии от 29.03.2016 №28 «О применении антидемпинговой меры посредством введения антидемпинговой пошлины в отношении прутков, происходящих из Украины и ввозимых на таможенную территорию Евразийского экономического союза» праву ВТО. В связи с этим нельзя не согласиться с мнением И.И. Лукашука, что «по мере развития договорных отношений и усиления их влияния на внутреннее право судам предстоит довольно сложная работа по толкованию и согласованию договорных постановлений, расходящихся друг с другом»<sup>50</sup>.

## Выводы

Правовой режим ВТО и правовой режим ЕАЭС являются частью международного права, т.е. входят в автономный комплекс норм, регулирующих международные торговые отношения в рамках многосторонней торговой системы. Нормы указанных правовых режимов должны толковаться и применяться на основе принципа гармонизации с учетом цели системной интеграции.

Положения Договора о ЕАЭС не представляют собой «развития и дополнения» соглашений ВТО, а являются *lex specialis* по отношению к соответствующим положениям соглашений ВТО, и как следствие, находятся за рамками действия ст. 30 ВКПМД. Это означает, что Договор о ЕАЭС и соглашения ВТО не являются договорами, «относящимися к одному и тому же предмету» в понимании ст. 30 ВКПМД. В любом случае при наличии противоречия между нормой соглашения ВТО и нормой Договора о ЕАЭС должна применяться норма соглашения ВТО.

ВТО не запрещает государствам-членам ВТО заключать РТС. Однако РТС не являются «соглашениями об изменении» многосторонних соглашений ВТО между их участниками в понимании ст. 41 ВКПМД. ГАТТ и ГАТС не рассматривают РТС как изменяющие соглашения ВТО. Нормы РТС являются допустимыми, правомерными исключениями из ГАТТ и ГАТС. При этом нормы РТС рассматриваются ОРС ВТО не как нормы права, а как меры, принимаемые государствами-участниками таких соглашений.

<sup>48</sup> Mox Plant Case (Ireland v United Kingdom). Order on Provisional Measures, 3.12. 2001. Para 51. [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-10/#c667> (дата обращения: 05.04.2017)

<sup>49</sup> Hsu L. Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links' / L. Bartels, F. Ortino (eds.). Op. cit. P. 541.

<sup>50</sup> Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Т. II. Действие международных договоров. М., 2006. С. 60.

ОРС ВТО рассматривает нормы права ЕАЭС как меры, принятые одним из государств-членов ЕАЭС. Все действия ЕАЭС присваиваются каждому его члену, в том числе и России. Во всех трех на сегодняшний момент спорах с участием России в качестве ответчика, где затрагивается право ЕАЭС, ОРС ВТО рассматривает нормы права ЕАЭС в качестве мер, принятых Россией, а не в качестве норм международного права в понимании КПП ООН.

Исходя из практики ОРС ВТО, суды РТС, в том числе и Суд ЕАЭС, не обладают юрисдикцией рассматривать споры, вытекающие из соглашений ВТО. Однако Суд ЕАЭС полномочен толковать нормы права ЕАЭС, учитывая нормы права ВТО. Вместе с тем из этого не вытекает обязанности Суда следовать толкованию ОРС ВТО. Суд ЕАЭС при использовании права ВТО в целях толкования права ЕАЭС должен руководствоваться целями, объектом Договора о ЕАЭС, а также практикой государств-членов по его применению и подготовительными материалами.



### Библиография

- Исполинов А.С. Вопросы прямого применения права ВТО в правовом порядке России // Законодательство. 2014. №2. С. 68–79.
- Лукашук И.И. Современное право международных договоров. Т II. Действие международных договоров. М.: Волтерс Клувер, 2006. 496 с.
- Право ВТО: теория и практика применения: монография / под. ред. Л.П. Ануфриевой. М.: Норма, 2016. 528 с.
- Шумилов В.М., Боклан Д.С., Лифшиц И.М. Правовые новеллы договора о Евразийском экономическом союзе // Российский внешнеэкономический вестник. 2015. № 4. С. 88–100.
- Cottier T., Foltea M. Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements / Bartels L., Ortino F. (eds.) Regional Trade Agreements and WTO Legal System. Oxford: OUP, 2010. P. 43–76.
- Hsu L. Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links' / L. Bartels, F. Ortino (eds.). Regional Trade Agreements and WTO Legal System. Oxford: OUP, 2010. P. 525–552.
- Krajewski M. Services Liberalization in Regional Trade Agreements: Lessons for GATS "Unfinished Business?" / Bartels L., Ortino F. (eds.) Regional Trade Agreements and WTO Legal System. Oxford: OUP, 2010. P. 175–200.
- Kwak K., Marceau G. Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements / Bartels L., Ortino F. (eds.) Regional Trade Agreements and the WTO Legal System Oxford: OUP, 2010. P. 465–524.
- McRae D. The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier? // JIEL. 2000. № 3. P. 21–47.
- Marceau G. Conflicts of Norms of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties // Journal of World Trade. 2001. Vol. 35. № 6. P. 1081–1131.
- Pauwelyn J. Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Norms of International Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. 554 p.
- Pauwelyn J. The Puzzle of WTO Safeguards and Regional Trade Agreements // Journal of International Economic Law. 2004. № 7. P. 109–142.
- Qureshi A. Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 452 p.
- Van den Bossche P., Zdouc W. The Law and Policy of the World Trade Organization. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. 1045 p.
- Villiger M. Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. The Hague: Martinus Nijhoff, 2009. 1057 p.
-

## Eurasian Economic Union and World Trade Organization: Interrelation of Legal Regimes



**Dar'ya Boklan**

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



### Abstract

In the paper the issue of interrelation between the WTO and EAEU legal regimes is divided into three sub issues, i.e. the WTO legal regime and EAEU legal regime in the system of international law; the norms of the EAEU law in the WTO legal regime; the norms of the WTO agreements in the legal regime of the EAEU. The WTO and EAEU legal regimes are part of the international law; they are part of autonomous rule complex which governs international trade relations in the framework of multilateral trade system. The WTO and EAEU legal regimes are not isolated from the system of international law and should be interpreted and applied on the basis of the principle of harmonization aimed at systematic integration. The provisions of the Treaty on the EAEU do not represent “development of or addition” to the WTO agreements. Therefore, the Treaty on the EAEU and WTO agreements are not “treaties relating to the same subject matter” in the context of Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969 (VCLT). RTAs are not “agreements to modify” WTO multilateral agreements between certain of the parties in the context of Article 41 of the VCLT. In case of the contradiction between the norm of WTO agreement and the norm of the Treaty on EAEU the norm of the WTO agreement should be applied. The norms of the RTAs are authorized legal exceptions from GATT and GATS. Furthermore the norms of the RTA are not considered by the WTO Dispute Settlement Body as rules of law rather they are considered as measures applied by the member-states of such agreements. This conclusion also works for the norms of the EAEU law. Moreover, all the conducts of the EAEU are attributable to every EAEU member-state, including Russia. The tribunals of the RTAs, including EAEU Court do not have jurisdiction to settle disputes under the WTO covered agreements. However, the EAEU Court is authorized to take into account WTO agreements interpreting the norms of EAEU law.



### Keywords

World Trade Organization (WTO), Eurasian Economic Union (EAEU), Court of the Eurasian Economic Union, WTO Dispute Settlement Body, regional trade agreements (RTA), interpretation, interrelation.

Citation: Boklan D.S. (2017) Eurasian Economic Union and World Trade Organization: Interrelation of Legal Regimes. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 223–236 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.223.236



### References

- Anufrieva L.P. et al. (2016) *Pravo WTO: teoriya i practica primeneniya* [WTO Law: Theory and Practice of Implementation]. Moscow: INFRA-M, 528 p. (in Russian)
- Cottier T., Foltea M. (2010) Constitutional Functions of the WTO and Regional Trade Agreements. L.Bartels, F.Ortino (eds.) *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: Oxford University Press, pp. 43–76.
- Hsu L. (2010) Applicability of WTO Law in Regional Trade Agreements: Identifying the Links. *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: OUP, pp. 525–552.
- Ispolinov A.S. (2014) Voprosy pryamogo primeneniya prava WTO v pravoporyadke Rossii [Issues of Direct Application of WTO Law in the Legal Order of Russia]. *Zakonodatelstvo*, no. 2, pp. 68–79.
- Krajewski M. (2010) Services Liberalization in Regional Trade Agreements: Lessons for GATT Unfinished Business? *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: OUP, pp. 175–200.

- Kwak K., Marceau G. (2010) Overlaps and Conflicts of Jurisdiction between the World Trade Organization and Regional Trade Agreements. *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford: OUP, pp. 465–524.
- Lukashuk I.I. (2006) *Sovremennoe pravo mezhdunarodnykh dogovorov* [Modern Law of International Treaties]. Moscow: Wolters Kluwer, 496 p. (in Russian)
- McRae D. (2000) The WTO in International Law: Tradition Continued or New Frontier? *Journal of International Economic Law*, no. 3, pp. 21–47.
- Marceau G. (2001) Conflicts of Norms of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties. *Journal of World Trade*, vol. 35, no. 6, pp. 1081–1131.
- Pauwelyn J. (2003) *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Norms of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 554 p.
- Pauwelyn J. (2004) The Puzzle of WTO Safeguards and Regional Trade Agreements. *Journal of International Economic Law*, no. 7, pp. 109–142.
- Qureshi A. (2015) *Interpreting WTO Agreements: Problems and Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 452 p.
- Shumilov V.M., Boklan D.S., Lifshits I.M. (2015) Pravovye novelty dogovora o evraziyskom ekonomicheskom soyuzse [Legal Novels of the Treaty of Eurasian Economic Union]. *Rossiiskiy vneshneekonomicheskiy vestnik*, no. 4, pp. 88–100.
- Van den Bossche P., Zdouc W. (2015) *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: Cambridge University Press, 1045 p.
- Villiger M. (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1057 p.

# Администрирование таможенных платежей в государствах-членах ЕАЭС: вопросы правового регулирования<sup>1</sup>



**Т.Н. Трошкина**

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



## Аннотация

Несоответствие между состоянием администрирования таможенных платежей и предъявляемыми к нему требованиями, необходимость повышения эффективности фискальной деятельности таможенных органов, внедрения новых рычагов воздействия для поступления таможенных платежей определили актуальность исследования. 1 января 2015 г. образовался ЕАЭС, что явилось переходом к следующей ступени межгосударственной экономической интеграции, которая требует изменения в администрировании таможенных платежей. В это экономическое (а, значит, и таможенное) сообщество вступили государства, которые не были членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС, и им придется совершить «скачок» в том числе в правовом регулировании. ЕАЭС как интеграционное объединение имеет единое правовое пространство таможенного регулирования, в том числе и таможенных платежей. Векторы его развития разнонаправлены в зависимости от вида платежа, например, вопросы таможенно-тарифного регулирования должны решаться на наднациональном уровне, проблемы налоговых доходов требуют унификации и гармонизации норм национального законодательства. На сегодняшний день существует комплекс проблем, большинство из которых носит системный характер. Среди тех, решение которых требует научной обоснованности, — занижение таможенной стоимости товаров и их недостоверное декларирование; неразвитость системы получения информации о внешнеторговых ценах; низкая эффективность таможенного контроля; недостаточный уровень взаимодействия таможенных и налоговых органов. Востребованным является совершенствование системы определения и контроля таможенной стоимости как налоговой базы для исчисления таможенных платежей. В работе администрирование таможенных платежей соотносится с таможенным и налоговым администрированием. Рассматриваются системы органов управления; совокупность норм и правил, регламентирующих порядок взимания таможенных платежей; информационная среда реализации функций управления. Этот механизм обеспечивается равноуровневой нормативной правовой базой, в которую входят нормы международных обязательств государств-участников ЕАЭС, Таможенного кодекса Таможенного союза и иных актов таможенного законодательства ЕАЭС, а также национального таможенного законодательства членов ЕАЭС. Результаты исследования могут быть применимы не только в России, но и во всех государствах-членах ЕАЭС, где большинство специалистов владеет русским языком и также отсутствует научная основа решения рассматриваемого вопроса.

<sup>1</sup> Работа подготовлена в ходе исследования №17-01-0022 в рамках Программы НИУ ВШЭ в 2017–2018 гг. 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.



## Ключевые слова

Евразийский экономический союз, таможенные платежи, таможенное законодательство, администрирование таможенных платежей, законодательство о налогах и сборах, таможенная пошлина, НДС, акцизы, таможенные сборы, национальное законодательство государств-членов ЕАЭС.

Библиографическое описание: Трошкина Т.Н. Администрирование таможенных платежей в государствах-членах ЕАЭС: вопросы правового регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2017. № 2. С. 237–252.

JEL: K1; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.237.252

В Евразийском экономическом союзе (далее — ЕАЭС)<sup>2</sup> определены основные направления экономического развития его членов. Это сделано на основе анализа имеющихся ресурсов и с учетом объективных возможностей их совместного эффективного использования<sup>3</sup>. Данное интеграционное объединение можно рассматривать как совместную площадку для взаимодействия по повышению предсказуемости и устойчивости национальных экономик, прежде всего по вопросам внешнеторгового, таможенного и налогового регулирования.

Комфортная среда международной торговли предполагает снижение фискальной нагрузки, значительную часть которой составляют таможенные платежи<sup>4</sup>. Таможенные платежи, с одной стороны, содержат в себе публичное начало и являются для России и других государств ЕАЭС одним из основных фискальных источников бюджетных доходов. Однако в Республике Казахстан, Республике Беларусь и Кыргызской Республике они закреплены как налоговые и зачисляются в государственный бюджет<sup>5</sup>. В Российской Федерации и Республике Армения законодатель их указывает как неналоговые и

<sup>2</sup> С 1.01.2015 на базе Таможенного союза в рамках ЕвразЭС начал функционировать Евразийский экономический союз (ЕАЭС). Договор о его создании подписан в Астане 29.05.2014 Российской Федерацией, Республикой Беларусь, Республикой Казахстан. На сегодня его участниками является еще и Республика Армения (с 2.01.2015) и Кыргызская Республика (с 12.08.2015). Информация с сайта ЕАЭС: [Электронный ресурс]: // URL: <https://docs.eaeunion.org/ru-ru/Pages/DisplayDocument.aspx?s=bef9c798-3978-42f3-9ef2-d0fb3d53b75f&w=632c7868-4ee2-4b21-bc64-1995328e6ef3&l=540294aec3c9-4511-9bf8-aaaf5d6e0d169&EntityID=3610> (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>3</sup> См. подробнее: Основные направления экономического развития ЕАЭС (утверждены Решением Высшего Евразийского экономического совета от 16.10.2015 № 28). [Электронный ресурс]: // URL: [https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0148763/scd\\_19102015\\_28](https://docs.eaeunion.org/docs/ru-ru/0148763/scd_19102015_28) (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>4</sup> К таможенным платежам относятся: таможенная пошлина (ввозная и вывозная), НДС и акцизы на ввозимые товары, таможенные сборы. Перечень таможенных платежей содержится в ст. 70 Таможенного кодекса Таможенного союза (приложение к Договору о Таможенном кодексе таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 27.11.2009 № 17) // СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6615.

<sup>5</sup> Ст. 49 п.1 пп.25 Бюджетного кодекса Республики Казахстан. [Электронный ресурс]: // URL: [http://ru.government.kz/docs/k080000095\\_20110218~1.htm](http://ru.government.kz/docs/k080000095_20110218~1.htm); сайт Центрального Казначейства Кыргызской Республики: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.kazna.gov.kg/index.php/ispolnenie-byudzhet/otchetu-ob-ispolnenii-byudzhet>; ст. 8 Налогового кодекса Республики Беларусь (Общая часть). [Электронный ресурс]: // URL: [http://etalonline.by/?TYPE=TEXT&REGNUM=НК0200166#LOAD\\_TEXT\\_NONE\\_1](http://etalonline.by/?TYPE=TEXT&REGNUM=НК0200166#LOAD_TEXT_NONE_1), пп.1.12 п.1 ст. 30 Бюджетного кодекса Республики Беларусь. Национальный правовой Интернет-портал Республики. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=НК0800412&p2={NRPA}&Article=25> (дата обращения: 12.05.2017)

иные неналоговые поступления<sup>6</sup>. С другой стороны, таможенные платежи напрямую зависят от параметров внешнеторговой активности и существенным образом влияют на темпы роста внешнеторговых поставок и их географию.

Правильное администрирование таможенных платежей позволит максимально компенсировать «выпадающий» доход и обеспечит стабильность его поступления в бюджеты государств-членов ЕАЭС. Следует учитывать и важную особенность, связанную с тем, что в рамках ЕАЭС реализуются механизмы зачисления и распределения таможенных платежей среди бюджетов государств-членов.

Регулирование порядка зачисления и распределения таможенных платежей установлено Протоколом «О порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин (иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие), их перечисления в доход бюджетов государств-членов»<sup>7</sup>. В нем содержатся нормативы распределения сумм, порядок обмена информацией, мониторинга и контроля.

Примером регулирования на национальном уровне поступления и распределения денежных средств является приказ Министерства финансов Российской Федерации от 18.12.2013 № 125н «Об утверждении порядка учета Федеральным казначейством поступлений в бюджетную систему Российской Федерации и их распределения между бюджетами бюджетной системы Российской Федерации»<sup>8</sup>. Нормы данного акта устанавливают правила проведения и учета операций по поступлениям в бюджетную систему.

Необходимость перечислять средства и распределять их между государствами ЕАЭС подтверждают значимость работы над совершенствованием механизма, отвечающего требованиям прозрачности, и применения в его рамках конструкций, позволяющих выполнять это оперативно. При разработке более совершенных методик следует учитывать опыт других интеграционных объединений, состояние экономик государств-членов ЕАЭС, но все это не даст полноценного результата без совершенствования правового регулирования вопросов расширения функции информирования участников внешнеэкономической деятельности (далее — участники ВЭД) о таможенных платежах<sup>9</sup>.

Таможенные органы государств-членов ЕАЭС постоянно совершенствуют арсенал инструментов и методических подходов к администрированию таможенных платежей. Однако проблема эффективности фискальных инструментов таможенного администрирования сохраняет значимость. На сегодняшний день таможенные органы сталкиваются с комплексом проблем, большинство из которых носит системный характер. Среди них — занижение таможенной стоимости товаров и их недостоверное декларирование, неразвитость системы информации, низкая эффективность таможенного контроля, отсутствие системного подхода к анализу информации и т.п.

<sup>6</sup> Ст. 51 Бюджетного кодекса Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823; ст.17 ч. 3 п. з Закона Республики Армения «О таможенном регулировании» от 17.12.2014 № ЗР-83: [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.parliament.am/legislation.php?ID=1503&lang=rus&sel=show> (дата обращения: 11.03.2017)

<sup>7</sup> Приложение № 5 к Договору о Евразийском экономическом союзе // СПС КонсультантПлюс.

<sup>8</sup> СПС КонсультантПлюс.

<sup>9</sup> Анализ данных за 2015 г. из государственной интегрированной информационной системы управления общественными финансами «Электронный бюджет» позволяет говорить, что в России доходы от внешнеэкономической деятельности составляют основную часть неналоговых доходов (24,12 % из 35,2 %) — 3 295,26 млрд. руб., что доказывает успешную реализацию механизма зачисления и распределения таможенных платежей. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.roskazna.ru/gis/ehlektronnyj-byudzhet> (дата обращения: 09.02.2017)

Определение понятия «администрирование таможенных платежей» не имеет законодательного закрепления<sup>10</sup>, хотя оно находит широкое применение как в научных трудах, так и в публичных выступлениях ученых, политических деятелей, работников исполнительной, законодательной и судебной власти, а также лиц, связанных с проблемами их взимания. В связи с этим для раскрытия содержания данного термина мы обратились к доктринальным исследованиям и на их основе путем критического осмысления сформулировали авторскую позицию по данному вопросу<sup>11</sup>.

Теория и практика исследования данного вопроса показывают неоднозначность понимания категории «администрирование таможенных платежей». В связи с этим очевидным и актуальным является вопрос официального определения теоретической и методологической основ таможенного администрирования. Систематизировав все имеющиеся подходы к толкованию, выделим следующие:

1) управление:

система управления таможенными платежами;

система управления таможенными правоотношениями;

система управления государством всем комплексом таможенных отношений;

система управления таможенными отношениями, координирующая деятельность таможенных органов в условиях рыночной экономики;

обособленная управленческая деятельность;

комплексная система управления таможенными платежами;

управление процессом взаимодействия;

управление управлением;

часть системы управленческой деятельности государства;

2) организация и управление:

управление системой организации отношений между плательщиками таможенных платежей и органами управления. Семантическое значение слова «администрирова-

<sup>10</sup> Проанализированы два уровня актов таможенного регулирования по данной проблематике: наднациональный регулятор, представленный таможенным законодательством ЕАЭС (Таможенный кодекс Таможенного союза, решения Высшего Евразийского экономического совета и др.); национальное таможенное законодательство государств — членов ЕАЭС.

<sup>11</sup> Изучаемые вопросы рассматривались в работах: *Артемов А.А.* Администрирование таможенных платежей как направление налоговой политики: автореф. дис. ... к.э.н. М., 2010. 25 с.; *Бакаева О.Ю.* Правовые аспекты таможенного администрирования: понятия и признаки // Государство и право. 2009. № 11. С. 94–98; *Бондарева А.В.* Влияние вывозной таможенной пошлины на формирование доходов федерального бюджета // Государство и общество: вчера, сегодня, завтра. Серия: Экономика. 2014. № 10 (2). С. 133–141; *Верши Т.А.* Проблемы взимания таможенных платежей // Проблемы и перспективы экономики и управления. № 12. 2015. С. 248–251; *Винницкий Д.В.* Основные вопросы косвенного налогообложения в Таможенном Союзе и перспективы совершенствования инструментов наднациональной судебной защиты // Российское право. 2014. № 1. С. 12–16; *Денисова А.Ю.* Правовое регулирование таможенных сборов в государствах-членах ЕАЭС // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2016. № 4; *Иванов А.А.* Организация таможенного администрирования в цепях поставок подакцизных товаров: автореф. дис. ... к.э.н. СПб., 2010. 21 с.; *Кинякин М.В.* Таможенное администрирование как институт интеграции России в мировую экономику: автореф. дис. ... к.э.н. Ростов-на-Дону, 2012. 24 с.; *Крусс Е.Е.* Административно-юрисдикционная деятельность таможенных органов в налоговой сфере: автореф. дис. ... к.ю.н. Люберцы, 2013. 26 с.; *Соклаков А.А., Остапчук М. В.* Механизм правового регулирования администрирования таможенных платежей в условиях новой формы экономической интеграции // Символ науки. 2016. № 4 (16). С. 216–218; *Цидилина И. А.* Администрирование таможенных платежей как направление финансовой деятельности государства (финансово-правовой аспект): автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2015. 31 с.; *Чуватова И.С.* Совершенствование деятельности таможенных органов по администрированию таможенных платежей в Российской Федерации: автореф. дис. ... к.э.н. М., 2011. 28 с.

ние» уже слова «управление» и, следовательно, процесс таможенного администрирования есть лишь часть общего процесса государственного управления;

организационно-управленческая система реализации таможенных отношений, включающая совокупность форм и методов, использование которых призвано обеспечить поступления доходов в бюджетную систему государства;

3) деятельность и управление:

деятельность таможенных органов по осуществлению контроля за соблюдением таможенного законодательства. Сущность администрирования таможенных платежей определяется как управление таможенными отношениями;

4) система мероприятий и управление;

5) деятельность:

организационно-распорядительная деятельность государственных органов исполнительной власти;

6) меры и мероприятия:

ряд мер, направленных на максимально возможный сбор таможенных платежей при минимизации затрат, включая бремя, возлагаемое на плательщика таможенных платежей;

комплекс мер и мероприятий, используемый уполномоченными органами исполнительной власти.

7) организация, процесс;

8) инструмент государственного регулирования;

9) категория собирательная, условная.

Все приведенные толкования условно можно объединить в группы, связанные с управлением (1–4), не связанные с управлением (5–9), не считающие необходимым (обоснованным) выделение из таможенного администрирования отдельный блок вопросов, связанный с таможенными платежами (9).

Администрирование таможенных платежей нацелено на обеспечение деятельности гибкого механизма на основе совокупности норм и правил, его регламентирующих и способных оперативно реагировать как на внешние, так и на внутренние изменения для стабильного поступления этого вида доходов в бюджетную систему членов ЕАЭС. Целью администрирования таможенных платежей является обеспечение прогнозных поступлений в бюджетную систему государства-члена ЕАЭС в условиях оптимального сочетания методов таможенного регулирования и контроля, а также наиболее эффективное функционирование механизма для дальнейшего развития национальной экономики.

Таким образом, администрирование таможенных платежей соотносится с таможенным администрированием<sup>12</sup> как часть с целым, и его отличительная характеристика — это системная организация отношений между их плательщиком и таможенным органом по вопросам взимания, контроля за правильностью исчисления и своевременностью, полнотой уплаты, а также по предоставлению льгот и преференций<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Выделяется одним из основных направлений деятельности Евразийской экономической комиссии. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/Pages/about.aspx> (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>13</sup> Выявлена проблема, связанная со «смещением» в рамках единого понятия «таможенные платежи» доходов, имеющих различную правовую природу. Например, закрепляя порядок рассрочки и отсрочки, законодатель не идентифицировал ни на уровне ЕАЭС, ни на национальном уровне, для каких именно таможенных платежей они могут быть предоставлены. На практике отсрочка и рассрочка уплаты таможенных сборов не предоставляется.

Исследуя администрирование таможенных платежей как управленческий процесс, мы рассматриваем совокупность методов и/или инструментов для выполнения фискальной функции, которые применяют уполномоченные в таможенной сфере наднациональный орган ЕАЭС и национальные органы государств-членов<sup>14</sup>. Объем полномочий между этими уровнями не равен и меняется. Объясняется это тем, что ЕАЭС как интеграционное объединение имеет единое правовое пространство по вопросам таможенного регулирования, в том числе и таможенных платежей. Векторы его развития разнонаправлены в зависимости от вида платежа, например:

вопросы таможенно-тарифного регулирования (связанные с таможенной пошлиной) должны решаться на наднациональном уровне,

проблемы налоговых доходов требуют унификации и гармонизации соответствующих норм национального законодательства,

базу правового регулирования таможенных сборов для каждого государства ЕАЭС составляют нормы национального таможенного законодательства.

Чтобы изучить нормативную правовую базу регулирования таможенных платежей, недостаточно изучить международные обязательства, которые взяли на себя государства-участники ЕАЭС, проанализировать соответствующие нормы Таможенного кодекса Таможенного союза<sup>15</sup> (далее — ТК ТС) и иных актов таможенного законодательства ЕАЭС. Необходимо также знание национального законодательства всех членов ЕАЭС. Только после этого, в зависимости от вида платежа, можно будет определить соответствующий уровень регулирования и решить, какая норма должна быть применена.

Координирование вопросов администрирования таможенных платежей на наднациональной ступени осуществляется Евразийской экономической комиссией (ЕЭК). При ней действует Консультативный комитет по налоговой политике и администрированию<sup>16</sup>. Последний является совещательным органом ЕЭК и занимается, например, разработкой предложений о совершенствовании законодательства государств в области косвенного налогообложения во взаимной торговле и решением вопросов совершенствования механизма их взимания.

Перспективными направлениями гармонизации налогового законодательства государств ЕАЭС во взаимной торговле считаются работа по ставкам акцизов на алкогольную и табачную продукцию, а в связи с созданием общего рынка углеводородов — и по гармонизации ставок акцизов на эту группу товаров. Выработка стратегических, согласованных со сторонами подходов к режиму налогообложения товаров электронной торговли также приоритетна для ЕЭК. Для этого необходим гармонизированный механизм налогообложения электронной торговли товарами; важным звеном является налаживание обмена информацией между налоговыми и таможенными органами по отслеживанию товарных потоков<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Правовое регулирование таможенных платежей осуществляется на трех уровнях: международном, наднациональном и национальном, но их администрирование в разрезе управленческого процесса осуществляется в соответствии с нормами двух последних уровней.

<sup>15</sup> Таможенный кодекс Таможенного союза (приложение к Договору о Таможенном кодексе таможенного союза, принятому Решением Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 27.11.2009 N 17) // СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6615.

<sup>16</sup> Решение № 128 Коллегии Евразийской экономической комиссии «О Консультативном комитете по налоговой политике и администрированию» от 28.09.2015 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>17</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/22-12-2016-3.aspx> (дата обращения: 26.04.2017)

ЕЭК работает над совершенствованием механизма распределения сумм ввозных таможенных пошлин между бюджетами государств ЕАЭС<sup>18</sup>. Решение о новой методике расчета нормативов их распределения с учетом экономической ситуации должно быть принято не позднее августа 2018 года<sup>19</sup>. Действующие нормативы распределения сумм ввозных таможенных пошлин были рассчитаны при присоединении к ЕАЭС Кыргызской Республики<sup>20</sup>. Работу ЕЭК по формулированию рекомендаций на случай присоединения к ЕАЭС новых членов<sup>21</sup> мы считаем важным направлением совершенствования механизма администрирования таможенных платежей<sup>22</sup>.

Объединенная коллегия таможенных служб государств-членов ЕАЭС<sup>23</sup> в пределах своих полномочий решает задачи, влияющие на качество администрирования таможенных платежей. Например, она разрабатывает:

предложения о совершенствовании порядка учета сумм таможенных пошлин, единый порядок обмена информацией и предоставления информации, связанной с уплатой ввозных таможенных пошлин,

способы обеспечивать применение согласованных правил, основанных на единых принципах учета ввозных таможенных пошлин. Так, на заседании 21-й Объединенной коллегии таможенных служб государств-членов ЕАЭС 30.11.2016 были рассмотрены возможности унификации импортных таможенных тарифов, возможности объединения товарных кодов<sup>24</sup>.

Охарактеризуем, кем на государственном уровне выполняется функция по выработке государственной политики и нормативному правовому регулированию в сфере таможенных платежей. Эти задачи в России решает Министерство финансов<sup>25</sup>. В Кыргызстане общее руководство таможенным делом осуществляет Правительство<sup>26</sup>. Комитет

<sup>18</sup> Протокол «О порядке зачисления и распределения сумм ввозных таможенных пошлин (иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие), их перечисления в доход бюджетов государств-членов» (Приложение № 5 к Договору о Евразийском экономическом союзе) // СПС КонсультантПлюс.

<sup>19</sup> Согласно договоренностям о присоединении Кыргызской Республики к Договору о ЕАЭС, действующие нормативы распределения сумм ввозных таможенных пошлин установлены на три года с начала применения Кыргызстаном Единого таможенного тарифа ЕАЭС.

<sup>20</sup> Использовались методика 2010 года определения нормативов между государствами-членами Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС и принцип «государства-члены ЕАЭС как единое целое плюс новое государство».

<sup>21</sup> 14 апреля 2017 г. в Бишкеке на заседании Высшего евразийского экономического совета принято решение о предоставлении Молдове статуса государства-наблюдателя при ЕАЭС. Окончательное решение будет принято на следующем заседании глав государств-членов ЕАЭС (октябрь 2017). До этого времени должна быть рассмотрена соответствующая процедура, поскольку ранее наблюдателей при ЕАЭС не было.

<sup>22</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/22-12-2016-3.aspx> (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>23</sup> Осуществляет деятельность в пределах полномочий, предусмотренных Договором об Объединенной коллегии таможенных служб государств-членов Таможенного союза (Подписан в Москве 22.06.2011) // Бюллетень международных договоров. 2012. № 5. С. 6–11.

<sup>24</sup> [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.eurasiancommission.org/ru/Pages/structure.aspx> (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>25</sup> Ст. 3 п. 3 Федерального закона от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» // Российская газета. 2010. № 269.

<sup>26</sup> Ст. 187 п. 2 закона Кыргызской Республики от 31.12.2014 № 184 «О таможенном регулировании в Кыргызской Республике» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 01.03.2016)

государственных доходов при Правительстве Республики Армения является органом, уполномоченным осуществлять функции по разработке таможенной политики и администрированию в рамках полномочий, предоставленных Армении<sup>27</sup>, и в его структуре выделены Таможенная и Налоговая службы<sup>28</sup>. Определяет таможенную политику и осуществляет общее руководство таможенным делом в Беларуси ее Президент (п. 3 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 10.01.2014 № 129-З<sup>29</sup>). В Казахстане таким уполномоченным органом выступает Министерство финансов.

Национальные системы таможенных органов в государствах-членах ЕАЭС имеют законодательное закрепление: в Кыргызской Республике<sup>30</sup>, Республике Армения<sup>31</sup>, Республике Беларусь<sup>32</sup>, Российской Федерации<sup>33</sup> она устанавливается нормами законов о таможенном регулировании, в Республике Казахстан — Кодекса «О таможенном деле»<sup>34</sup>. Анализируемые акты таможенного регулирования содержат нормы по закреплению за таможенными органами задач по администрированию таможенных платежей<sup>35</sup>. Каждый таможенный орган государства — члена ЕАЭС в соответствии со своим местом и положением в системе играет определенную роль, выполняя больший или меньший объем по администрированию таможенных платежей.

Мы сформулировали основные функции в области администрирования таможенных платежей, которые таможенные органы выполняют в зависимости от возложенных на него задач:

обеспечение правильности исчисления и своевременности уплаты таможенных платежей и соблюдения запретов и ограничений, а также анализ и контроль такой деятельности, осуществляемой на основе системы управления рисками;

<sup>27</sup> Ст. 3 п. 3 Закона Республики Армения от 30.12.2014 № ЗР-241 «О таможенном регулировании» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 01.03.2016)

<sup>28</sup> Устав Комитета государственных доходов при Правительстве Республики Армения, утвержденный постановлением Правительства № 224-Н от 16.03.2016 // [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.customs.am/Content.aspx?itn=csACSTStatute> (дата обращения: 07.08.2016)

<sup>29</sup> Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 11.04.2017).

<sup>30</sup> Ст. 6 п. 17 Закона Кыргызской Республики от 31.12. 2014 №184 «О таможенном регулировании» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 08.02.2017)

<sup>31</sup> Ст. 6 Закона Республики Армения от 30.12. 2014 № ЗР-241 «О таможенном регулировании» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 01.02.2017)

<sup>32</sup> Ст. 8 закона Республики Беларусь от 10.01.2014 № 129-З «О таможенном регулировании» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 16.03.2017)

<sup>33</sup> Ст. 10 Федерального закона от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» // Российская газета. № 269. 29.11.2010.

<sup>34</sup> Ст. 6 Кодекса Республики Казахстан от 30.06. 2010 № 296-IV «О таможенном деле» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 11.04.2017).

<sup>35</sup> На основе анализа содержания норм ст. 8 Кодекса Республики Казахстан от 30.06.2010 № 296-IV «О таможенном деле»; ст. 12 Федерального закона от 27.11.2010 № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации»; ст. 12 Закона Республики Беларусь от 10.01.2014 №129-З «О таможенном регулировании»; ст. 9 Закона Республики Армения от 30.12.2014 № ЗР-241 «О таможенном регулировании»; Постановления Правительства Кыргызской Республики от 18.12.2009 № 767 «Об утверждении Положения о Государственной таможенной службе при Правительстве» // Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 11.04.2017)

взимание таможенных пошлин и налогов, таможенных сборов, принятие мер по их принудительному взысканию;

организация, координация и контроль правильности исчисления и взимания таможенных платежей, их учета согласно установленному порядку;

учет задолженности по уплате таможенных платежей, выявленных недоимок и задолженности по пеням по налогам и сборам, подлежащим уплате в связи с перемещением товаров через таможенную границу ЕАЭС, обеспечение взыскания указанных задолженностей, пеней и (или) процентов и принятие иных мер, предусмотренных национальным законодательством;

возврат (зачет) излишне уплаченных и излишне взысканных таможенных платежей, остатков неизрасходованных авансовых платежей, денежного залога в соответствии с национальным законодательством;

контроль обоснованности предоставления отсрочки и рассрочки по уплате таможенных платежей;

принятие обеспечения уплаты таможенных платежей, определение его размера и способа либо освобождения от обеспечения уплаты таможенных платежей согласно установленному порядку.

Успешная реализация таможенного контроля над правильностью исчисления и своевременностью уплаты таможенных платежей зависит от применения современных информационных технологий. Так, эффективный контроль правильности исчисления ставок таможенных пошлин может быть только с использованием научно обоснованных количественных методов их расчета.

Основываясь на результатах анализа национального законодательства государств-членов ЕАЭС по вопросу характеристики таможенных органов как субъекта администрирования таможенных платежей, мы считаем, что они находятся в стадии «настройки». Так, Федеральная таможенная служба (ФТС) проводит мероприятия для упрощения и расширения возможностей уплаты таможенных платежей. Например, разработан порядок удаленной уплаты таможенных платежей для лиц, декларирующих товары в электронной форме, с использованием электронного терминала (распоряжение ФТС от 19.12. 2011 № 406-р)<sup>36</sup>; механизм получения плательщиком информации о расходовании уплаченных им денежных средств; сокращено до 2 часов время поступления в ФТС информации о зачислении денежных средств на счет Федерального казначейства<sup>37</sup> и др.

С целью минимизации издержек и упрощения, усовершенствования условий осуществления операций при совершении таможенных формальностей, в том числе и связанных с администрированием таможенных платежей, на территории ЕАЭС разработан и применяется механизм «единого окна»<sup>38</sup>. Данный механизм позволяет участникам ВЭД представлять документы в стандартизованном виде через единый пропускной канал. К актуальным направлениям развития «единого окна» отнесены: развитие и сбли-

<sup>36</sup> За первое полугодие 2016 г. сумма таможенных и иных платежей, уплаченных с применением технологии удаленной уплаты, составила 200,4 млрд. руб., что составляет 10,2% общей суммы таможенных и иных платежей, перечисленных в федеральный бюджет. Доклад зам. руководителя ФТС России 07.07. 2016. [Электронный ресурс]: // URL: [http://customs.ru/index.php?option=com\\_content&view=article&id=23627:2016-07-07-13-12-15&catid=40:2011-01-24-15-02-45](http://customs.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=23627:2016-07-07-13-12-15&catid=40:2011-01-24-15-02-45) (дата обращения: 12.05.2017)

<sup>37</sup> [Электронный ресурс]: URL: // [http://customs.ru/index.php?option=com\\_newsfts&view=category&id=26&Itemid=1851&limitstart=70](http://customs.ru/index.php?option=com_newsfts&view=category&id=26&Itemid=1851&limitstart=70) (дата обращения: 09.04.2017)

<sup>38</sup> Решение Высшего Евразийского экономического совета от 29.05.2014 № 68 «Об Основных направлениях развития механизма «единого окна» в системе регулирования внешнеэкономической деятельности» // СПС КонсультантПлюс, 2017.

жение национальных подходов по развитию данного механизма; активное информационно-взаимодействие; взаимное признание электронных документов и др.<sup>39</sup>. Наличие среди таможенных платежей налогов обусловило особое внимание к вопросам администрирования НДС и акциза, уплачиваемых за ввозимые на территорию ЕАЭС товары.

Порядок взимания косвенных налогов и механизм контроля за их уплатой при экспорте, импорте товаров, выполнении работ и оказании услуг установлены в Приложении № 18 к Договору о Евразийском экономическом союзе<sup>40</sup> (далее — Договор о ЕАЭС). Нормами этого акта закреплён порядок формирования налоговой базы по НДС при возврате товаров ввиду их ненадлежащего качества и способ пересчёта стоимости товаров, выраженных в иностранной валюте для формирования налоговой базы. Все же остается ряд нерешенных проблем, например, отсутствуют единые формы документов, которые подтверждают перемещение товаров, работ, услуг через границы государств ЕАЭС.

Трудности в администрировании создают различия в видах ставок по акцизам. Так, в Кыргызстане допускается применение только твердых ставок<sup>41</sup>, по законодательству Армении, Беларуси и Казахстана возможны и адвалорные<sup>42</sup>, а в России действуют также и комбинированные ставки<sup>43</sup>. Акциз уплачивается по отдельным категориям товаров, перечень которых различается по налоговому законодательству государств ЕАЭС, что также отрицательно влияет на механизм администрирования данного таможенного платежа.

В правоотношениях по администрированию таможенных платежей задействованы две стороны, одного из которых государство обязывает уплатить таможенный платеж, а другого — обязывает требовать его уплаты через наделение его в правоотношении императивным правом требования. Следовательно, участник ВЭД (индивидуальный или коллективный субъект) так же как и таможенный орган являются субъектами правоотношения в части администрирования таможенных платежей.

В соответствии со ст. 79 ТК ТС плательщиками таможенных пошлин и налогов (НДС, акцизов) являются декларант или иные лица, на которые возложена обязанность по уплате таможенных платежей. Обратим внимание, что такая обязанность может быть возложена в соответствии как с таможенным законодательством ЕАЭС—ТК ТС, международными договорами государств-членов, так и национальным законодательством о таможенном регулировании. Например, согласно ст. 21 ТК ТС обязанность уплаты таможенных пошлин и налогов возлагается на таможенного перевозчика в случаях, предусмотренных ст. 227 и 228 ТК ТС.

<sup>39</sup> Решение № 3 Совета Евразийской экономической комиссии от 04.02.2015 «О проекте Решения Высшего Евразийского экономического совета «О Плана мероприятий по реализации Основных направлений развития механизма «единого окна» в системе регулирования внешнеэкономической деятельности» // СПС КонсультантПлюс.

<sup>40</sup> Договор о Евразийском экономическом союзе от 29.05.2014 // СПС КонсультантПлюс.

<sup>41</sup> Устанавливаются в абсолютной сумме на единицу (иногда весь объект) обложения независимо от размеров налоговой базы.

<sup>42</sup> Определяется в процентах к стоимостным характеристикам (таможенной стоимости) товаров и транспортных средств.

<sup>43</sup> В соответствии со ст. 193 Налогового кодекса России комбинированными ставками акцизов облагаются сигареты и папиросы. При этом, начиная с 2012 г., ставки акцизов на указанные виды табачной продукции не дифференцируются в зависимости от наличия (или отсутствия) фильтра. Комбинированная ставка состоит из двух частей: специфической составляющей ставки акциза, устанавливаемой в твердой сумме (в рублях за 1 тыс. штук), и адвалорной составляющей ставки акциза, устанавливаемой в процентах к стоимости реализованных (переданных) сигарет и папирос, исчисленной исходя из максимальных розничных цен (письмо Минфина России от 19.07.2012 № 03-07-06/187).

Иллюстрацией установления плательщика таможенных пошлин и налогов нормами международного договора, заключенного правительствами государств-членов ЕАЭС, может служить Соглашение от 18.06.2010 (ред. от 08.05.2015) «Об особенностях таможенных операций в отношении товаров, пересылаемых в международных почтовых отправлениях»<sup>44</sup>. В ст. 6 Соглашения установлено, что в случае недоставки международных почтовых отправлений в пункт международного почтового обмена солидарную ответственность по уплате таможенных платежей несет оператор государства, которое является страной назначения международных почтовых отправлений.

Нормами национального законодательства устанавливаются плательщики таможенных сборов, и правовая база по этому вопросу представлена:

Законом Республики Беларусь от 10.01.2014 №129-З «О таможенном регулировании в Республике Беларусь» (п. 2, 3 ч. 1 ст. 99; ч. 2 ст. 101)<sup>45</sup>;

Федеральным законом от 27.11.2010 №311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» (ст. 124)<sup>46</sup>;

Законом Республики Армения от 30.12.2014 №ЗР-241 «О таможенном регулировании» (ст. 96)<sup>47</sup>;

Кодексом Республики Казахстан от 30.12.2010 № 296-IV «О таможенном деле» (ст. 120)<sup>48</sup>;

Законом Кыргызской Республики от 31.12.2014 № 184 «О таможенном регулировании» (ч. 4 ст. 187)<sup>49</sup>.

Объектом регулирования в отношениях по администрированию таможенных платежей выступают денежные средства плательщиков, которые поступают в бюджеты, в качестве таможенных платежей. Исчисление сумм подлежащих уплате таможенных пошлин и налогов осуществляется в валюте государства-члена ЕАЭС, таможенному органу которого подана таможенная декларация. Исключение из этого правила может быть, если иное будет закреплено в международном договоре государств-членов.

Администрирование таможенных платежей усложняется тем, что валюта исчисления таможенных пошлин и налогов в ряде случаев может не совпадать с валютой, в которой происходит уплата таможенных платежей. Согласно п. 3 ст. 84 ТК ТС таможенные пошлины и налоги должны уплачиваться в валюте государства-члена ЕАЭС, в котором таможенные платежи подлежат уплате. На практике это может привести к необходимости пересчета иностранной валюты.

Для исчисления ввозных таможенных пошлин применяются ставки, установленные Единым таможенным тарифом ЕАЭС (ЕТТ)<sup>50</sup>. По коду декларируемого товара в соот-

<sup>44</sup> Доступ из СПС КонсультантПлюс.

<sup>45</sup> Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь. [Электронный ресурс]: URL: <http://www.pravo.by> (дата обращения: 18.04.2017)

<sup>46</sup> СЗ РФ. 2010. № 48. Ст. 6252.

<sup>47</sup> Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 28.03.2017).

<sup>48</sup> Доступ из информационно-правовой системы «Законодательство стран СНГ» (дата обращения: 28.03.2017)

<sup>49</sup> Централизованный банк правовой информации Кыргызской Республики: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/tu-ru/205436> (дата обращения: 28.03.2017)

<sup>50</sup> Решение Совета Евразийской экономической комиссии от 16.07.2012 № 54 (ред. от 31.01.2017) «Об утверждении единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Евразийского экономического союза и Единого таможенного тарифа Евразийского экономического союза» (с изм. и доп., вступ. в силу с 05.03.2017)

ветствии с Товарной номенклатурой внешнеэкономической деятельности ЕАЭС в ЕТТ отыскивается соответствующая строка, в которой и содержится ставка, применяемая для исчисления ввозной таможенной пошлины. Из этого общего правила таможенным законодательством также могут устанавливаться изъятия. Например, в соответствии со ст. 360 ТК ТС таможенные пошлины и налоги в отношении товаров для личного пользования, перемещаемых через таможенную границу, уплачиваются физическими лицами в виде совокупного таможенного платежа, равного сумме таможенных пошлин, налогов, исчисленной по ставкам таможенных пошлин, налогов, применяемым в соответствии со ст. 77 ТК ТС, либо по единым ставкам таможенных пошлин и налогов, которые устанавливаются международным договором государств- членов ЕАЭС. Такие единые ставки содержатся в Приложении 5 к Соглашению от 18.08.2010 «О порядке перемещения физическими лицами товаров для личного пользования через таможенную границу таможенного союза и совершения таможенных операций, связанных с их выпуском»<sup>51</sup>.

Все эти особенности должны быть учтены для качественного и результативного администрирования таможенных платежей.

Говоря о таможенных платежах, следует понимать нетождественность этого понятия с «платежами, предусмотренными таможенным законодательством». Последнее понятие является более широким и включает в себя как сами таможенные платежи, так и некоторые другие обязательные платежи, осуществляемые в таможенной сфере, например, в п. 2 ст. 70 ТК ТС закреплена норма, касающаяся антидемпинговой, компенсационной и специальной пошлин. Данные платежи являются доходами от внешнеторговой деятельности, но, хотя они взимаются по правилам, предусмотренным ТК ТС для ввозной таможенной пошлины, данные особые пошлины не являются ее разновидностью. У них другая правовая природа, и они выполняют разные функции в механизме государственного регулирования ВЭД.

По итогам проведенной работы сформулируем характеристики таможенных платежей, которые необходимо учитывать в механизме их администрирования.

Во-первых, таможенные платежи являются фискальными доходами бюджета и не могут быть израсходованы на иные цели.

Во-вторых, таможенные платежи взимаются лишь в случае перемещения товаров через таможенную границу ЕАЭС. В большинстве случаев они служат условием такого перемещения. В этом признаке выражен их трансграничный характер.

В-третьих, правом взимания таможенных платежей наделены таможенные органы<sup>52</sup>.

В-четвертых, уплата таможенных платежей обеспечивается принудительной силой государства. За неуплату, нарушение сроков уплаты, уклонение от уплаты таможенных платежей виновное лицо привлекается к уголовной, административной, финансово-правовой ответственности.

В-пятых, таможенные платежи взимаются, если они установлены в соответствии с таможенным законодательством ЕАЭС. В ТК ТС нет аналогичных Налоговому кодексу Российской Федерации (далее — НК РФ) положений о том, что платеж считается установленным лишь в том случае, когда определены «налогоплательщики и элементы налогообложения» (п. 1 ст. 17 НК РФ). Хотя при внимательном рассмотрении налогового и таможенного законодательства можно заметить, что таможенным платежам прису-

<sup>51</sup> Документ утрачивает силу с даты вступления в силу соответствующего решения ЕЭК согласно ст. 444 и п. 2 ст. 448 (Договор о Таможенном кодексе ЕАЭС от 11.04.2017)

<sup>52</sup> Исключения составляют случаи перемещения товаров в международных почтовых отправлениях, когда субъект уплачивает причитающуюся сумму организации почтовой связи.

ще большинство элементов налогообложения, которые определены в соответствии со ст. 17 НК РФ:

- налогоплательщики (плательщик сбора);
- объект налогообложения;
- налоговая база;
- налоговая ставка;
- порядок исчисления налога;
- порядок и сроки уплаты налога;
- льготы и основания для их использования налогоплательщиком.

Единственным элементом, который отсутствует у таможенных платежей, является налоговый период. Это связано с особенностями таможенного обложения в части сроков уплаты.

Несмотря на сходство, говоря об администрировании налоговых и таможенных платежей, следует отметить наличие принципиальных различий в законодательной регламентации элементов таможенного обложения. Например, в отличие от положений НК РФ, которыми разрешается установление налогов и сборов только нормами данного акта, таможенное законодательство решение отдельных вопросов, связанных с установлением таможенных платежей, допускает в рамках иных нормативных актов. В частности, к компетенции Правительства Российской Федерации относится установление ставок таможенных сборов за таможенные операции<sup>53</sup>. В то же время ряд существенных вопросов, связанных с установлением таможенных налогов, регламентирован нормами национального налогового законодательства. Так, в НК РФ закреплены ставки налога на добавленную стоимость и акцизов, взимаемых при ввозе товаров на таможенную территорию ЕАЭС, перечень подакцизных товаров.

Администрирование таможенных платежей следует рассматривать как часть таможенного администрирования, соотносящуюся с налоговым администрированием по трем направлениям: 1) системы органов управления (налоговых и таможенных соответственно); 2) совокупность норм и правил, регламентирующих налоговые действия и конкретную налоговую технику в налоговом администрировании, и порядок взимание таможенных платежей при администрировании таможенных платежей, а также определяющих меры ответственности за нарушение налогового и таможенного законодательства; 3) информационная среда реализации функций управления — информационное взаимодействие (информационные отношения) налоговых и таможенных органов и органов управления в иных сферах (они существенно пересекаются, тем не менее, для каждого из видов администрирования они разные, к примеру, Всемирная таможенная организация для таможенной системы). Этот механизм обеспечивается разноуровневой нормативной правовой базой, в которую входят нормы международных обязательств, взятых на себя государствами-участниками ЕАЭС, ТК ТС и иных актов таможенного законодательства ЕАЭС, а также национального таможенного законодательства государств-членов ЕАЭС.



### Библиография

Агишева Е.Н. Правовые и организационные аспекты административной деятельности таможенных органов Российской Федерации: автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2003. 31 с.

<sup>53</sup> Постановлением Правительства Российской Федерации от 28.12. 2004 № 863 «О ставках таможенных сборов за таможенные операции» // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 2). Ст. 108.

- Артемьев А.А. Администрирование таможенных платежей как направление налоговой политики: автореф. дис. ... к. э. н. М., 2010. 25 с.
- Бакаева О.Ю. Правовые аспекты таможенного администрирования: понятия и признаки // Государство и право. 2009. № 11. С. 94–98.
- Бакаева О. Ю. Таможенные фискальные доходы: правовое регулирование. М.: Статут, 2005. 146 с.
- Бондарева А.В. Влияние вывозной таможенной пошлины на формирование доходов федерального бюджета // Государство и общество: вчера, сегодня, завтра. Серия: Экономика. 2014. № 10 (2). С. 133–141.
- Вериш Т.А. Проблемы взимания таможенных платежей // Проблемы и перспективы экономики и управления. №12. 2015. С. 248–251.
- Винницкий Д.В. Основные вопросы косвенного налогообложения в Таможенном Союзе и перспективы совершенствования инструментов наднациональной судебной защиты // Российское право. 2014. № 1. С. 12–16.
- Винницкий Д.В. Налоги и сборы. Понятие. Юридические признаки. Генезис. М.: Норма, 2002. 248 с.
- Денисова А.Ю. Правовое регулирование таможенных сборов в государствах-членах ЕАЭС // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2016. № 3. С.43-54 // [http://www.publaws.ru/open/2016-3/3\\_2016\\_Denisova\\_p43-54.pdf](http://www.publaws.ru/open/2016-3/3_2016_Denisova_p43-54.pdf) (дата обращения: 12.02.2017)
- Иванов А.А. Организация таможенного администрирования в цепях поставок подакцизных товаров: автореф. дис. ... к.э.н. СПб., 2010. 21 с.
- Кинякин М.В. Таможенное администрирование как институт интеграции России в мировую экономику: автореф. дис. ... к.э.н. Ростов-на-Дону, 2012. 24 с.
- Крусс Е.Е. Административно-юрисдикционная деятельность таможенных органов в налоговой сфере: автореф. дис. ... к.ю.н. Люберцы, 2013. 26 с.
- Соклаков А.А., Остапчук М. В. Механизм правового регулирования администрирования таможенных платежей в условиях новой формы экономической интеграции // Символ науки. 2016. № 4 (16). С. 216–218.
- Цидилина И. А. Администрирование таможенных платежей как направление финансовой деятельности государства (финансово-правовой аспект): автореф. дис. ... к.ю.н. Саратов, 2015. 31 с.
- Чуватова И.С. Совершенствование деятельности таможенных органов по администрированию таможенных платежей в Российской Федерации: автореф. дис. ... к.э.н. М., 2011. 28 с.
- 

## Legal Regulation of Administering Customs Payments in EAEU States



**Tatiana N. Troshkina**

Associate Professor, Department of Financial, Tax and Customs Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: [ttroshkina@hse.ru](mailto:ttroshkina@hse.ru)



### Abstract

The current discrepancy between the practice of administering customs payments, requirements for the administration, the need to enhance fiscal effectiveness of customs authorities, the introduction of new ways to impact income of customs payments have determined the relevance of the research. A number of facts confirm the timeliness and significance of this study. Formation of EAEU on January 1, 2015 brought the international economic integration to the next stage associated with the unification of tax legislation. Second, the states were not members of the Customs Union within the Eurasian Economic Community joined this economic union (hence the customs union), meaning that they will have to make “the leap”, including the leap towards the legal regulation. Another aspect supporting the relevance of the research is that EAEU, as integrative unification, has single legal space concerning all the customs regulation. The vectors of its development are multidirectional depending on the type

of payment, for example, customs and tariff regulation have to be solved at the supranational level, tax return requires unifying and harmonizing national legislation standards. All these points influence the mechanism of administration and have to be considered for improving its effectiveness. There is a lot of problems in this area mostly have systemic character: decreased customs cost of goods and their unreliable declaration; low efficiency in the system of obtaining information on foreign trade prices; low efficiency of customs control; insufficient level of interaction of customs and tax authorities; lack of system approach to the analysis of information about the participants of foreign economic activity, improving system of determining and control of customs cost as tax base for calculation of payments. The paper collates the administration of customs payments and customs and tax administration. The systems of governing bodies; complex of the norms and rules regulating an order of levy of customs payments; the information environment of performing management-information exchange of tax and customs authorities are considered. This mechanism is provided by multilevel legal base incorporating relevant norms of EAEU member international duties, Customs Code of the Customs Union and other acts of the customs legislation of EAEU, and customs legislation of EAEU states. The results can be used for improving mechanism of customs payments administration. They may be applicable not only in Russia, but in all EAEU states where most experts speak Russian and there is still no scholar basis for the solution of the issue mentioned too.



## Keywords

Eurasian Economic Union, customs payments, customs legislation, administration of customs payments, legislation on taxes and fees, customs duty, VAT, excises, customs duties, national legislation of EAEU member states.

Citation: Troshkina T.N. (2017) Legal Regulation of Administering Custom Payments in EAEU States. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 237–252 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2017.2.237.252



## References

- Agisheva E.N. (2003) *Pravovye i organizatsionnye aspekty administrativnoy deyatel'nosti tamozhennykh organov Rossiyskoy Federatsii*. Avtoref. Dis. Kand. Yurid. Nauk. [Legal and Organizational Aspects of RF Customs Administration. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Moscow, 31 p.
- Artem'ev A.A. (2010) *Administrirovanie tamozhennykh platezhey kak napravlenie nalogovoy politiki*. Avtoref. Dis. Kand. Ekon. Nauk. [Administering Customs Payments as Area of Tax Policy. Candidate of Economic Sciences Thesis Summary]. Moscow, 25 p.
- Bakaeva O.Yu. (2009) *Pravovye aspekty tamozhennogo administrirovaniya: ponyatiya i priznaki* [Legal Aspects of Tax Administration: Concepts and Signs]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 11, pp. 94–98.
- Bakaeva O.Yu. (2005) *Tamozhennyye fiskal'nye dokhody: pravovoe regulirovanie* [Customs Fiscal Revenues: Legal Regulation]. Moscow: Statut, 146 p. (in Russian)
- Bondareva A.V. (2014) *Vliyaniye vyvozhnoy tamozhennoy poshliny na formirovaniye dokhodov federal'nogo byudzheta* [Influence of Export Tax Duty on the Federal Revenues]. *Gosudarstvo i obshchestvo: vchera, segodnya, zavtra. Seriya: Ekonomika*, no. 2, pp. 133–141.
- Chuvatova I.S. (2011) *Sovershenstvovanie deyatel'nosti tamozhennykh organov po administrirovaniyu tamozhennykh platezhey v Rossiyskoy Federatsii*. Avtoref. Dis. Kand. Ekon. Nauk. [Elaborating the Activity of Customs Bodies on Administering Tax Payments in the Russian Federation. Candidate of Economic Sciences Thesis Summary]. Moscow, 28 p.
- Denisova A.Yu. (2016) *Pravovoe regulirovanie tamozhennykh sborov v gosudarstvakh-chlenakh EAES* [Legal Regulation of Custom Charges in EAEU States]. *Publichno-pravovyye issledovaniya*, no. 3. Available at: [http://www.publilaws.ru/open/2016-3/3\\_2016\\_Denisova\\_p43-54.pdf](http://www.publilaws.ru/open/2016-3/3_2016_Denisova_p43-54.pdf) (accessed: 12.02. 2017)
- Ivanov A.A. (2010) *Organizatsiya tamozhennogo administrirovaniya v tsepyakh postavok podaktsiznykh tovarov*. Avtoref. Dis. Kand. Ekon. Nauk. [Organizing Tax Administering in the Chains of Delivery of Excise Goods (Candidate of Economic Sciences Thesis Summary)]. Saint Petersburg, 21 p.
- Kinyakin M.V. (2012) *Tamozhennoe administrirovanie kak institut integratsii Rossii v mirovuyu ekonomiku*. Avtoref. Dis. Kand. Ekon. Nauk. [Customs Administering as an Institute of Integrating Russia to World Economy. Candidate of Economic Sciences Thesis Summary]. Rostov-na-Donu, 24 p.

Kruss E.E. (2013) *Administrativno-yurisdiktsionnaya deyatel'nost' tamozhennykh organov v nalogovoy sfere*. Avtoref. Dis. Kand. Yurid. Nauk [Administrative and Legal Activity of Customs Bodies in Taxation. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Lyubertsy, 26 p.

Soklakov A.A., Ostapchuk M.V. (2016) Mekhanizm pravovogo regulirovaniya administrirovaniya tamozhennykh platezhey v usloviyakh novoy formy ekonomicheskoy integratsii [Mechanism of Legal Regulation of Customs Charges in the Conditions of Economic Integration]. *Simvol nauki*, no. 4 (16), pp. 216–218.

Tsidilina I.A. (2015) *Administrirovanie tamozhennykh platezhey kak napravlenie finansovoy deyatel'nosti gosudarstva (finansovo-pravovoy aspekt)*. Avtoref. Dis. Kand. Yurid. Nauk [Administration of Tax Payments as Field of State Financial Activity. Candidate of Juridical Sciences Thesis Summary]. Saratov, 31 p.

Verish T.A. (2015) Problemy vzimaniya tamozhennykh platezhey [Issues of Charging Customs Payments]. *Problemy i perspektivy ekonomiki i upravleniya*, no. 12, pp. 248–251.

Vinnitskiy D.V. (2014) Osnovnye voprosy kosvennogo nalogooblozheniya v Tamozhennom Soyuze i perspektivy sovershenstvovaniya instrumentov nadnatsional'noy sudebnoy zashchity [Indirect Taxation in the Customs Union and Prospects of Improving Instruments of Supranational Judicial Protection]. *Rossiyskoe pravo*, no. 1, pp. 12–16.

Vinnitskiy D.V. (2002) *Nalogi i sbory. Ponyatie. Yuridicheskie priznaki. Genezis* [Taxes and Charges. Concept. Legal Signs. Genesis]. Moscow: Norma, 248 p. (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.

Журнал входит в **Russian Science Citation Index (RSCI) на базе Web of Science.**

Журнал включен в следующие базы данных: Киберленинка, HeinOnline, Ulrichsweb, Open J-Gate, Gale

## АВТОРАМ

### Требования к оформлению текста статей

**Представленные статьи** должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях. Статьи должны быть актуальными, обладать новизной, содержать выводы исследования, а также соответствовать указанным ниже правилам оформления. В случае ненадлежащего оформления статьи она направляется автору на доработку.

**Статья представляется** в электронном виде в формате Microsoft Word по адресу: lawjournal@hse.ru

Адрес редакции: 109028, Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, оф. 113

Рукописи не возвращаются.

#### **Объем статьи**

Объем статей до 1 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

**При наборе текста** необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сноска — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

#### **Название статьи**

Название статьи приводится на русском и английском языке. Заглавие должно быть кратким и информативным.

#### **Сведения об авторах**

Сведения об авторах приводятся на русском и английском языках:

- фамилия, имя, отчество всех авторов полностью
- полное название организации — места работы каждого автора в именительном падеже, ее полный почтовый адрес.
- должность, звание, ученая степень каждого автора
- адрес электронной почты для каждого автора

#### **Аннотация**

Аннотация предоставляется на русском и английском языках объемом 250–300 слов. Аннотация к статье должна быть логичной (следовать логике описания результатов в статье), отражать основное со-

держание (предмет, цель, методологию, выводы исследования).

**Сведения, содержащиеся в заглавии статьи**, не должны повторяться в тексте аннотации. Следует избегать лишних вводных фраз (например, «автор статьи рассматривает...»).

**Исторические справки**, если они не составляют основное содержание документа, описание ранее опубликованных работ и общеизвестные положения, в аннотации не приводятся.

#### **Ключевые слова**

Ключевые слова приводятся на русском и английском языках. Необходимое количество ключевых слов (словосочетаний) — 6–10. Ключевые слова или словосочетания отделяются друг от друга точкой с запятой.

#### **Сноски**

Сноски постраничные.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>.

#### **Тематическая рубрика**

Обязательно — код международной классификации JEL.

#### **Список литературы**

В конце статьи приводится список литературы. Список следует оформлять по ГОСТ 7.0.5-2008.

**Статьи рецензируются.** Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

**Плата с аспирантов** за публикацию рукописей не взимается.

**ДЛЯ ЗАМЕТОК**

---

Свидетельство о регистрации средства массовой информации  
«Право. Журнал Высшей школы экономики»  
ПИ № ФС77-66570 от 21 июля 2016 г.  
выдано Федеральной службой по надзору  
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Выпускающий редактор *Безубцев В.С.*  
Корректор *И.В. Гетьман-Павлова*  
Художник *А.М. Павлов*  
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*  
Редактор английского текста *А.В. Калашиников*

Подписано в печать 06.06.2017. Формат 70×100/16  
Усл. печ. л. 16,0. Тираж 600 экз.